



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS,
DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL**

**Efectividad de los derechos sociales. España y Paraguay desde la
perspectiva del comité de derechos económicos, sociales y
culturales de Naciones Unidas.**

TESIS DOCTORAL

Presentada por: Ariana Escobar Carísimo

Dirigida por: Profa. Dra. María José Añón Roig

Mayo, 2019

A la memoria de mi madre Anita y a mi familia

Agradecimientos

La contribución de algunas instituciones y personas ha hecho posible la realización de este trabajo.

En primer lugar quisiera agradecer a mi directora de tesis, María José Añón Roig, quien ha brindado su apoyo incondicional e interés genuino en mi formación académica. Durante este proceso ella ha guiado y encaminado el contenido de estas páginas con rigor y gran generosidad intelectual. Su disposición, acompañamiento incondicional, paciencia y consejos han sido fundamentales en estos años para la culminación de esta tesis, y su ejemplo es un aprendizaje invaluable.

Mi gratitud al Programa Nacional de Becas de Posgrado en el Exterior “Carlos Antonio López”, BECAL, del Estado paraguayo que ha financiado la realización de mis estudios de doctorado en Valencia.

Agradezco a los integrantes y colegas del Institut de Drets Humans de la Universitat de València por su acogida durante mi estancia de investigación doctoral en la Universitat de València y de manera especial a aquellos colegas cuyos comentarios y sugerencias han sido un estímulo para mejorar este trabajo.

Gracias a mis amigas y amigos que directa e indirectamente me han acompañado y apoyado en este tiempo.

Finalmente, agradezco a mi familia; a mi padre Mingui y a mis hermanas Ana y Vero, su cariño e incondicional soporte han hecho posible el recorrido de este proceso. Gracias por acompañarme siempre y ser lo mejor de mi vida.

Índice

Introducción	13
Metodología	23

Capítulo I: Subjetividad de los derechos sociales

1. El derecho subjetivo. La importancia de su estudio en este trabajo	29
2. Subjetividad de los derechos sociales: fundamentos de su exigibilidad	37
2.1. Sobre las razones de los derechos	46
2.2. Teoría de las capacidades	50
2.3. Teoría de las condiciones equitativas para el ejercicio de la libertad.....	52
2.4. Derechos como contenido sustancial de democracia procedimental	57
3. Derecho subjetivo como posiciones y relaciones jurídicas.	60
3.1. Los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas: acercamiento al análisis de Hohfeld.....	60
3.2. Derechos basados en los deberes: la teoría de Hans Kelsen	64
4. Teorías que cuestionan el carácter subjetivo de los derechos sociales.....	66
4.1. Derechos sociales como disposiciones programáticas.	67
4.2. Derechos subjetivos como disposiciones de fines de los estados.....	70
4.3. Los derechos como mandatos objetivos.....	72
4.4. Derechos subjetivos como derechos definitivos	75
4.5. Derechos subjetivos como derechos <i>prima facie</i>	77
5. El concepto de derecho subjetivo más adecuado para los derechos sociales	79

Capítulo II: Exigibilidad de los derechos: Teorías de las garantías

1. Derechos y garantías.....	85
2. Teorías de garantía de los derechos.....	89
2.1. Teoría de garantías de Luigi Ferrajoli	89
2.2. Teoría de las garantías de Gerardo Pisarello	93
2.2.1. Mecanismos de protección de los derechos	94
2.2.2. Alcance de los mecanismos de tutela.....	98

2.2.3. Escalas de actuación de los mecanismos de tutela	98
2.3. Teoría de las garantías de Christian Courtis.....	99
2.4. Teoría de las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos	100
2.4.1. Titularidad universal	101
2.4.2. Obligaciones generales.....	104
2.4.3. Obligación de progresividad y no regresividad.....	113
2.4.5. Obligación mínima.....	119
2.4.6. Violación de las obligaciones estatales	121
2.4.7. Otros obligados: responsabilidad del sector privado.....	123
3. Exigibilidad de los derechos sociales en los modelos de Estado	128
3.1. Estado liberal.....	129
3.2. Estado social.....	130

Capítulo III: Sistemas constitucionales y régimen jurídico de los derechos sociales: la exigibilidad política y jurídica de los derechos sociales en España

1. Régimen Jurídico – constitucional de los derechos sociales: exigibilidad política y jurídica de los derechos sociales.....	136
2. Derechos sociales en el marco jurídico constitucional del Estado español.....	141
2.1. Breve reseña.....	141
3. Constitución española y derechos humanos desde una reconstrucción unitaria	144
4. Configuración de los derechos sociales en la Constitución española.....	148
5. Derechos sociales y operatividad de las garantías dispuestas en el Estado español	156
5.2. Dimensión objetiva	156
5.2.1. Exigibilidad política legislativa.....	157
5.2.2. La exigibilidad frente a la administración general o poder ejecutivo.....	160
5.2.3. Exigibilidad semipolítica.....	161
5.2.4. Exigibilidad jurisdiccional	162
5.3. Dimensión subjetiva.....	165
5.3.1. La exigibilidad jurisdiccional	166
6. Posibilidad de reinterpretación de los derechos sociales en la doctrina y jurisprudencia española a la luz del Estado social de derecho	171

7. Garantías extra institucionales.....	181
8. Exigibilidad en orden a las escalas.....	182
8.1. Garantías supranacionales.....	182
8.2. Garantías infraestatales.....	186

**Capítulo IV: Régimen jurídico de los de los derechos sociales en la constitución
paraguaya: su exigibilidad política y jurídica**

1. Derechos sociales en el marco constitucional paraguayo.....	187
<u>1.1.</u> Breve reseña.....	187
2. Constitución paraguaya y derechos humanos presentes desde una reconstrucción unitaria	189
3. Configuración de los derechos sociales en la Constitución paraguaya.....	194
4. Derechos sociales y operatividad de las garantías dispuestas en el Estado paraguayo.....	198
4.1. Dimensión objetiva.....	198
4.1.1. Exigibilidad política o legal y semipolítica:.....	201
4.2. Dimensión subjetiva.....	206
4.2.1. Exigibilidad jurisdiccional y semijurisdiccional.....	207
5. Posibilidad de reinterpretación de los derechos sociales a la luz del estado social de derecho.....	217
5.1. Sujetos autorizados para decidir en casos de inconstitucionalidad.....	217
5.2. Posibilidad de reinterpretación en orden al control de constitucionalidad por violación de los derechos y garantías fundamentales y el control de convencionalidad.....	222
6. Exigibilidad extrainstitucional o social.....	227
7. Exigibilidad en orden a las escalas.....	228
7.1. Garantías infraestatales.....	229
7.2. Garantías supraestatales:.....	231

Capítulo V: Análisis de la doctrina del sistema universal de protección de derechos humanos en la interpretación, aplicación, y supervisión de los derechos sociales

1. Introducción a la supervisión internacional de derechos sociales.	241
2. Protección internacional de los derechos humanos: mecanismos regionales y su vinculación a los derechos sociales y a estándares provenientes de los órganos de tratados del sistema universal.....	243
3. Protección universal de derechos humanos. Sistema de la Organización de las Naciones Unidas	249
3.1. Supervisión internacional de derechos sociales en el marco del sistema universal de protección de la Organización de las Naciones Unidas	250
3.2. Órganos del sistema universal vinculados a la protección de los derechos sociales.....	252
3.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	258
3.4. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: su labor e influencia para la evolución de los estándares legales del PIDESC	261
3.4.1. Observaciones finales.....	264
3.4.2. Observaciones generales	272
3.4.3. Declaraciones adoptadas por el comité DESC.....	294
3.4.4. Mecanismo cuasi judicial del Protocolo Facultativo PIDESC	297

Capítulo VI: Análisis de las observaciones finales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros órganos de vigilancia de derechos humanos al Estado español

1. Análisis de las observaciones finales del comité DESC y otros órganos de vigilancia de derechos humanos en relación a España y Paraguay.....	299
2. Análisis de las recomendaciones emitidas al Estado español	301
3. Observaciones finales sobre las disposiciones generales del Pacto	302
3.1. La no discriminación en la implementación de derechos contenidos en el pacto	302
3.2. La igualdad entre mujeres y hombres en la adopción de medidas legales, políticas y judiciales.	308
3.2.1. Violencia de género.....	310

3.3. La adopción de medidas para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales.	312
3.3.1. Medidas económicas en el marco de las políticas de austeridad.....	312
3.3.2. Importancia de las medidas legislativas	314
4. Pobreza	317
4.1. Recomendaciones del Comité sobre la situación de pobreza.....	318
5. Derecho a la seguridad social.....	326
6. Derecho a la vivienda adecuada	329
6.2. Desalojo forzoso.....	333
7. Derecho al trabajo, las condiciones de trabajo, salario mínimo, brecha salarial.....	335
7.1. Derecho al trabajo	337
7.2. Condiciones de trabajo.....	341
7.3. Salario mínimo interprofesional.....	343
7.4. Brecha salarial	345
8. Derecho a la salud	347
8.1. Derecho a la salud sexual y reproductiva.....	353
9. Derecho a la educación.....	356

Capítulo VII: Análisis de las observaciones finales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado paraguayo

1. Análisis de las observaciones finales emitidas a Paraguay	362
2. Contexto político e institucional.....	363
3. Observaciones finales sobre las disposiciones generales del PIDESC	366
3.1. Derecho a la autonomía para la libre disposición de riquezas naturales por los pueblos indígenas y comunidades rurales.....	366
3.2. Adopción de medidas	370
3.2.1. Adopción de medidas institucionales y políticas para la aplicación del pacto	371
3.2.2. Adopción de medidas fiscales y económicas	378
3.2.3. Adopción de medidas legales y judiciales.....	380
4. No discriminación en la aplicación del pacto.....	383

5. Igualdad entre mujeres y hombres en la adopción de medidas legales, políticas y judiciales.....	386
5.1. Violencia contra las mujeres y niñas.....	389
6. Pobreza, situación de la pobreza y condiciones de vida.....	391
6.2. Las condiciones de vida en la esfera de la protección de la familia.....	397
6.3 Las condiciones de vida de las personas privadas de libertad.....	398
7. Derecho a la seguridad social.....	399
8. Derecho a una alimentación adecuada.....	401
9. Derecho a una vivienda digna, protección frente a desalojos forzosos y saneamiento y agua.....	404
9.1. Vivienda digna.....	405
9.2. Protección frente a desalojos forzosos.....	406
9.3. Saneamiento y agua.....	409
10. Derecho al Trabajo, condiciones del trabajo, salario mínimo e igualdad salarial.....	410
10.1. Condiciones de trabajo.....	412
10.2. Salario mínimo e igualdad salarial.....	416
10.3. Trabajo infantil.....	417
10.4. Trata.....	418
10.5. Derecho de sindicalización y derecho a la huelga.....	419
11. Derecho a la salud.....	422
12. Derecho a la educación.....	428
Resumen.....	431
Conclusiones.....	441
Bibliografía.....	456

Introducción

La desigualdad a escala global, determinada por la pobreza, limita a un gran número de personas su desarrollo autónomo digno. Esto remite a la satisfacción de necesidades vinculadas a una serie de derechos de índole social como el trabajo, la seguridad social, la participación en la vida cultural, el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación, que entre otros depara que los Estados emprendan acciones para su realización. La desproporción en el disfrute de estos derechos, incluso en las democracias más desarrolladas, y el devenir de las crisis financieras y económicas conduce a que cuestionemos la suficiencia de las respuestas estatales que, a escala interna e internacional, se realizan para contrarrestar la magnitud del injusto reparto de los bienes económicos entre los ciudadanos (entendido este concepto en un sentido amplio), e igualmente pone en duda el diseño del propio sistema de garantías del estado de bienestar desde la igual libertad que este supone.

El tema de esta tesis nace como una resistencia ante la indiferencia e ineficacia de respuestas de todo orden alejadas de la situación precaria de más de la mitad de la población paraguaya. La conexión entre el presente y el futuro se desdibuja ante la ausencia de un compromiso serio con la demanda de una mejor calidad de vida. Responder a las asimetrías de hondo calado en la sociedad paraguaya, donde el estigma hacia las personas en situación de pobreza y extrema pobreza coexiste con comodidad y es inmune ante la injusticia social, es una llamada urgente.

En España el estado de bienestar se ha visto condicionado por las crisis económicas y financieras caracterizadas por el avance de la desigualdad estructural. Los crecientes recortes de prestaciones de los sistemas públicos vinculados a los derechos sociales ponen de manifiesto la negativa del Estado a reconocer los derechos sociales como derechos subjetivos de primer orden. Por otro lado, las deficiencias de los mecanismos de garantías diseñados limitan la interpretación de sus fines, y restringen su tutela como derechos humanos realizables y reclamables.

El trabajo se propone superar las limitaciones históricas e ideológicas de la dogmática filosófico-jurídica y demostrar la viabilidad de mecanismos que aseguren la garantía de los

derechos abocados a la satisfacción de necesidades vitales imprescindibles desde un enfoque holista y complejo que contemple la garantía de los derechos sociales en todas sus dimensiones.

La hipótesis que se plantea a partir de ello es si existe la posibilidad de la realización efectiva de los derechos sociales, hasta dónde ello puede exigirse y cómo puede ser supervisado. La primera respuesta supone reconocer la existencia de varios obstáculos de orden teórico y práctico que limitan la efectividad de los derechos sociales, y admite igualmente responder a estas barreras con la misma determinación desde la que se los pretende soslayar asumiendo una postura propositiva, constructiva y amplia de sus garantías.

El reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales mínimos subordinados y alejados de los fines del Estado, depara indagar sobre el problema de la negación de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales. Podría afirmarse que el aspecto que muestra mayor resistencia doctrinaria y jurisprudencial se da en el ámbito de los derechos sociales como derechos subjetivos y como derechos fundamentales, esto supone una interpretación difícil de sostener cuando se la enfrenta al análisis en los términos de razones de justicia social. Por tanto, se postula que los elementos axiológicos contribuyen a la legitimidad del Estado y a potenciar la democracia cuando los derechos fundamentales se consideran en sentido unitario e inclusivo.

Examinaremos si la subjetividad permite o da lugar al encaje de la dogmática de los derechos sociales, dado que ello no es una cuestión pacífica, sino que se enfrenta a concepciones teóricas que cuestionan su cabida en esta categoría. Esto implica analizar los elementos teóricos más relevantes que permiten identificar el carácter subjetivo de los derechos sociales.

Las posiciones que pueden instrumentarse como derechos subjetivos serían aquellas cuyo contenido moral y ético posibilitan el desenvolvimiento de la persona como agente moral. Este aspecto sugiere el análisis de aquellas razones en términos de dimensiones o aspectos concretos protegidos por el derecho, y permite igualmente explorar la configuración del derecho como razón justificante de una diversidad de enunciados normativos interrelacionados.

El estudio se propone atender o examinar los argumentos provenientes de teorías filosófico-jurídicas que desarrollan razones basadas en valores y principios morales teniendo como centro a la autonomía personal. A través de ellas se avanza en los argumentos que postulan la relevancia de los bienes y valores que el derecho pretende proteger.

El estudio avanza en aquellas teorías que superan la dicotomía tradicional entre las teorías de la voluntad y las del interés, asumiendo alguno de los elementos de cada uno de ellos y combinándolos con argumentos sustantivos, institucionales y funcionales que pueden dar cuenta de la entidad que denominamos «derechos sociales».

Desde el enfoque del bienestar, las teorías de las necesidades vinculadas a la moralidad tienen como miras la autonomía y el desarrollo de las personas en tanto se dirigen a la satisfacción de bienes y valores con carácter imprescindible para la supervivencia y como medio de evitar el daño. En la misma línea del bienestar, las teorías de las capacidades dan cuenta de la libertad real a partir de la determinación de un umbral mínimo de capacidades que posibilitan el desarrollo autónomo para elegir y actuar. La teoría que postula la libertad como ideal supremo del Estado concibe a los derechos civiles, políticos y sociales como derechos fundamentales de manera unitaria. Al concebir las condiciones equitativas para el ejercicio de la libertad, combina las capacidades equitativamente distribuidas para su realización e identifica a las necesidades básicas con las condiciones indispensables para que las personas sean libres. Igualmente concibe a la igualdad como un criterio de justicia para la distribución de los bienes frente a las desigualdades estructurales. De este modo, se pone el acento tanto en la dimensión objetiva de los derechos —también los sociales—, cuanto en las posiciones jurídicas a las que aquéllos pueden dar lugar —derecho subjetivo—. Otra concepción teórica considerada es aquella que plantea un concepto amplio de los derechos, incluidos los de contenido social, entendidos como precondiciones sustantivas para la autonomía de las personas y su plena participación contra mayoritarias con miras a la justicia social. Desde la teoría procesal de la democracia se pone el acento en la garantía de los derechos a través del control robusto de constitucionalidad. Este orden de ideas posibilita nivelar las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos sociales y determinar elementos que en su combinación permiten una concepción amplia del derecho subjetivo que sea acorde a los derechos sociales.

Posterior a la determinación de los derechos sociales como derechos subjetivos, otra cuestión que se analiza es la mayor o menor capacidad de adecuación de los diversos derechos sociales al concepto del derecho subjetivo. Esta distinción facilita establecer la pertinencia de su utilización como derechos subjetivos u objetivos en tanto respondan de mejor manera a su realización.

El reconocimiento de las razones de los derechos de índole social como derechos subjetivos, y también en su vertiente objetiva, requiere el análisis de la forma en que se garantizan o materializan esos derechos. El análisis en profundidad de los sistemas de garantías viabiliza conocer los diferentes obstáculos para la tutela jurídica de los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales. Sin embargo, esto otorga también la posibilidad de reforzar la afirmación de que las exigencias jurídicas complementan obligaciones políticas de los Estados democráticos de ejecutar acciones de índole legislativa y administrativa sobre la base de los principios y valores que guían los fines de los Estados constitucionales de derecho. Esto plantea reflexionar sobre las posibilidades que presentan las teorías garantistas no sólo desde las cualidades y carácter obligatorio en sentido jurisdiccional, sino en torno a la implementación de las obligaciones de carácter político. Los aspectos mencionados aproximan de forma amplia a los mecanismos que movilizan la efectividad y eficacia de los derechos sociales.

Las teorías de las garantías analizadas posicionan a las obligaciones como expectativas que movilizan la acción estatal. Las obligaciones negativas y positivas toman relevancia en tanto se las concibe como primarias y secundarias. Una reconstrucción multidimensional, nivelada y escalada de las obligaciones posibilita, desde una esfera compleja, la determinación de garantías políticas y jurídicas interrelacionadas incluyentes de las garantías extrainstitucionales y la nivelación de éstas en ámbitos nacional, supranacional e infraestatal complementan el circuito de las garantías de manera completa.

La teoría de las obligaciones de los derechos proveniente de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos traduce la continuidad axiológica y estructural de los derechos humanos para su cumplimiento. El reconocimiento asentado en la doctrina internacional de la continuidad axiológica y estructural de los derechos civiles, políticos y sociales como derechos humanos fundamentales permite la estructuración de las obligaciones

en base a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Al combinar las obligaciones de respeto, protección y satisfacción con las acciones negativas y positivas, facilita la efectividad de las garantías. La determinación de las obligaciones estatales con carácter inmediato supone el respeto, la protección y satisfacción de cada derecho sin discriminaciones y establece de esta manera el marco igualitario para su materialización. Los resultados progresivos guían la conducta estatal tomando como referencia los atributos básicos de cada derecho y determinando sus niveles esenciales. Esto supone garantizar niveles mínimos de respeto, protección y satisfacción de derechos con carácter general con independencia del grado de desarrollo estatal y a las condiciones económicas. El aseguramiento de las garantías dispuestas contempla, además, el enfoque de violaciones centrado en la no regresividad obligatoria que entraña el respeto de las necesidades básicas y esenciales para la vida digna de las personas como medida inderogable de carácter obligatorio. Esto alude no sólo al carácter preventivo, sino también reparador y sancionador a través de garantías secundarias judiciales y cuasi judiciales dispuestas.

Establecer el nexo existente de las garantías de los derechos sociales en los modelos de Estado de derecho permite identificar los focos ideológicos que guían argumentos jurídicos-políticos, y la influencia que éstos poseen en el reconocimiento y eficacia o en los límites de los derechos sociales en la esfera constitucional. Este aspecto conlleva particular relevancia para el estudio porque se asocia a la negación o a la simple afirmación retórica que impiden en la práctica institucional la eficacia de los derechos sociales como derechos fundamentales movilizadas por cuestiones ideológicas y/o técnico-económicas utilizados para justificar la negación, paralización y retroceso en la concesión de bienes y servicios sociales de la esfera pública.

El estudio de la articulación y tutela de los derechos sociales en el sistema constitucional de España y Paraguay aproxima a los sistemas de garantías dispuestos para asegurar la efectividad de los derechos sociales. Se ahonda en la cuestión de la incorporación de los derechos sociales al esquema constitucional como tema que enfrenta amplios debates. La configuración de un derecho social de orden constitucional conlleva la expectativa de su cumplimiento en orden a las obligaciones determinadas a los Estados como principales llamados a dar respuesta ante las condiciones insuficientes de las personas para el desarrollo

de sus capacidades de manera autónoma. Las posturas que cuestionan la posibilidad de exigir mediante mecanismos judiciales el aseguramiento de los derechos de orden social trasladan al ámbito de la configuración y estructura de los derechos sociales objeciones en las que fundamentan imposibilidades técnicas que obstaculizan la exigibilidad jurídica de los derechos sociales. Reconocer esto implica también puntualizar que la negación de la exigibilidad de los derechos sociales depara consecuencias vinculadas a la vida misma de las personas, por tanto, sustraer estos derechos de la tutela judicial de los Estados refuerza la situación de vulnerabilidad, dificulta la existencia de las personas en condiciones dignas y limita las función tutelar del órgano jurisdiccional.

La tutela jurídica debilitada y la ausencia de mecanismos eficaces de protección constitucional de los derechos sociales en países como España y Paraguay refuerza la segmentación y discriminación de personas y grupos, y además determina la falta de adecuación a los estándares internacionales en materia de interpretación de obligaciones estatales en el marco de la indivisibilidad e interdependencia del conjunto de derechos humanos.

Al hilo de los obstáculos identificados desde el análisis del sistema de garantías estatales, conviene cerrar el circuito de efectividad a través de la supervisión de la implementación de los derechos sociales para determinar las posibilidades y limitaciones de los desarrollos analíticos que se han producido al respecto.

La evolución de la doctrina de los derechos sociales en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos es analizada a partir de la amplia aceptación que poseen los pronunciamientos de los órganos de tratados en el reconocimiento e implementación de los derechos sociales en los países que acogen su normativa. Se analiza también el rol de las interpretaciones que realiza el comité de derechos económicos sociales y culturales del PIDESC, y se considera la influencia doctrinal y jurisprudencial que posee en atención a su aplicación por tribunales internacionales y regionales. Igualmente se ahonda sobre el valor que en la esfera del derecho internacional se otorga al sentido de los pronunciamientos de este órgano, en tanto sirven como fuente del derecho internacional consuetudinario. El avance en la interpretación del PIDESC a través de la labor de su órgano de tratado señala el

aporte a la exigibilidad de los derechos de índole social y la posibilidad que ofrece para la mayor efectividad de éstos en todos los niveles y escalas.

El estudio de la implementación de la doctrina del comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas depara observar de qué manera se realizan, facilitan o niegan los objetos materiales que hacen al bienestar de las personas y grupos a escala local. A partir de este análisis se pretende identificar los principales motivos que obstaculizan los niveles de efectividad de los derechos sociales en Estados como España y Paraguay y averiguar la medida en que las praxis políticas y judiciales se ajustan o no a las obligaciones estatales relativas a los derechos sociales. Uno de los principales obstáculos que se presenta en esta esfera se relaciona con el nivel y el fondo de la información suministrada por los Estados y, ante todo, con la laxitud con la que los gobiernos entienden las obligaciones emitidas por los órganos de supervisión de cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo se destaca la utilidad de la implementación de esta metodología para la evaluación de la eficacia de los derechos sociales en cada Estado. Ello tiene sentido cuando se comprende en el estudio el análisis desde esta perspectiva y se lo combina y contrasta con las doctrinas y teorías abordadas en el trabajo de forma combinada.

Atendiendo a la idea minusvalorada de los derechos sociales que los relegan a un plano de difícil realización, se plantean interrogantes en cada tema que guían el desarrollo de este trabajo en cada capítulo. Las cuestiones que se plantean se dan en torno a la razones que fundamentan el carácter subjetivo de los derechos sociales; la relevancia del carácter fundamental de los derechos sociales a través de la nivelación de sus dimensiones objetiva y subjetiva; la determinación de elementos teóricos necesarios para un concepto del derecho subjetivo acorde a la efectividad de los derechos sociales; la exigibilidad de los derechos sociales en orden a las teorías de las garantías; el régimen jurídico-político de los derechos sociales en el español y el paraguayo; los sistemas de garantías dispuestos en España y Paraguay para la garantía de los derechos sociales; la posibilidad de la interpretación unitaria de las obligaciones de derechos en el sistema jurídico-político español; la posibilidad de la interpretación unitaria de las obligaciones de derechos en el sistema jurídico-político paraguayo; la posibilidad de implementación del control de convencionalidad de los instrumentos internacionales en vigor en el sistema jurídico paraguayo; la valoración de la

doctrina del sistema universal en la interpretación, aplicación y supervisión de los derechos sociales; y, por último, la supervisión por el comité DESC de la implementación de derechos sociales en España y Paraguay.

Capítulo primero: Subjetividad de los derechos sociales

En el primer capítulo se exploran los desarrollos teóricos de los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales. Se parte de la estructura utilizada en el análisis de los derechos subjetivos ideada por Alexy, esto es, las razones para los derechos, los derechos como posiciones y relaciones jurídicas y, por último, la exigibilidad de los derechos. El primer apartado estudia las teorías que avanzan en el argumento de los principios y valores que subyacen a los derechos para su configuración. En el apartado posterior se indaga sobre las teorizaciones del derecho subjetivo en atención a las relaciones que a partir de éste se generan, y se enfrenta a éstas con las teorías que cuestionan el carácter de los derechos sociales como derechos subjetivos. Por último se analizan y contrastan las diversas teorías para establecer elementos que ayuden a la mejor configuración de un concepto de derecho subjetivo abocado a la efectividad a los derechos sociales.

Capítulo segundo: Exigibilidad de los derechos: teorías de las garantías

En la línea estructural propuesta, el segundo capítulo aborda las teorías de las garantías de los derechos sociales. En primer lugar se analizan las principales teorías que den cabida al mejor aseguramiento y protección de los derechos sociales. Posterior a ello, se analiza la teoría de las obligaciones estatales sobre derechos sociales en el marco de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, en particular del órgano de supervisión de las Naciones Unidas especializado en derechos sociales. Como último punto se trata sobre la acogida de los derechos sociales en los distintos modelos de Estado de derecho.

Capítulo tercero: Sistemas constitucionales y régimen jurídico de los derechos sociales: la exigibilidad política y jurídica de los derechos sociales en España

El tercer capítulo se enlaza con la evolución de la exigibilidad de los derechos sociales en el marco de los Estados constitucionales de derecho. Así, se analiza el régimen jurídico constitucional de los derechos sociales del Estado español. Se parte de la exigibilidad política y se realiza un análisis de la configuración institucional y de políticas públicas.

Posteriormente se trata las garantías extrainstitucionales como componente del Estado democrático de derecho y se prosigue con un análisis sobre las escalas de garantías en sentido infraestatal y supraestatal. Posterior a ello se analizan las limitaciones legales y judiciales y su interpretación. Por último, como complemento y resultado de los cuestionamientos que surgen del análisis de la exigibilidad jurídica, se avanza en las posibilidades de la interpretación amplia y unitaria de los derechos fundamentales para el aseguramiento de su realización en la esfera jurisdiccional.

Capítulo cuarto: Régimen jurídico de los de los derechos sociales en la Constitución paraguaya: su exigibilidad política y jurídica

El cuarto capítulo sigue la misma línea analítica del que lo precede, pero en orden al sistema de garantías existente en el Estado paraguayo. En el primer apartado se estudia la configuración de los derechos sociales en el marco constitucional paraguayo. En el siguiente apartado se analizan los rasgos de la exigibilidad en orden al aspecto objetivo y subjetivo. Posteriormente se tratan las garantías extrainstitucionales como componente del Estado democrático de derecho y se prosigue con un análisis sobre las escalas de garantías en sentido infraestatal y supraestatal. En este capítulo se analizan las posibilidades de la interpretación unitaria de los derechos humanos como componente para la garantía jurisdiccional, y se estudia la posibilidad que ofrece el sistema jurídico-político para la implementación directa e inmediata del control de convencionalidad.

Capítulo quinto: Análisis de la doctrina del sistema universal de protección de derechos humanos en la interpretación, aplicación y supervisión de los derechos sociales

Este capítulo realiza un análisis de la evolución de la doctrina del comité DESC se puntualiza sobre la influencia que esta ha adquirido a escala regional e internacional para la protección de derechos sociales. Se evalúa también la evolución institucional de los derechos sociales en el ámbito del sistema universal de protección de derechos humanos. Se realiza un análisis especial de la evolución de la doctrina del PIDESC a partir del comité DESC. Se estudia por tanto el carácter y evolución de los pronunciamientos de este órgano como pueden ser las observaciones generales, las observaciones finales o las declaraciones, y se finaliza con el

establecimiento del sistema de recepción de comunicaciones cuasi judicial establecido por el Protocolo Facultativo del PIDESC.

Capítulo sexto: Análisis de las observaciones finales emitidas por el comité de derechos económicos, sociales y culturales y otros órganos de vigilancia de derechos humanos al Estado español

Este capítulo se centra en el análisis de políticas públicas a través de las que se llevan a la praxis las disposiciones relativas al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en España. A lo largo de éste se estudia de manera global la ejecución de los derechos sociales tomando como base los informes del Estado español desde el tercer periodo de examinación del comité DESC. Ello se contrapone a las recomendaciones generales del comité DESC y otros órganos del sistema universal que abordan derechos conexos a éstos, como las emitidas por las relatorías sobre discriminación racial, vivienda adecuada, así como del comité de derechos civiles y políticos y del comité CEDAW, enfrentándolos con la interpretación jurídica que de cada derecho social emite el comité DESC en consideración a su relevancia teórica y jurídica.

Capítulo séptimo: Análisis de las observaciones finales emitidas por el comité de derechos económicos, sociales y culturales y otros órganos de vigilancia de derechos humanos al Estado paraguayo

El estudio en este capítulo sigue la misma línea analítica del que lo precede, pero en orden al Estado paraguayo. El análisis se centra en las políticas públicas a través de las que se implementan las disposiciones relativas al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el país. De manera global contempla la evaluación de la ejecución de los derechos sociales tomando como base los informes del Estado paraguayo desde el segundo periodo de examinación del comité DESC. Se contrapone ello a las recomendaciones generales del comité DESC y otros órganos del sistema universal que se ocupan de derechos conexos a éstos, como pueden ser los provenientes de relatorías sobre pobreza extrema y derechos humanos, alimentación, comité de derechos civiles y políticos, así como del comité CEDAW, comparándolos con las observaciones generales que de cada derecho social emite el comité DESC.

Metodología

El objetivo de esta investigación se centra en el análisis sobre la efectividad de los derechos sociales.

La investigación se ha estructurado en torno al objetivo principal utilizando una metodología interdisciplinar con la finalidad de obtener un análisis conclusivo fiable que responda a la amplitud del tema central.

De manera a aproximar el trabajo al objetivo principal se ha vinculado el estudio a la exigibilidad y la supervisión del cumplimiento de los derechos sociales utilizando la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Para responder al objeto central de la investigación se ha planteado determinar los problemas de orden teórico y práctico que impiden la efectividad de los derechos sociales. En este sentido, se han distinguido varias cuestiones concretas planteadas en la introducción y que, desarrolladas en los capítulos, se dirigen a las restricciones legales, institucionales y jurídicas ante las cuales el marco institucional y los sistemas de garantías no plantean respuestas eficaces.

Se ha intentado responder al objetivo y a las hipótesis del trabajo de investigación desde la adopción de un enfoque interdisciplinar que comprende el aspecto jurídico desde diferentes doctrinas, como la filosofía jurídica, la teoría del derecho, el derecho constitucional, la filosofía política y moral, y el derecho internacional de los derechos humanos, a los que se vincula el estudio de las praxis y políticas públicas y el análisis de las observaciones finales de mecanismos de supervisión y monitoreo de implementación de derechos humanos, así como informes conclusivos sobre observaciones en terreno de relatores especiales del sistema universal de protección de los derechos humanos.

A continuación se describe la perspectiva predominante al abordar las cuestiones analizadas siguiendo el orden de los capítulos desarrollados en el trabajo de investigación.

Primeramente el análisis se dirige desde una perspectiva filosófico-jurídica, de la teoría del derecho y de la filosofía política y moral a la fundamentación de los derechos sociales como

derechos humanos y derechos fundamentales. Desde esta esfera se estudia la interacción de esta categoría de derechos desde sus dimensiones subjetiva y objetiva. Se parte del análisis filosófico-jurídico sobre los valores morales y éticos basados en la autonomía y dignidad de las personas para el reconocimiento de derechos. Esta perspectiva ofrece la posibilidad de dirigir el estudio a las teorías del bienestar que ofrecen respuestas a la autonomía personal y posiciona la exigibilidad de necesidades vitales con la prevención del daño para posibilitar el desarrollo. En esta misma fase se contempla el análisis de teorías de la justicia que expanden la óptica de los derechos sociales al campo del desarrollo de la personalidad al posicionar los derechos sociales contenidos en el umbral de capacidades que facilitan el desarrollo. En el plano de la filosofía jurídico-política se conciben las condiciones equitativas para la libertad como valor supremo que constituye el contenido de valor de la legitimidad democrática y se obtiene una delimitación de relevancia para el objeto de este estudio porque permite precisar con mayor alcance en la dimensión objetiva y subjetiva de los derechos sociales. En la misma línea se contempla el análisis de los derechos sociales también con acento en su dimensión objetiva, como precondiciones en el marco de una democracia procedimental. Por otra parte, la subjetividad de los derechos sociales como posiciones y relaciones sugiere explorar la configuración del derecho como razón justificante de una diversidad de enunciados normativos interrelacionados y permite establecer argumentos de peso frente a las teorías que cuestionan tal carácter.

El análisis en esta primera etapa posibilita determinar elementos teóricos considerados de utilidad como componentes de una concepción amplia de los derechos subjetivos comprensiva de los derechos sociales.

Una vez determinada la fundamentación de los derechos y la nivelación de las dimensiones del derecho subjetivo se indaga en la exigibilidad de éstos a partir de las teorías de las garantías. Este estudio permite, desde un enfoque jurídico, explorar las posibilidades de aseguramiento de los derechos sociales. Un elemento importante que se identifica en esta fase es el esquema que permite una reconstrucción de las garantías desde la unidad de los derechos humanos en diferentes niveles y escalas. En paralelo se estudia en detalle los aportes provenientes de la teoría de los derechos humanos, así como de la teoría y la filosofía del

derecho internacional que permite dotar de mayor efectividad a las garantías de los derechos sociales.

Posterior a ello el análisis se aboca al estudio del estatuto jurídico de los derechos sociales en los sistemas constitucionales español y paraguayo. En esta instancia el examen se centra en la perspectiva proveniente de la doctrina y la jurisprudencia constitucional en cada uno de estos sistemas jurídicos. La particularidad del método que se aplica en esta esfera es la de combinar dos doctrinas diferentes, como la del derecho constitucional y la del derecho internacional de los derechos humanos para plantear la posibilidad de la interpretación unitaria del conjunto de los derechos humanos en el ámbito constitucional. Ello posibilita que las garantías políticas y jurisdiccionales sean concebidas con tal carácter y potenciaría su tutela a escala local. Por otro lado, en la examinación de las garantías de orden político e institucional predomina el análisis desde la óptica de las políticas públicas que se implementan a escala local. Esto ayuda a identificar los focos que limitan y otros que constituyen buenas prácticas para la efectividad de los derechos sociales en este ámbito. Al pasar a la examinación de la funcionalidad de las garantías judiciales se identifican obstáculos provenientes de la doctrina y jurisprudencia en ambos países que pueden ser salvados desde la reinterpretación de los derechos sobre la base de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos.

Posterior a ello el estudio se centra en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en particular en la doctrina del órgano de supervisión de aplicación del PIDESC. Al explorar la evolución institucional y doctrinal desarrollada en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos se realiza una aproximación a la valoración que posee esta instancia para la efectividad de los derechos sociales. Se profundiza en el significativo desarrollo de la doctrina del comité DESC en el seno de las Naciones Unidas y se analiza la manera en que sus aportaciones doctrinarias son utilizadas en los diversos sistemas regionales e internacionales para la tutela de los derechos sociales.

Por último, el estudio se centra en el análisis de las examinaciones que realiza el comité DESC sobre la implementación del PIDESC en España y Paraguay. Desde este enfoque se mide la eficacia de los mecanismos de aplicación internacional y nacional a partir de la teoría del derecho internacional de los derechos humanos. A partir de este análisis se pretende

identificar los principales motivos que obstaculizan los niveles de efectividad de los derechos sociales en Estados como España y Paraguay y averiguar la medida en que las praxis políticas y judiciales se ajustan o no a las obligaciones estatales relativas a los derechos sociales, así como evaluar la implementación de las observaciones generales del comité DESC en el desarrollo de sus recomendaciones finales, dado el importante desarrollo teórico que poseen sobre cada derecho. Para la eficacia de los puntos analizados se ha considerado incorporar al estudio, particularmente en derechos que presentan mayores problemas en cada país, las observaciones que realizan expertos independientes de las Naciones Unidas luego de sus visitas sobre el terreno. Otro aspecto considerado son las fuentes que toma el Comité desde los informes de las organizaciones de la sociedad civil en el análisis de coyuntura. Cabe agregar que el estudio de cada derecho en los sucesivos periodos de examinación y su cruce con las observaciones finales de otros órganos de supervisión que tratan derechos relacionados a los de índole social permite tener un conocimiento acabado de los avances y retrocesos que, a escala global y particular, influyen en el avance o retroceso de los derechos sociales. Se destaca la utilidad de la implementación de esta metodología para la evaluación sobre la eficacia de los derechos sociales en cada Estado. Ello tiene sentido cuando se comprende en el estudio el análisis desde esta perspectiva y se lo combina y contrasta con las doctrinas y teorías abordadas en el trabajo de forma combinada y particularmente se evalúan las respuestas que se idean desde este mecanismo para dotar de eficacia a las observaciones que realiza ante los diversos y cambiantes contextos de los países.

El enfoque metodológico interdisciplinar que guía el criterio de la investigación presenta motivos que pueden considerarse de aporte. En primer lugar se determina que existen condiciones para la implementación de garantías amplias para la efectividad de los derechos sociales en España y Paraguay. En segundo lugar se identifica que centrar la efectividad y la exigibilidad de los derechos sociales en la esfera de las garantías jurídicas limita el alcance de la realización plena de estos derechos. En tercer lugar se presenta la posibilidad de la utilización del criterio de interrelación e interdependencia en el ámbito constitucional, con lo cual se facilitaría la interpretación de las garantías y de la tutela de los derechos sociales, al tiempo que ello potenciaría el rol tutelar del ámbito jurisdiccional. Por último, se presenta la posibilidad de potenciar la efectividad de los derechos sociales a escala local a partir de la examinación compleja de todas las dimensiones de los derechos sociales. Por tanto, la

preferencia del análisis de la efectividad desde la perspectiva del sistema universal de protección de derechos humanos frente a otros sistemas regionales atiende a la complejidad desde la que se examina la implementación de los derechos sociales (institucional, legal y jurisdiccional), y esto es determinante cuando se evalúa la necesidad de medidas de diversas naturalezas. De otro lado, el control periódico del avance de los Estados, se refuerza con el recientemente implementado sistema de seguimiento de recomendaciones para medir los avances en derechos seleccionados por el comité luego del diálogo con los Estados examinados.

La explicación anterior responde, en cierto sentido, a la cuestión de la metodología que se ha utilizado para la elaboración del trabajo. Entre los diferentes métodos que pueden utilizarse, principalmente se ha llevado a cabo la lectura de fuentes escritas, fuentes doctrinales e informes elaborados por diferentes organismos. Entre los métodos utilizados se detalla: la revisión bibliográfica especializada; el análisis de concepciones teóricas para su implementación; el estudio de la doctrina y regulación provenientes del derecho internacional, el examen del esquema jurídico —político, marco legal e institucional nacional, revisión jurisprudencial, revisión de jurisprudencia supranacional— regional en materia de derechos sociales; el análisis de las observaciones finales realizadas a los Estados por órganos de supervisión de tratados e informes de cumplimiento del PIDESC del Estado español y del paraguayo; y el análisis de informes puntuales de organizaciones no gubernamentales.

Por último, se detallan algunas consideraciones prácticas que refieren cuestiones como la financiación, el tiempo disponible para la investigación y la formación de la autora. La realización de la tesis doctoral ha sido posible gracias a la financiación del Programa nacional de becas Carlos Antonio López del Estado paraguayo. Formación académica en licenciatura en Derecho 2006 y en Notariado 2007 en la Universidad Nacional de Asunción, y de Máster en Estudios Internacionales 2011 en la Universidad de Santiago de Compostela, se ha iniciado el estudio en el Programa de Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia en el año 2015. El tiempo del que se ha dispuesto para la realización de la tesis ha sido de tres años y medio desde la matrícula en el programa de Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional. A la

formación académica se suma la labor en el ámbito de derechos humanos desde 2007 en organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales, y un breve periodo en la función pública en la temática de los derechos humanos y grupos en situación de vulnerabilidad, entre ellos personas mayores, personas con discapacidad, mujeres y personas privadas de libertad o en situación de encierro. Estos temas han sido trabajados principalmente desde el acceso a la justicia, monitoreo de políticas públicas y atención jurídica primaria a víctimas y colectivos.

Durante el periodo de investigación y preparación de la tesis fue determinante la orientación y el acompañamiento recibido por la directora de la investigación, la profesora María José Añón. También la formación adquirida a través de cursos, seminarios y la participación en congresos a través del Insitut de Drets Humans de la Universitat de Valencia han sido de utilidad.

Capítulo I: Subjetividad de los derechos sociales

1. El derecho subjetivo. La importancia de su estudio en este trabajo

El derecho subjetivo comprendido como posiciones jurídicas que aluden a la protección legal de la persona como agente moral autónomo implica indagar desde la perspectiva de los derechos humanos en los aspectos conceptuales y prácticos de esta categoría en tanto los mismos comprenden razones o bienes vinculados a la justicia social desde una perspectiva amplia.

En este apartado se estudian las aportaciones teóricas que se han ideado en torno al derecho subjetivo como técnica jurídica para la concreción de derechos sociales. De acuerdo a ello se reseñan las concepciones teóricas del derecho subjetivo que, a partir del análisis filosófico jurídico, permiten o dan lugar al encaje de la dogmática de los derechos sociales.

El análisis de este apartado se centrará en las características y elementos del derecho subjetivo desde una perspectiva práctica, es decir, desde un enfoque en su aplicación jurídica o, en otras palabras: «el derecho subjetivo como técnica de realización jurídica de los derechos fundamentales».¹

Considero pertinente puntualizar que la técnica de los derechos subjetivos como herramienta para el reconocimiento jurídico de los derechos sociales es un importante elemento, más no el único camino para la realización efectiva de dichos derechos. Subrayar esto es de relevancia al objeto de este trabajo, porque lo que se intenta demostrar es que constituye un imperativo de la justicia la implementación de los derechos sociales en todas sus dimensiones, tanto en su aspecto subjetivo, cuanto en el objetivo.

El análisis del derecho subjetivo en este capítulo utiliza el modelo de tres niveles distinguido por Alexy en el concepto del derecho subjetivo.² Estos niveles se refieren a: 1) las razones

¹ GARCÍA MANRIQUE, R., «Los derechos sociales como derechos subjetivos», *Derechos y Libertades*, Número 23, Época II, junio 2010, pp. 73-100 y p. 85.

² ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, traducción de J. SEÑA, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 180 y ss. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. GARZÓN VALDEZ, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 178 y ss.

para los derechos. Es decir las distintas argumentaciones utilizadas para justificar la existencia del derecho;³ 2) los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas, esto es, el sistema de las relaciones y posiciones que se distinguen;⁴ y, 3) la imposibilidad de los derechos subjetivos, que se refiere a la exigibilidad jurídica de los derechos subjetivos.⁵

En esta línea, se analizarán en primer lugar las teorías que argumentan razones morales para justificar la existencia del derecho subjetivo, en segundo lugar se examinará el derecho subjetivo como posiciones y relaciones jurídicas, y en tercer lugar se considerará la exigibilidad jurídica del derecho.

En lo que sigue de este capítulo, en primer lugar se realiza un recuento de las teorías más importantes sobre los derechos subjetivos con miras a establecer diferentes aspectos que cada una aporta para la consideración de un concepto amplio del mismo. De manera posterior, se analizarán las perspectivas teóricas en las que el encaje de los derechos sociales se considere más adecuado de cara a su mejor realización. Como último punto se considera tratar las teorías de las garantías para completar el circuito filosófico-jurídico de la efectividad de los derechos sociales.

Se señala que el concepto de derechos sociales no es claro y en muchas ocasiones se ha ofrecido una imagen distorsionada de éstos que ha contribuido a relegarlos «a un plano alejado de los fines primarios de la comunidad política»⁶.

³ Explica Alexy sobre las razones, que puede existir un haz de fundamentaciones heterogéneas y que diferentes derechos pueden apoyarse en fundamentaciones totalmente diferentes. Para mayores detalles consultar ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge SEÑA, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 180 y 181.

⁴ Según la exposición de Alexy los derechos consisten en posiciones y relaciones jurídicas. «Dentro del marco de un sistema de las posiciones jurídicas fundamentales puede exponerse muy simplemente qué son posiciones y relaciones jurídicas y cuáles existen» ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge SEÑA, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 182.

⁵ Para Alexy la imposición del derecho se trata fundamentalmente en las competencias y permisiones. Además señala que «A la relación de fundamentación entre el primero y segundo nivel corresponde una relación de fundamentación entre el derecho y su imposibilidad, es decir, entre el segundo y el tercer nivel. Esto no podría ser aprehendido si se incluyese la imposibilidad en el concepto de derecho». ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, traducción de J. SEÑA, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 184.

⁶ GARCÍA MANRIQUE, R., «Un poco de luz sobre los conceptos jurídicos: el caso de los derechos sociales (Homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro)», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017)*, p. 116. En este mismo sentido se expresa AÑÓN, M. J. y otros, «*Lecciones de derechos sociales*», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 155 y ss. Prieto apunta que en el mejor de los casos se los señala como «derechos disminuidos o en formación». PRIETO, L., *Ley, principios y derechos*, Dikinson - Universidad Carlos III, Madrid, 1998, p. 97.

Podría interpretarse que la aducida falta de claridad del concepto de los derechos sociales se encuentra asociada a que el concepto de éstos no presenta una semejanza exacta con la configuración del concepto jurídico tradicional asentado en la dogmática de los derechos subjetivos.

La conceptualización de los derechos sociales sucede históricamente al concepto de derechos subjetivos y a la tradición jurídica de éstos. Su falta de adecuación exacta al concepto tradicional de los derechos subjetivos comporta, como indica Añón, que hayan sido interpretados como una construcción anómala de la dogmática del derecho subjetivo, considerados como derechos defectuosos e incompletos⁷; lo cual distorsiona su imagen y determina su relegamiento a un plano secundario en el conjunto de los derechos fundamentales.

Estas interpretaciones afectan igualmente a la calidad de la legitimidad política dada la relevancia que poseen los derechos fundamentales como criterios máximos de legitimidad política. El hecho de que se mantenga una teoría devaluada de los derechos sociales fundamentales, relegados a un segundo plano, compromete el alcance de la justicia como fin de todo Estado.

Como respuesta a los presupuestos arraigados en la doctrina mayoritaria (degradación y postergación de los derechos sociales), se han generado esfuerzos teóricos cuyas tesis han demostrado que los argumentos utilizados para pretender distinguir y, por tanto, desconocer el carácter fundamental de los derechos sociales no son concluyentes, y dan lugar a una interpretación amplia de los derechos fundamentales.

Por tanto, se toman dos ideas que guiarán el análisis en torno a este punto:

La primera destinada a contrarrestar la vieja creencia de la diferencia cualitativa radical, los derechos sociales «no son de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos llamados

⁷ Explica Añón que «lo que se consideran defectos e insuficiencias de los derechos sociales ha comportado que desde sus orígenes, éstos han sido interpretados como una construcción anómala de la dogmática del derecho subjetivo, una categoría bastante incomprensible desde el punto de vista jurídico por su falta de analogía con las concepciones más tradicionales del derecho subjetivo». AÑÓN, M. J., «Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, 23.

civiles o políticos»⁸, de forma que «hemos de abandonar la distinción histórico-ideológica entre derechos individuales, civiles y políticos, de un lado y derechos económicos, sociales y culturales, de otro»⁹.

Dejar de lado las clasificaciones simplistas que aducen supuestas diferencias es imperativo para diluir la fuerza del discurso mayoritario que, sobre la base de «intereses y prejuicios»,¹⁰ pretende relegar a los derechos sociales frente a los derechos civiles¹¹. Es al mismo tiempo necesario para poner el acento en la similitud compartida de la imperfección de ambas categorías de derechos, pero asociadas sólo a la interpretación de los derechos sociales como derechos de imposible universalidad, por su contenido indeterminado o indefinido y/o por su imperfecta protección¹². Esto permite, al mismo tiempo, contrarrestar los problemas asociados al discurso sobre su estructura como derechos prestacionales y al orden económico como obstáculos recurrentes para la concepción de los derechos sociales como derechos de primer orden¹³.

Por tanto, «no hay en efecto, un criterio rígido y definitivo que ubique a cada derecho a un lado u otro de las fronteras teóricas que se han ido construyendo con comprensibles fines

⁸ LAPORTA, F., «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», en *Constitución y derechos fundamentales*, BETEGÓN, J., LAPORTA, F., PÁRAMO, J.R., y PRIETO, L. (editores), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 297-325 (301).

⁹ HIERRO, L., «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy» en *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MARIQUE, R. (editor); Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, (163-222), p. 222.

¹⁰ Señala Hierro que esa serie de diferencias se esgrimen hoy generalmente para contraponer una supuesta perfección de los derechos individuales frente a una supuesta imperfección de los derechos económico-sociales, y puntualiza que «esta concepción por extendida que esté, sigue obedeciendo a los intereses y prejuicios que retrasaron la aparición histórica de los derechos sociales y que no resiste un análisis teórico libre de tales prejuicios». HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 207.

¹¹ En este mismo sentido, se refiere Añón, la recurrencia habitual de los derechos humanos para la configuración de los derechos sociales se realiza conforme a parámetros de los derechos civiles y las diferencias entre ambos se esgrimen generalmente para probar que los derechos sociales serían anómalos. AÑÓN, M. J., «Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 25.

¹² Por tanto no se trata solo de demostrar que los derechos económico-sociales no tengan las imperfecciones que se les imputan, sino de demostrar que tales supuestas imperfecciones las tienen también los llamados «derechos individuales». HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 207.

¹³ ANSUÁTEGUI, F., Argumentos para una teoría de los derechos sociales, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, ZAPATERO, V. y GARRIDO, M^a. I. (editores), Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Madrid, 2009, pp. 159 y 160.

clasificatorios, o simplemente por motivaciones de tipo ideológico»,¹⁴ antes bien lo que se vislumbra son similitudes que comparten y que conducen a establecer la existencia de una continuidad de los derechos.

Sin detenerme a desarrollar los avances teóricos que establecen los rasgos caracteriológicos de los derechos sociales, sino teniendo en cuenta que a partir de ello se concluye que estamos ante derechos heterogéneos, y considerando que tampoco se han establecido diferencias categóricas desde un análisis teórico serio y conclusivo que justifique tal distinción he de centrar el análisis en una esfera más amplia.

Estas ideas sugieren ampliar la perspectiva del análisis para una consideración más compleja, pero también más cristalizadora, desde la proximidad que subyace entre una categoría de derechos y otra, por la similitud de elementos teóricos y estructurales que comparten en común.

Desde esta perspectiva se determina la continuidad axiológica y estructural existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales en tanto derechos fundamentales. Esta teoría originada en el marco de los derechos humanos posee una nota integrativa del conjunto de los derechos que se da en un doble sentido.

El primer rasgo que asemeja a ambas categorías es el de continuidad axiológica. Este aspecto hace al contenido sustancial que comportan los derechos civiles políticos con los sociales en tanto todos sirven al valor de la libertad. La idea que concibe a la libertad desde el plano de la libertad negativa y la libertad positiva como condiciones para la autonomía de las personas ha sido superada a través de las teorías que conectan el ejercicio de la libertad desde diferentes vertientes (igualdad, capacidades, libertad material, entre otras) que vinculan la existencia de ambas clases de derechos.

En todo caso lo que se sostiene es la continuidad axiológica bajo la premisa de que los derechos civiles no pueden asentarse sin la anuencia de los derechos sociales, y los derechos

¹⁴ AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 71. En este mismo sentido Pisarello señala que la verdadera tensión estructural que recorre los estados modernos no es tanto la que pueda tener lugar entre los derechos civiles y políticos y entre estos y los derechos sociales; es más bien, la que se plantea entre derechos fundamentales civiles, políticos y sociales tendencialmente generalizables e inclusivos, y derechos patrimoniales y de representación selectivos y tendencialmente excluyentes. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 53.

sociales garantizarse sin los otros¹⁵. «La satisfacción de todos ellos, sean civiles políticos, sociales o culturales, podría considerarse ligada de igual manera a valores y principios como la solidaridad, la dignidad, la libertad, la seguridad o el pluralismo. Y nada hay en realidad, que justifique una jerarquía axiológica de la que pueda producirse una protección diferenciada»¹⁶. Un avance importante en términos de la consideración de la libertad es la tesis que postula que «el único valor al que sirven unitariamente todos los derechos es el valor de la libertad».¹⁷

El segundo sentido refiere a la continuidad estructural que tiene como marco a las obligaciones desde la esfera pública que se infieren desde la «valoración cualificada»¹⁸ o «carga simbólica»¹⁹ que posee cada derecho en tanto obligaciones positivas o negativas presentes. Las obligaciones positivas o negativas se manifiestan tanto en los derechos civiles y políticos, como en los derechos sociales con diferencias de grados. Abramovich y Courtis puntualizan que, en conjunto, los derechos constituyen un *continuum* de contenidos y obligaciones.²⁰

Otra vertiente que expande el alcance de la continuidad estructural de las obligaciones es la que postula que el cumplimiento completo de cada tipo de derecho implica múltiples tareas

¹⁵ García Manrique explica que no es cierto que los derechos civiles y políticos pueden asentarse plenamente sin la concurrencia de los derechos sociales o, peor todavía, la creencia de que los derechos sociales no pueden comenzar a garantizarse hasta que los derechos civiles y políticos estén plenamente asentados. GARCÍA MANRIQUE, R., «Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello», *Anuario de Filosofía del derecho*, 2007, Trotta, Madrid, p. 493.

¹⁶ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 57. La tesis de Pisarello sobre el ideal comunitario de los derechos fundamentales aclara de forma completa el sesgo doctrinario que se ha postulado sobre los derechos sociales como derechos de segundo orden, al establecer argumentativamente que las supuestas diferencias que existen entre estos derechos y los derechos civiles no son tales. La relevancia de sus tesis consiste en posicionar que la notoriedad de los derechos fundamentales no podría ser tal si entre ellos no se incluye a los derechos sociales en un plano de igualdad con los derechos civiles y políticos.

¹⁷ GARCÍA MANRIQUE, R., «Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello» *Anuario de Filosofía del derecho*, 2007, Trotta, Madrid, p. 495. En este mismo sentido se expresan AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 71.

¹⁸ Laporta señala que la fuerza de los derechos no deriva del componente obligación, sino de la valoración cualificada de la situación o estado de cosas que trata de protegerse. LAPORTA, F., «El concepto de derechos humanos», *DOXA*, 4, 1987, p. 36.

¹⁹ AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 71.

²⁰ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 27.

a cargo del poder público y que distingue: deberes de atención, deberes de protección y deberes de ayuda.²¹

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos la doctrina adoptada por el sistema universal de protección de derechos humanos distingue las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. A esta tipología tripartita se han sumado con el tiempo en el marco del deber de cumplimiento, las obligaciones de facilitar y proveer.²²

Un avance teórico en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos es la tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Esta es la doctrina desarrollada en el sistema universal de protección de los derechos humanos, Naciones Unidas, y sostiene en términos de indivisibilidad e interdependencia la continuidad axiológica y estructural de ambas categorías.

En relación con los derechos, aquí se propone adoptar una triple perspectiva. El primer enfoque reflexiona sobre las razones que constituyen los derechos, razones que justifican la existencia de normas relativas a aquellos y razones que también forman parte de los criterios de legitimidad de los sistemas jurídico-políticos.

El segundo, examina las posiciones y relaciones jurídicas subjetivas que pueden cristalizar a partir de aquellas razones. Sería algo así como la cristalización o el precipitado de aquellas razones en términos de dimensiones o aspectos concretos protegidos por el derecho. Un derecho puede así configurarse como razón justificadora de una diversidad de enunciados normativos interrelacionados.

El tercero, las obligaciones y deberes orientados a garantizar y realizar los dos ámbitos anteriores. En general, el establecimiento de deberes y obligaciones es una técnica normativa utilizada para dar la protección más directa. Esta hipótesis será desarrollada en el contenido del capítulo II de este trabajo.

²¹ SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1996, p. 51 y 52.

²² Esta adición formulada por A. Eide.

Los derechos entendidos como razones pueden ser caracterizados, de acuerdo con Laporta²³ como «bienes relevantes, es decir, situaciones o estados de cosas a los que el sistema confiere una cierta importancia, un cierto valor, y de ahí la característica fuerza de “exigir” que está presente en ellos». Por lo tanto, son estas razones las que interesan y, en concreto, aquellas que justificarían reconocer los derechos sociales tanto en su función objetiva en los sistemas jurídicos como en sus dimensiones subjetivas protegidas por esos mismos sistemas.

En lo que sigue no se pretende presentar las teorías del derecho subjetivo, tradicionalmente presentadas por la dogmática alemana como teoría de la voluntad y teoría del interés; y por la jurisprudencia anglosajona como teoría de la elección y del beneficiario. Este capítulo se centrará más bien en aquellos bienes, valores o principios a los que se ha atribuido un reconocimiento como razones justificadoras vinculadas a los derechos sociales en su dimensión subjetiva.

Como veremos, estas razones que los sistemas normativos reconocen, o a las que atribuyen valor, tienen su origen en estas teorías mencionadas y, de alguna forma, a su vez, las relacionan. Estas razones forman parte de concepciones sustantivas de filosofía política y moral que dan cuenta de los valores que expresan los derechos. En general, superan la dicotomía tradicional entre las teorías de la voluntad y las del interés, asumiendo alguno de los elementos de cada uno de ellos y combinándolos con argumentos sustantivos, institucionales y funcionales que pueden dar cuenta de la entidad que denominamos derechos sociales.

²³ LAPORTA, F., «El concepto de derechos humanos», *DOXA*, N° 4, 1987, p. 23-46 (30).

2. Subjetividad de los derechos sociales: fundamentos de su exigibilidad

La asunción de las personas como agentes morales autónomos y libres subyace a todo argumento teórico del derecho. Se constituye por tanto en el fundamento de los derechos desde una esfera de la moralidad y la dignidad debida a toda persona. Afirmar que los derechos humanos son una especie del género de los derechos subjetivos es afirmar que constituyen un conjunto de libertades, pretensiones, inmunidades y potestades.²⁴

La argumentación de razones sugiere el entendimiento del derecho en un sentido sustantivo que se aleja del formalismo puro al establecer motivaciones morales y éticas para la justificación normativa. De acuerdo con Hierro, fundamentar nuestros juicios de valor es una consecuencia de nuestra racionalidad reflexiva, y fundamentar juicios de valor de carácter moral es, además, un requisito necesario de su pretensión de universalidad.²⁵

Las teorías jurídicas filosóficas que tienen por fundamento de los derechos a las razones dan cuenta de la existencia de motivos reconocibles y válidos para dichos derechos.

En las teorías de la voluntad la protección de derecho se funda en la autonomía y la libertad de las personas como agentes morales. El derecho subjetivo sería un poder de la voluntad jurídicamente protegida. En efecto, el derecho es considerado como un medio práctico enfocado en la voluntad, o la discreción o del individuo, que a su vez se encuentra legitimado por medio del sistema jurídico.²⁶

²⁴ AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 93. En este mismo sentido se pronuncia Hierro «Afirmar que los derechos humanos son una especie del género de los derechos subjetivos, es decir, un conjunto de libertades, pretensiones, inmunidades y potestades no es un simple alarde teórico. Porque la ciencia jurídica en muchos casos ha servido de parapeto unas veces y como obstáculo, otras contra su desarrollo jurídico positivo con el fácil expediente de negar que los derechos humanos fuesen derecho en sentido propio» HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 128.

²⁵ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 132.

²⁶ Explica Hierro que «en estas teorías el elemento que define un derecho subjetivo es, en todo caso, la voluntad o discreción del titular con relación al contenido del derecho. En este aspecto, cualquier libertad protegida constituye, en un sistema normativo dado, un derecho subjetivo; sin embargo, una pretensión, una potestad o una inmunidad sólo constituyen un derecho subjetivo si van acompañadas de la atribución a su titular de la libertad de ejercitar o no ejercitar su contenido». HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 126.

De esta forma, el epicentro de esta corriente sería el poder discrecional del individuo en tanto agente autónomo libre y, por tanto, el contenido del derecho se encuentra siempre disponible para su titular.

Explica Hierro que estas teorías delimitan más estricta y sencillamente el concepto del derecho subjetivo que se define como la protección normativa de la libre voluntad del titular sobre el contenido del derecho, ya sea éste la propia acción (como pensar, expresarse, reunirse, etc.) ya sea la acción de otro (como indemnizar, devolver lo debido, prestar ayuda, etc.) de modo tal que todos los derechos son, para sus titulares discrecionales.²⁷

El aporte significativo de esta teoría se basa en la posibilidad de identificar en la autonomía libre de las personas el sustrato que debe ser protegido por el derecho.

Sin embargo, las limitaciones que suponen estas teorías han dado paso a otras que abordan la concepción del derecho subjetivo desde el beneficio que pretende obtener como razón que subyace a la agencia moral que debe resguardar el derecho.

De acuerdo con la teoría del interés, el derecho se encamina a la protección y promoción del beneficio del sujeto en tanto agente moral autónomo y libre. En esta concepción teórica la persona se encuentra en posición de que los demás sujetos se comporten conforme su interés protegido por el derecho. En esta teoría se distingue la protección de derechos discrecionales y no discrecionales y sería ésta la nota particular que la diferencia de la teoría de la voluntad centrada en el carácter discrecional de los derechos.²⁸

Para Ihering, precursor de esta teoría, el «fin» constituye el elemento central del concepto de derecho subjetivo. Expresa Ihering que «Es, por lo tanto, necesario, para que la voluntad obre, una razón suficiente, una causa».²⁹ Explica Cruz Parceró que este concepto para Ihering se refería a «algo material, el interés, el objeto de la protección, lo protegido; de ahí la necesidad de establecer la distinción entre la forma y el contenido».³⁰

²⁷ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 143.

²⁸ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 127.

²⁹ IHERING, *El fin en el derecho*, Editorial Heliasta, 1978, Buenos Aires, p. 7.

³⁰ CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 28-29.

Aquí se establece la diferencia principal de esta teoría con la teoría de los deberes sostenida por Kelsen, dado que Ihering sostiene la necesidad de diferenciar al derecho subjetivo como forma y no como contenido. «El hombre que obra, no obra *porque*, sino *a fin de*, a fin de conseguir tal o cual objeto. Este *a fin* rige de un modo tan ineludible la acción de la voluntad, como *por qué* determina el movimiento de la piedra que cae».³¹

Ihering explica que «[...] el fin de los actos del ser animado reside en la realización de sus condiciones de existencia. Recogiendo esta definición, podemos decir que el derecho representa la forma de la *garantía de las condiciones de vida de la sociedad*, asegurada por el poder coactivo del Estado».³²

Al decir de Ihering «todas las reglas del derecho tienen por fin asegurar las condiciones de vida de la sociedad, se afirma al mismo tiempo que ésta es el *sujeto final* de esas condiciones [...]; el verdadero sujeto final es el hombre, el individuo; sólo él es, en definitiva, quien recoge el beneficio de todas las reglas del derecho»³³. Con lo que explica que por ello el derecho en sus diversas ramas se ocupa de manera mediata o inmediata a la realización de los fines que deparan para el hombre como fin único de éste.

Una vertiente de esta teoría presupone lo que señala Neil MacCormick quien establece que para la atribución de un derecho se exigen ciertas presunciones y señala que «[...] existe cierta acción u omisión [...] cuyo cumplimiento, en el caso de todos y cada uno de los miembros de esa clase satisfará, protegerá o mejorará cierta necesidad, interés o deseo de cada una de tales personas; y, en segundo lugar, la satisfacción de esa necesidad, interés o deseo es de tal importancia que sería incorrecto negarla a cualquier persona independientemente de las ventajas ulteriores que ello supone».³⁴

Para este filósofo se debe reconocer y proteger las necesidades a través de derechos generales para asegurar a todos los integrantes de la sociedad condiciones de vida digna. «Aunque es verdad que por sí solas las leyes no garantizan ni la libertad, ni la justicia social, ha de existir además entre los ciudadanos una actitud de vigilancia hacia su propia libertad y la de los

³¹ IHERING, *El fin en el derecho*, Editorial Heliasta, 1978, Buenos Aires, p. 8.

³² IHERING, *El fin en el derecho*, Editorial Heliasta, 1978, Buenos Aires, p. 213.

³³ IHERING, *El fin en el derecho*, Editorial Heliasta, 1978, Buenos Aires, p. 223.

³⁴ MACCORMICK, N., *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, traducción de M^a. Lola González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, p. 133.

demás, y todo ello ha de complementarse con un reconocimiento de que los valores subsidiarios de la libertad civil requieren también que todas las personas tengan oportunidades justas de acceso a los medios económicos necesarios para una vida decente».³⁵

Las razones expuestas por MacCormik, y otros que se han sumado a ello, dan nota de que esta teoría expande el interés individual del sujeto más allá de la voluntad particular, atendiendo a necesidades o beneficios que son de interés superior proteger, aun cuando los sujetos a los que ella se encamina no manifiesten su interés o voluntad.

Para Liborio Hierro esto significa que esta teoría exige manejar un concepto más complejo de derecho subjetivo que incluya una subdivisión entre derechos discrecionales y derechos no-discrecionales.³⁶ Esta fase de la teoría del interés muestra la nota diferencial que la expande en relación con la teoría de la voluntad. Las razones que justifican la existencia y, por tanto, la exigencia de derechos subjetivos está vinculada con la satisfacción de necesidades básicas.

Desde una esfera no cognoscitivista, Tugendhat otorga un rol central de las necesidades e intereses de los individuos en la fundamentación de los derechos subjetivos estableciendo que los derechos constituirían una continuidad de éstas. En palabras del autor, los derechos se siguen de las necesidades con carácter obligatorio.³⁷

La relevancia que posee su teoría radica en el posicionamiento de las necesidades como valor de partida para la concepción de la dignidad humana y la autonomía de las personas sobre la base de la moral universal para el respeto de los derechos subjetivos como derechos fundamentales. Considera por tanto, que la concepción de la libertad devenida de la teoría rawlsiana, de amplia aceptación en su momento, resulta insuficiente frente a las necesidades que surgen para la obtención de una vida digna y de la autonomía.³⁸ Al establecer los

³⁵ MACCORMICK N., *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, traducción de M^a. Lola González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, p. 58.

³⁶ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 127.

³⁷ Señala el mencionado autor que «Aunque el concepto de derecho descansa sobre el de la obligación, su contenido es tal que las obligaciones resultan de los intereses y necesidades, y de los derechos que se siguen de ellos: los derechos *se siguen* de las necesidades, si ello aparece como deseable desde el enjuiciamiento imparcial» TUGENDHAT, E., *Lecciones sobre ética*, (traducción al español de Luis Román Rabanaque), Gedisa, Barcelona, 1997, p. 336.

³⁸ Respecto a los derechos humanos y los derechos fundamentales Tugendhat discrepa de que ellos puedan fundarse exclusivamente en la libertad sobre la base de los siguientes argumentos: 1. Los derechos a la vida y

elementos comunes (relativos y reclamables) entre los derechos generales y derechos especiales, Tugendhat aporta de manera particular al reconocimiento judicial de los derechos subjetivos fundamentales y los derechos sociales.³⁹

David Wiggins realizó un avance en lo que se refiere a las necesidades desde Tugendhat y su teoría no cognoscitiva. Su fundamentación de los derechos sociales a partir de un concepto claro de las necesidades es un aporte de relevancia. Este autor afirma que las necesidades no deben ser confundidas con los conceptos de interés, deseo y preferencia. Distinguiendo entre necesidades relativas, o puramente instrumentales, en las que sitúa a los deseos e intereses, y necesidades absolutas, o no puramente instrumentales, donde sitúa a los intereses objetivos, a los que relaciona con las necesidades vitales de las personas. Para Wiggins importa establecer la limitación entre estos conceptos dado que sería injusto que el Estado se ocupase de necesidades no absolutas, dejando de lado las necesidades básicas de las personas. Así, señala que es por tanto injusto si el Estado interviene de un modo que sacrifique los intereses estrictamente vitales de cualquiera por los simples deseos o preferencias de otros, sin importar cuántos sean.⁴⁰ En este sentido, Wiggins también posiciona el elemento del daño eventual conforme al tiempo y la necesidad del momento. Sin adentrarme más en ello concluiré que el importante aporte de Wiggins a la fundamentación de los derechos sociales se basa en la determinación de las necesidades en sentido absoluto, relacionándolas con las necesidades vitales como razones, lo cual, al mismo tiempo, vincula a éstas con los derechos al actuar como límites ante daños por desatención del Estado, es decir, la posibilidad de que se produzca el daño. De acuerdo con Hierro, el desenvolvimiento como agente moral de la persona supone que se cumplan ciertas condiciones necesarias. Por condición necesaria explica el autor que ello significa que la definición incluye todas y cada una de las situaciones

a la integridad física no son derechos de libertad; 2. La idea del Estado de naturaleza es, desde el punto de vista moral, un mal mito, pues parte exclusivamente de humanos adultos que puedan cuidarse de sí mismos, y 3. Ningún individuo hubiera podido sobrevivir jamás si no hubiera nacido dentro de una comunidad. Sin embargo, es preciso, desde luego considerar a la libertad y a la autonomía del individuo como un bien central, y por ello entender como un derecho moral central la necesidad de ser protegido en su libertad. TUGENDHAT, E., *Lecciones sobre ética*, (traducción al español de Luis Román Rabanaque), Gedisa, Barcelona, 1997, p. 344.

³⁹ En lo que hace a los derechos sociales como derechos fundamentales Tugendhat expresa que «sólo en el caso de aquellos que tampoco pueden ayudarse cuando está asegurado su derecho al trabajo, debe ser asegurada de manera directa una existencia humanamente digna, pero también de tal manera que ofrezca a los afectados, en particular por ejemplo a los discapacitados, la oportunidad de aprender y ejercer actividades que puedan realizar» TUGENDHAT, E., *Lecciones sobre ética*, (traducción al español de Luis Román Rabanaque), Gedisa, Barcelona, 1997, p. 346.

⁴⁰ WIGGINS, D., *Needs, Values, Truth*, 2da edición, Oxford/Cambridge, Mass., 1991, p. 14.

o posiciones normativas positivas cuya negación o desconocimiento normativo implicarían una limitación sustantiva del sujeto paciente para desenvolverse como agente moral en ese contexto.⁴¹ Hierro parte de las premisas de que la instrumentación normativa de los derechos subjetivos obedece a deseos, intereses o necesidades que guarden una posible realización, y que, además, estos deseos, intereses o necesidades deben poseer un carácter moral con carácter imprescindible.

A partir de la teoría del interés, Hierro distingue cuatro tipos de derechos: los derechos discrecionales activos, los derechos discrecionales no activos, los derechos obligatorios activos y los derechos obligatorios no activos, y señala que «[...] No hay una relación biunívoca entre los grandes tipos de derechos que la teoría del interés distingue, derechos discrecionales y derechos obligatorios, y los tipos de sujeto, los agentes morales plenamente autónomos y los seres sin autonomía o con autonomía limitada y, por supuesto, los seres no humanos»,⁴² y señala que la solución a ello supondría aportar razones morales sustantivas para atribuir a las personas plenamente autónomas derechos obligatorios que limitan su autonomía y «tenemos que aportar razones morales sustantivas para atribuir a personas no plenamente autónomas derechos discrecionales que promueven su autonomía».⁴³

De acuerdo a Añón, «las necesidades básicas constituyen una de las razones para reconocer derechos universales a los seres humanos».⁴⁴ Así, señala que «las necesidades comportan razones para exigir su satisfacción y no sólo razones de cualquier orden, sino razones suficientes o buenas razones, como muestra MacCormick, aquellas que permiten “preferir” a partir de razones evaluadoras, unas frente a otras, en contextos dados».⁴⁵

Este enfoque considera a la necesidad como un condicionante para la propia existencia y bienestar de las personas. En esta línea establece criterios para fundar los derechos y las relaciones que pudieran surgir entre las necesidades y los valores. Los criterios adoptados establecerían que las necesidades fundamentales serían aquellas situaciones o estados

⁴¹ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 130.

⁴² HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 148.

⁴³ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 148.

⁴⁴ AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 94.

⁴⁵ MACCORMICK, N., «The limits of Rationality in Legal Reasoning», *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986, p. 190-194.

predicados de una persona y que tienen un carácter insoslayable para ella, que provocan un estado de sufrimiento, o daño grave para la persona [...]. El segundo criterio a tener en cuenta a partir de estas necesidades haría referencia a la idea de que no pueden ser satisfechas por uno mismo y, finalmente, habría que explicitar una tercera exigencia, según la cual los medios de satisfacción han de poder ser articulados a través de normas vinculantes.⁴⁶

La titularidad universal que se reconoce a las personas se encontraría en consonancia con aquellas posiciones basadas en razones válidas que llevan a poner el foco en las necesidades básicas que permiten el desarrollo autónomo con carácter de agente moral. Explica Añón que «del principio general de autonomía moral se deriva el principio más específico de autonomía personal que valora la libre elección y materialización de ideales de bien y de virtud personal. Por tanto son necesarios los elementos: elección libre y materialización de planes de vida. El valor autonomía implica el valor de la libre elección de planes de vida materializables».⁴⁷ Desde esta concepción se concibe de manera amplia a las necesidades como razones que sustentan la normatividad, vinculada a los derechos fundamentales y praxis sociales de cara a la justicia social.

Las razones morales en la teoría de Alexy responden a la posibilidad del ejercicio de la autonomía de la libertad en lo que el autor denomina «libertad general». La autonomía en la teoría de este autor representa una necesidad. En este sentido, Alexy aboga por el aseguramiento de la autonomía de las personas. De acuerdo con esto expresa que «Si tanto la forma del derecho como también el aseguramiento de la autonomía del individuo son necesarios, entonces corresponde al principio de autonomía directamente un derecho general a la autonomía, que representa los derechos humanos y fundamentales más generales. Este derecho puede también bautizarse como “derecho de libertad general”, que formulado reza: “Cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno y obrar en consecuencia”».⁴⁸

⁴⁶ AÑÓN, M. J., *Necesidades y derechos. Un examen de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 287.

⁴⁷ AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 107.

⁴⁸ ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*, Traducción de VILLAR, L., Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 110 y 111.

De cara a la autonomía de la persona, argumenta sus razones servido de un discurso donde apela a la libertad y a la igualdad, y postula la universalidad de los derechos subjetivos públicos. «Quien quiere resolver conflictos sociales a través de consensos elaborados y controlados discursivamente, acepta el derecho de su interlocutor a orientar su conducta sólo en principios, que después de suficiente reflexión, se juzguen correctos y en consecuencia válidos. Este es el reconocimiento del principio de autonomía. Con este reconocimiento se elimina la separación de la acción y el discurso. Así se transmite la libertad e igualdad en el discurso también a la esfera de la acción. Discurso y autonomía devienen dos lados de una misma cosa».⁴⁹

En consideración de Alexy, «[...] el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que supone una cierta medida de libertad fáctica. Esto impone, pues, la conclusión de que los derechos fundamentales, si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a libertades fácticas, es decir, deben asegurar también el presupuesto de las libertades jurídicas»⁵⁰ y, por lo tanto, son «normaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente».⁵¹

Rodolfo Arango identifica a «los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos».⁵² Para este autor «el derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto».⁵³ Este se compondría de dos partes. La primera parte remite al derecho subjetivo en sentido estricto: posición jurídica, norma jurídica y obligación jurídica. La segunda se compone de los criterios que son necesarios para establecer la

⁴⁹ ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*, Traducción de Luis Villar, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 104.

⁵⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 489.

⁵¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 489.

⁵² En cuanto a la forma y estructura, identifica tres —lo que Alexy propone como características del derecho subjetivo, para Arango son formas y elementos— 1) libertades: que a su vez se dividen en libertades positivas y libertades negativas; 2) derechos a algo: que implican las obligaciones de otros. Se dividen a su vez en derechos negativos y positivos; derechos relativos y absolutos; y derechos especiales y generales; y 3) competencia: entendida como el poder para modificar la situación jurídica de otro, pudiendo ser competencias del ciudadano o competencias estatales positivas.

⁵³ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2012, p. 304.

vulneración del derecho subjetivo. El reconocimiento de cualquier violación de los derechos, sean estos positivos o negativos, depende de condiciones objetivas que eliminan la indeterminación del derecho (o de la obligación correlativa) y del titular de la obligación. Estas condiciones consisten en, 1) el daño individual inminente: la relación con esta teoría se basa en que no sólo las acciones, sino también las omisiones pueden considerarse como causa suficiente de un daño. Establece como elemento para resolver la indeterminación del derecho subjetivo la urgencia que supone una situación, y 2) el no reconocimiento injustificado de una posición normativa definitiva concreta basada en razones válidas y suficientes: ésta se refiere a paliar la falta de determinación del sujeto obligado a actuar, puesto que la urgencia de la situación activa el principio de subsidiaridad. Si el principal obligado no puede cumplir con las obligaciones positivas, el reconocimiento de una posición normativa válida y suficientemente justificada (derecho definitivo abstracto), no pueden ser simplemente negados por el juez. La persistencia en la omisión por parte del subsidiariamente obligado — en este caso, el Estado— pese a las posibilidades fácticas y jurídicas es condición suficiente para declarar la violación de un derechos subjetivo de la persona amenazada por la inminencia del daño (derecho definitivo concreto). De esta manera, refiere Arango que «la unión de estas dos condiciones, la inminencia del daño y el no reconocimiento injustificado de una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, resuelve la indeterminación del derecho subjetivo».⁵⁴

De acuerdo con Ferrajoli el contenido de todo derecho subjetivo puede identificarse con un conjunto de expectativas y/o facultades. El autor refiere que la vieja oposición entre las doctrinas del derecho subjetivo como *facultas agendi* y las del derecho subjetivo como interés protegido se resuelve reconociendo que todos los derechos son intereses protegidos como expectativas merecedoras de tutela; y que es precisamente en esta protección donde reside el rasgo distintivo también de los derechos activos, sean derechos-facultad o derechos-potestad, que a través de la misma obtienen la «fuerza» que hace de ellos precisamente permisos o facultades «fuertes» en lugar de meras libertades o facultades «débiles»⁵⁵.

⁵⁴ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2012, p. 323-324.

⁵⁵ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia I. Teoría del Derecho*, Trotta, 2011, Madrid, p. 614.

2.1. Sobre las razones de los derechos

La institucionalización jurídico-política de valores y principios morales a través del Estado de Derecho constituye la materialización de los contenidos sustanciales que lo dotan de legitimidad. En la conformación de los estados subyacen valores éticos, políticos y morales extrajurídicos vinculados a los valores de la justicia que irradian el contenido constitucional. Los principios recogidos en el derecho positivo son siempre expresión de valores sustantivos político-morales que los trascienden y que el propio derecho pretende promover.⁵⁶ En este sentido los valores de libertad e igualdad guían los fines del Estado. De acuerdo con ello se atiende a los derechos fundamentales de contenido civil, político y social en tanto instrumentos para la consecución de la justicia como fin último del Estado.

Desde un enfoque de las razones de exigencia de justicia, Hierro especifica que son las violaciones habituales de un ámbito cualquiera de la seguridad, la libertad o la igualdad de las personas las que dan lugar a la justicia de reivindicación de una protección institucional específica, mediante un derecho fundamental, la habitual forma jurídico-positiva de los derechos humanos, de ese ámbito maltratado.⁵⁷ Importa señalar también el criterio sostenido por García Manrique para quien la razón por la cual en distintos contextos espaciales y temporales se reclaman unos u otros derechos como más importantes radica en el hecho de que en cada contexto son derechos diferentes los que están en peligro o se echan a faltar⁵⁸.

Relacionado a la cobertura de necesidades básicas para el disfrute de igual libertad por las personas es que surge el carácter activo y participativo de los estados que traducido al ámbito jurídico aproxima la acepción de los derechos sociales de carácter legal.⁵⁹ Peces-Barba señala

⁵⁶ VEGA, J., «El sujeto de derecho y la relación jurídica. De las modalidades deónticas a las posiciones jurídicas de Hohfeld», en *Conceptos básicos del Derecho*, GONZÁLEZ, D. (Coordinador), Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 142.

⁵⁷ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 186.

⁵⁸ GARCÍA MANRIQUE, «En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos (Acotaciones a Liborio Hierro)», *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, 2000, p. 390.

⁵⁹ Al decir de Pérez Luño estas reivindicaciones determinarán un cambio en las obligaciones del Estado que progresivamente abandonará su postura abstencionista y recabará como propia una función social. Dicha función se traduce en una serie de disposiciones socioeconómicas que a partir de la Constitución de Weimar se suelen incluir entre los derechos fundamentales. PÉREZ LUÑO, A. E., *La Tercera generación de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 292.

que la vía reformista del Estado social impulsó el protagonismo de los derechos sociales, complementarios y no excluyentes de los derechos individuales, civiles y políticos⁶⁰.

Sin embargo, el énfasis exclusivo en la prioridad de los derechos civiles y políticos frente a los derechos sociales generado desde la tradición doctrinaria por prejuicios histórico-ideológicos relega a los derechos fundamentales de índole social a un plano residual.

Las divergencias en la concepción se trasladan a la esfera de la actuación legislativa, administrativa y judicial en contraposición a un orden justo previsto para todo Estado de Derecho. De manera que lo cierto es que no es inusual encontrarnos propuestas en relación con los derechos sociales según las cuales estos serían derechos secundarios, devaluados, frágiles, de segunda categoría (o generación), de papel, y todo ello por razones históricas, morales, económicas o jurídicas.⁶¹

No es aceptable en la actualidad el discurso tradicional que sin razones concluyentes niega el carácter fundamental a los derechos de justicia social. Por tanto, es un imperativo de la justicia el reconocimiento equitativo de los derechos sociales en un plano de igualdad con los derechos civiles.

Una concepción integrada de los derechos humanos y fundamentales es ostensible cuando se amplía el enfoque de los derechos fundamentales, civiles, políticos y sociales, en orden a su continuidad axiológica y se reconoce además su identidad estructural.

Desde esta perspectiva la continuidad teórica y estructural existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales en tanto derechos fundamentales es reafirmada a través argumentos que detallan el aspecto de la continuidad teórica, por semejanza de valores que sirven y por la similar estructura, es decir por el contenido.

⁶⁰ PECES-BARBA, G., «Los derechos sociales: Apuntes políticos y jurídicos» en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, ZAPATERO, V. y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, 2009, p. 19.

⁶¹ ANSUÁTEGUI, F., «Argumentos para una teoría de los derechos sociales» en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, ZAPATERO, V. y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Madrid, 2009, p. 147.

La similitud axiológica se refleja en los derechos civiles, políticos y sociales en razón a que ambos ostentan el principio de igualdad en el marco del valor de la libertad. De esta manera, ambas categorías de derechos responden a la autonomía de las personas como agentes morales libres e iguales en atención a la dignidad que por justicia debe ser garantizada. Un orden político jurídico es justo si, y sólo si, para proteger y satisfacer los derechos morales básicos de los individuos sujetos a él fundamenta su autoridad coercitiva en el ejercicio de esos mismos derechos por los individuos en su participación y en su consentimiento [...] esto implica una determinada concepción de las personas como agentes morales, libres e iguales⁶². En efecto, se trata de entender los derechos no como esferas protegidas frente a la intervención de terceros, sino como posiciones normativas implícitas en la calidad y dignidad de la vida humana⁶³. Por tanto, otorgar una interpretación inclusiva de los derechos civiles, políticos y sociales es, además, un reconocimiento al prestigio con que se concibe a los derechos fundamentales, que prescindiendo de los derechos sociales no podría lograr el ideal de justicia⁶⁴.

En orden a la continuidad estructural, las obligaciones positivas o negativas se manifiestan tanto en los derechos civiles y políticos, como en los derechos sociales con diferencias de grados. Abramovich y Courtis puntualizan que en conjunto los derechos constituyen un *continuum* de contenidos y obligaciones⁶⁵. La configuración definitiva de un derecho siempre depende de ulteriores desarrollos institucionales y, de otro lado, la claridad, intensidad o realidad del derecho en cuestión no dependen de la capacidad de satisfacerlo y protegerlo, aunque las requiera para obtener su configuración definitiva⁶⁶.

Se establece una nivelación de obligaciones de respeto, de protección, de satisfacción común a los derechos civiles, políticos y sociales que refuerza la protección y la identidad axiológica,

⁶² HIERRRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 156.

⁶³ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 27.; AÑÓN, M. J., «Derechos Sociales. Cuestiones de legalidad y legitimidad». *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 26.

⁶⁴ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 57.

⁶⁵ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 27.

⁶⁶ HIERRRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 211.

en tanto deparan para el Estado su satisfacción vinculada por la dependencia necesaria entre ambas categorías que hacen a las necesidades, capacidades y libre autonomía.

En esta línea Ansuátegui aboga por una concepción unitaria de los derechos fundamentales (civiles, políticos y sociales) cuando se refiere a la teorización de los derechos sociales.

De acuerdo con el análisis de que las aducidas diferencias entre las categorías de derechos fundamentales no guardan la magnitud que se les pretende otorgar en los discursos y que en muchas ocasiones se habla de derechos sociales para subrayar sus carencias en relación con auténticos derechos,⁶⁷ Ansuátegui sugiere considerar abandonar el adjetivo social de los derechos de este tipo para, de cara a su consideración y garantías plenas, hablar simplemente de derechos fundamentales.

Esta conclusión del autor es una respuesta a las teorías devaluadas de los derechos sociales en las que en palabras del autor «la elaboración de una teoría devaluada de los derechos sociales como consecuencia de la profundización en las perspectivas [de los problemas cronológicos, estructurales y económicos], puede situarnos ante la cuestión de hasta qué punto es útil seguir hablando de derechos sociales».⁶⁸

El proceso de internalización ha respondido a la necesidad de institucionalizar a nivel supranacional la referencia y el control de tales procesos de positivación [de derechos morales] en los ordenamientos jurídicos internos.⁶⁹ Es así como surge en paralelo la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de ella se sostiene la tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Esto significa que en el marco de los derechos humanos se considera a ambas categorías de derechos como un conjunto unitario que se encuentra en constante interrelación. Por tanto serían estos caracteres nucleares (indivisibilidad e interdependencia) los componentes de su consideración como derechos

⁶⁷ ANSUÁTEGUI, F., «Argumentos para una teoría de los derechos sociales» en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, ZAPATERO, V. y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Madrid, 2009, p. 163.

⁶⁸ ANSUÁTEGUI, F., «Argumentos para una teoría de los derechos sociales» en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, ZAPATERO, V. y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Madrid, 2009, p. 163.

⁶⁹ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 185.

humanos. En efecto, resulta verosímil reconocer la relación de necesidad entre derechos que constituyen un mínimo vital o las condiciones de supervivencia respecto al derecho a la vida y otros derechos como las libertades.⁷⁰

Establecer los rasgos de cada uno de estos aspectos supone posicionar que tanto la indivisibilidad como la interdependencia refieren a la relación que tiene lugar entre los derechos civiles políticos y sociales. Es posible en este sentido señalar que la indivisibilidad es la forma más fuerte de relación y es bidireccional, es decir, constituye una relación en la que un derecho es indispensable para otro y viceversa. La interdependencia, por su parte, hace referencia a las relaciones de apoyo entre dos derechos y consiste en la contribución realizada respecto al cumplimiento o al funcionamiento del otro.⁷¹

No me detendré en este apartado en el desarrollo de ello pues será tratado en el capítulo II en el marco de la exigibilidad de los derechos sociales como derecho humanos.

2.2. Teoría de las capacidades

La teoría de las capacidades elaborada por Amartya Sen pretende demostrar que las mismas constituyen el medio a través del cual se identifica o expresa la libertad real con la que una persona debe contar para alcanzar aquello que valora. Desde los postulados del funcionamiento y las capacidades como conceptos que se vinculan a esta concepción teórica conecta ambos de modo que los funcionamientos hacen a las capacidades en la medida en que la capacidad se encuentra concebida por una serie o conjunto de funcionamientos. «*Valued functionings vary from elementary ones, such as being adequately nourished and free from avoidable disease, to complex activities or personal states, such as being able to taken part in the life of community and having self-respect*».⁷²

⁷⁰ AÑÓN, M. J., «Derechos humanos y obligaciones positivas», en *La eficacia de los derechos sociales*, BERNUZ, M. J., y CALVO, M., (Editores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 48.

⁷¹ AÑÓN, M. J., «Derechos humanos y obligaciones positivas», *La eficacia de los derechos sociales*, BERNUZ, M. J. y CALVO, M., Editores, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 48.

⁷² SEN, A., *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 5.

La autonomía se expresa a través de la condición que poseen las personas en el ejercicio real de su libertad y esta es la nota particular que enseña esta concepción teórica frente a la libertad formal, es decir, la posibilidad de medir el alcance real en el que participa la propia persona libremente y que denota el alcance de bienestar que posee. Si bien la teoría de las capacidades centra su foco en los objetivos de países en desarrollo antes que en derechos humanos, la misma ha sido tomada por Nussbaum quien la ha desarrollado en la esfera de los derechos humanos. El desarrollo teórico de la autora contempla la articulación de las capacidades con los principios constitucionales básicos que deben ser respetados por los Estados con miras a la calidad de vida digna.⁷³ La autora concibe que el objetivo político de los seres humanos debería suponer que todos superen un cierto nivel umbral de capacidades, como una libertad sustancial para elegir y actuar.⁷⁴ En este punto se vincula con la libertad y el alcance que la misma se puede lograr.

Para el logro de estos objetivos la autora presenta una lista de capacidades centrales que determinan la vida digna entre las que enuncia: la vida, la salud física, la integridad física, los sentidos, la imaginación y el pensamiento, las emociones, la razón práctica, la afiliación, otras especies, el juego, y el control sobre el propio entorno. Como nota particular destaca que poseen similar nivel y cada una tiene importancia particular en el desarrollo de las personas. Esta teoría sostiene que el desarrollo consiste en hacer posible que las personas vivan vidas plenas y creativas, desarrollen su potencial y formen una existencia significativa acorde con la igualdad de dignidad humana de todos los individuos.⁷⁵

⁷³ «her aim is to articulate an account of how capabilities can provide a basis from central constitutional principles that citizens have a right to demand from their governments» NUSSBAUM, M., *Women and Human Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 12.

⁷⁴ NUSSBAUM, M., *Crear Capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, p. 44.

⁷⁵ Para mayores detalles consultar NUSSBAUM, M., *Crear Capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, 2012, p. 216.

2.3. Teoría de las condiciones equitativas para el ejercicio de la libertad

La tesis que toma en consideración la equidad en el ejercicio de la libertad y de las capacidades está muy bien expresada en la obra de García Manrique. Una concepción que sitúa la libertad como medio para la conformación de una comunidad legítima o justa. En este sentido afirma que una comunidad política es legítima cuando sus ciudadanos son libres, y éstos son libres cuando son titulares de los derechos fundamentales,⁷⁶ de forma que «la libertad de todos» constituye el contenido de valor de la legitimidad democrática de todo Estado de Derecho.⁷⁷ De este modo, se pone el acento tanto en la dimensión objetiva de los derechos —también los sociales—, cuanto en las posiciones jurídicas a las que aquellos pueden dar lugar —derecho subjetivo—.

Este marco permite interrogarse sobre cuál es la configuración más apropiada de los derechos sociales para garantizar la libertad posible para toda la ciudadanía. La respuesta, de acuerdo con el autor, está ligada a tres concepciones teóricas —liberal, socio-liberal y socialista— de las que cabe inferir distintas formas de articular el valor libertad y el reconocimiento de derechos sociales para concluir que sólo la última articula los derechos sociales como derechos de ciudadanía, como derechos máximos y no subsidiarios del mercado, como derechos desmercantilizados.⁷⁸

García Manrique comparte la noción de libertad esgrimida por Amartya Sen cuando afirma que «la libertad real se representa por la capacidad que tiene la persona para conseguir las varias combinaciones de alternativas de realizaciones o de haceres o de estares», «nuestra capacidad ha de juzgarse por nuestra capacidad para vivir el modo en que uno elegiría».⁷⁹ La libertad se vincula a la capacidad de autonomía personal que comprende los distintos niveles

⁷⁶ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 15.

⁷⁷ Esta concepción del autor se remite y justifica en la esgrimida por Elías Díaz quien afirma que «el Estado de derecho es la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con aquel se trata de convertir en legalidad (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la legitimidad democrática. Los modos de esa específica interacción entre legalidad y legitimidad han ido variando en la historia de la modernidad, desde un núcleo común fundamental, en la medida también en que ambas han ido avanzando en la consecución de un mayor apoyo fáctico social, es decir en legitimación». DIAZ, E., «Estado de derecho y legitimidad democrática», *Estado, justicia, derechos*, DIAZ, E. y COLOMER, J.L. (coordinadores), Alianza, Madrid, 2002, p. 75.

⁷⁸ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, pp. 299 y ss.

⁷⁹ SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 113 y 143.

de capacidades que poseen las personas para comprenderse como seres autónomos y a su vez sostiene, con Sen y Nussbaum, que la libertad se concreta desde la potencial autonomía con que cuentan las personas.

Por tanto, una noción amplia, sustantiva de libertad como capacidad y no como mera ausencia de interferencias de terceros, comprende las condiciones y capacidades equitativamente distribuidas para su ejercicio.⁸⁰ De acuerdo con ello, los seres humanos son valiosos porque son potencialmente libres, y esta potencia no puede actualizarse en determinadas condiciones, como puede ser pobreza, ignorancia o desamparo y, por tanto, está justificado liberar a los seres humanos de aquellas condiciones mediante la atribución de los derechos pertinentes. Si esto es así, fundar los derechos sociales en la satisfacción de las necesidades básicas no es incompatible con fundarlos en la libertad, porque la identificación de tales necesidades no es sino un modo de especificar ciertas condiciones indispensables para ser libre.⁸¹ Tampoco es ajena a la constatación de desigualdades estructurales que determinan la realización más o menos plena de la libertad. La igualdad, sin embargo, no resulta como un valor autónomo, sino un criterio de justicia dirigido a asegurar la distribución de los bienes que componen la libertad en sentido sustantivo, como capacidad, y no como ausencia de interferencia de terceros.⁸²

Tales criterios aluden a una consideración unitaria y universal de los derechos fundamentales en los que incluye a los derechos sociales como medios para cubrir necesidades. El autor parte de la consideración de que los derechos fundamentales son una técnica jurídica, la fórmula jurídica más adecuada para garantizar la libertad de todos los miembros de una comunidad política, los instrumentos idóneos para proteger y fomentar esa libertad. Desde el punto de vista conceptual, los derechos fundamentales son ámbitos de igual libertad ciudadana que deberían estar sustraídos del mercado. Y de la convicción de que los derechos sociales han de figurar entre los derechos fundamentales de las personas porque son necesarios para su libertad⁸³. Si se acepta este punto de partida, los derechos sociales han de quedar incorporados en las mismas condiciones que otros derechos fundamentales. De no ser

⁸⁰ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 379.

⁸¹ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 195.

⁸² GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 135.

⁸³ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 379.

así, se favorecería la libertad de unos más que la de otros porque determinados bienes esenciales para la libertad no estarían a disposición de todos por igual.⁸⁴

El autor examina con detalle los argumentos provenientes de una concepción liberal y socio-liberal que, en definitiva y con distintos acentos, sostienen que los derechos sociales no serían derechos fundamentales; no tendrían la misma entidad y posición en un sistema jurídico que los derechos civiles y políticos, sino un reconocimiento como derechos mínimos y subsidiarios del mercado, aunque sus niveles y grados pudieran ser distintos para cada concepción. Se inscriben así en la tradición que considera los derechos sociales como derechos minusvalorados o de segundo orden. Los argumentos más estereotipados los presentan como derechos que no realizan el valor libertad, como derechos exclusivamente prestacionales,⁸⁵ no protegibles o exigibles judicialmente, necesitados únicamente de obligaciones positivas y costosas por parte de los poderes públicos.

A diferencia de estas posiciones, el autor trata de probar que los derechos sociales sirven, en efecto, a la misma libertad que los demás derechos fundamentales, pero además lo hacen del mismo modo, en el sentido de que los derechos sociales no sólo amplían globalmente la capacidad para la autonomía de sus titulares, al ampliar el rango de opciones significativas disponibles.⁸⁶ En definitiva es defendible la tesis de que no hay diferencias relevantes ni de fundamento ni de estructura jurídica.⁸⁷ De lo anterior cabe deducir que también los derechos sociales justifican el establecimiento de límites en ámbitos que también se encuentran protegidos por los derechos fundamentales, como son la propiedad privada y la libertad de mercado.⁸⁸

Ahora bien, reconocer que los derechos fundamentales han de garantizar la misma libertad para todos comportaría asumir, como mínimo, dos factores o elementos. El primero, cuáles son las razones consideradas válidas y sólidas para el establecimiento de derechos. El segundo, los medios adecuados para la incorporación de los derechos sociales como derechos

⁸⁴ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 18 y 19.

⁸⁵ A esto García Manrique agrega que no hay nada en el concepto de los derechos fundamentales que los aboque de manera necesaria a esa naturaleza normativa, bien muestran que la naturaleza de los derechos liberales y de los derechos sociales no es distinta, y que esa dicotomía [...] carece de sentido.

⁸⁶ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 198.

⁸⁷ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 223.

⁸⁸ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, pp. 215 y 294.

fundamentales. Respecto al primero, se postula la idea de libertad como ideal supremo de la vida humana y de su ordenación política. Esto, además, comprende la vinculación de la libertad de las personas con su condición educativa, asistencial y laboral, que pasan a ser identificados como derechos que integran el estatus de ciudadanía.

En relación con la segunda, resulta de especial interés en esta aportación el análisis que distingue entre los derechos fundamentales, de un lado, y, de otro, el derecho subjetivo. Los primeros refieren a los valores y principios (ideales del Estado), en tanto los derechos subjetivos aluden a las posiciones jurídicas en las que se precipitan esos ideales (medio o herramienta). Los derechos fundamentales surgen como objetivos políticos comunitarios, no como derechos subjetivos, y sirven de base a estos últimos y a las obligaciones, tienen así un sentido político. Los derechos sociales tendrían un sentido político especial relacionado con lo que García Manrique denomina procesos comunitarios básicos (educación, asistencia y trabajo). Por esto es que no sólo las normas legales, sino también las normas de derechos fundamentales son consideradas como fuentes de los derechos subjetivos.⁸⁹ Se afirma que los derechos fundamentales contienen ideales políticos del Estado, basados en valores como libertad, democracia, igualdad con miras a la dignidad humana. Por su parte, los derechos subjetivos serían la materialización jurídica de los valores, ideales, intereses o razones en el lenguaje del derecho y traducidas a posiciones jurídicas. Por tanto los derechos subjetivos constituyen una técnica más o un medio establecido en favor de la realización de los valores e ideales expresados en los derechos fundamentales. Dada la amplia opinión acogida por la doctrina jurídica de que los derechos fundamentales se expresan como derechos subjetivos individuales, conviene advertir como lo hace García Manrique en que el nexo de estos es más bien contingente.⁹⁰ Y que ello «dependerá de la naturaleza de la pretensión y del contexto en el que se plantee».⁹¹

⁸⁹ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Gedisa, Bogotá, 2012, p. 12.

⁹⁰ Del hecho de que una pretensión sea la propia de un individuo no se sigue que haya de configurarse como un derecho subjetivo. Aunque usamos el mismo término («derecho»; y de aquí fluye en parte lo que cabe calificar como un equívoco), la relación entre la pretensión individual y el derecho subjetivo es de fin a medio. La primera es una idea moral y política y el segundo es una técnica jurídica, y cabe la posibilidad de que la primera no pueda ser satisfecha mediante el segundo. GARCÍA MANRIQUE, R., «Los derechos sociales como derechos subjetivos», *Derechos y libertades*, Número 23, Época II, junio 2010, p. 76.

⁹¹ GARCÍA MANRIQUE, R., «Los derechos sociales como derechos subjetivos», *Derechos y libertades*, Número 23, Época II, junio 2010, p. 76.

Los derechos subjetivos se expresan como normas. A su vez, toda norma expresa un estado de cosas ideal y, por tanto, distinto en algún grado del estado de cosas existente en la materia regulada por la norma. Esta afirmación sugiere que existe una distancia que tiene lugar entre el ideal marcado por la norma y su concreción. Esta particularidad es común a todas las normas regulativas sea que se trate de regla, principio o valor, sea moral jurídica o de otro tipo.⁹²

Los valores protegidos por los derechos fundamentales no tienen siempre una traslación a una posición subjetiva plenamente accionable jurídicamente, entre otras razones porque su realización depende centralmente de la configuración de condiciones institucionales y normativas previas, y las tareas de reforma social que comporta su satisfacción difícilmente pueden ser llevadas a cabo por los tribunales de justicia, al requerir la concurrencia de otro tipo de actores, como son los poderes públicos y privados.⁹³ En el caso de los derechos sociales esto tiene un efecto determinante en cuanto que atañe al alcance y a su grado de realización, que depende del reconocimiento de derechos y de condiciones fácticas ligadas a la estructura económica que puede no favorecer la consideración de estos derechos como derechos de primer orden consignados en el esquema jurídico-político⁹⁴.

En definitiva, García Manrique señala que la técnica del derecho subjetivo puede tener efectos individualistas y anticomunitarios en función, por una parte, de los derechos que se reconozcan. Si se reconocen como fundamentales sólo los derechos que permiten su ejercicio igual por parte de toda la ciudadanía, es decir, derechos que pueden ser integrados plenamente en una concepción comunitaria de lo social, esos efectos son menores; si se reconocen también como fundamentales derechos que no favorecen por igual a todos los ciudadanos, entonces esos efectos son mayores⁹⁵. La vía del derecho subjetivo es un elemento fundamental para cristalizar las pretensiones que integran, pero en ocasiones, como destaca el autor, hacen perder de vista otra dimensión fundamental, el carácter objetivo de los derechos sociales a través del constitucionalismo, que puede dar lugar a una vía habilitada

⁹² GARCÍA MANRIQUE, R., «Los derechos sociales como derechos subjetivos», *Derechos y libertades*, Número 23, Época II, junio 2010, p. 77.

⁹³ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 397.

⁹⁴ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 400.

⁹⁵ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, pp. 399 y 400.

para la mayor y mejor concreción de los derechos sociales en tanto ideales de igual libertad de todas las personas.

Por tanto para evitar el sesgo conservador que la primacía de los derechos subjetivos imprime a los derechos fundamentales, de lo que se trata es de atribuir a esta dimensión objetiva la misma jerarquía normativa que la dimensión subjetiva, evitando así privilegiar unos derechos frente a otros. Siendo así, el recurso a la técnica de los derechos subjetivos no tiene por qué tener efectos contrarios a la comunidad que la convierten en culpable del individualismo y que la hacen recusable desde la perspectiva socialista.⁹⁶

2.4. Derechos como contenido sustancial de democracia procedimental

Esta teoría se basa en la legitimidad democrática que se sustenta en la asamblea democrática como espacio legitimado para la toma de decisiones sobre lo que exige la justicia social en las circunstancias de la política.

Esta teoría postula que para que la democracia sustantiva tenga espacio deben tenerse en cuenta factores o precondiciones que atienden a derechos subjetivos de carácter fundamental y material, por lo que se afirma que si no se garantizan ciertas precondiciones en una sociedad democrática contemporánea el procedimiento de toma de decisiones colectivas no podría ser considerado legítimo en un grado aceptable»⁹⁷. En efecto, se postula la legitimidad democrática desde la perspectiva de la justicia social. En este sentido, asienta la protección de los derechos sociales desde las precondiciones en dos niveles como postulado para la democracia sustantiva, y fundamenta la protección robusta de postulados sociales por la vía del control robusto de la Constitución y de otros mecanismos no constitucionales de tutela, basada en las asambleas ciudadanas con miras a la justicia social.

La tesis de las precondiciones postulada por Morales refuerza el carácter de legitimidad que debe reunir la democracia, lo cual le otorga sustancia y, por tanto legitimidad, a la autoridad democrática. Esta tesis sostiene que las teorías de las precondiciones de democracia vista de

⁹⁶ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 400.

⁹⁷ MORALES, L. *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 285.

un lado, desde lo que la autora llama precondiciones procedimentales (restrictiva, como límites internos a los representantes) y de otro, las precondiciones sustantivas (de tinte extensivo, basado en los bienes que condicionan la igualdad, para obtener ciertos resultados justos o correctos desde una mirada sustantiva de la democracia y de la justicia social). En efecto, postula que «la idea de las precondiciones se traduce entonces en el establecimiento institucional de ciertos derechos fundamentales que se consideran requisitos *a priori* para el ejercicio de la participación política efectiva en democracia, porque si ellos no están garantizados previamente [...], no habría posibilidad de participación política genuina de todos en la toma de decisiones colectivas y en consecuencia no se plasmaría la idea de la legitimidad democrática».⁹⁸

Para explicar los postulados de precondiciones éstas se dividen en dos niveles de derechos sociales. De un lado, el primer nivel de precondiciones materiales del procedimiento democrático. La cual se concibe como las exigencias sociales cuya garantía es necesaria para la existencia de instituciones democráticas que funcionen bien».⁹⁹ De otro lado, el segundo nivel se encuentra asociado al compromiso con la satisfacción de los derechos sociales de todas las personas como exigencias de la justicia social. «Pero también incluye la posibilidad de que estos derechos y su alcance estén sujetos a desacuerdos fundacionales respecto de cuál es la mejor teoría de la justicia social que debe regular la distribución de los recursos materiales en esa sociedad».¹⁰⁰ « La distinción en un primero y un segundo nivel de los derechos sociales alude a la idea de que previamente deben estar garantizadas las precondiciones materiales de un procedimiento democrático legítimo, para que, en segundo lugar, estén presentes las condiciones para posibilitar la deliberación entre todos y todas sobre el alcance de las exigencias de la justicia social».¹⁰¹

Respecto del deber estatal de control constitucional esta teoría dispone que la misma tiene lugar conforme a cada uno de los niveles de derechos materiales establecidos. El primero presupone un control robusto, en tanto el segundo posee un control denominado contingente.

⁹⁸ MORALES, L., *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 286.

⁹⁹ Morales explica que este nivel representa un caso en que se mostraría que sin su establecimiento y protección en un sistema jurídico no se puede sostener un compromiso democrático genuino. MORALES, L. *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 303.

¹⁰⁰ MORALES, L. *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 309.

¹⁰¹ MORALES, L. *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 349.

Así, señala Morales que «la adopción de un control constitucional robusto para la protección del primer nivel de los derechos sociales, estaría habilitada por el resguardo de la legitimidad del propio procedimiento democrático. Los jueces podrían actuar legítimamente asegurando que los aspectos operacionales de este nivel se garanticen, o no se violen y, de esta forma, el valor del procedimiento democrático en sí mismo se resguarde. De allí que la tarea de los jueces en materia socioeconómica se fundamenta en la participación política de todos los ciudadanos y ciudadanas».¹⁰² Sobre la pertinencia de las decisiones de los jueces sobre cuestiones de exigencias de los derechos sociales que van más allá del primer nivel se ha señalado que el tipo de protección de este segundo nivel es contingente y, por tanto, la contingencia de la protección se refiere, de un lado, a la extensión de su contenido, que reflejará los valores de justicia social compartidos por la mayoría. Del otro lado, su efectiva tutela dependerá de la existencia de mecanismos de control político que funcionen bien y del grado de desarrollo de la cultura política de respeto hacia estos derechos¹⁰³.

Lo que justifica el modelo de democracia procedimental con garantía de las precondiciones institucionales y materiales es que posibilita que todos estén en condiciones de participar en el procedimiento mediante el que se ha de decidir cuáles han de ser los principios de justicia distributiva que guíen las decisiones que les impondrán. Pero también, que las decisiones sobre lo que exige la justicia social no serán adoptadas por (la mayoría de) los miembros de un tribunal¹⁰⁴.

Las teorías adscriptas a la legitimidad democrática postulan una interesante faz de los principios y valores como base sustantiva del funcionamiento institucional de los estados democráticos constitucionales. Al establecer una concepción procedimental de los postulados iusfundamentales ofrecen una oportunidad de acercar en mejor medida su materialización al ideal de justicia social. Si bien estas teorías se encuentran fuertemente vinculadas con las teorías constitucionales de los derechos, se encuentra que ello puede aportar una alternativa interesante al valor que se le otorga a los postulados referentes a derechos sociales como medios de materialización de necesidades de las personas para la autonomía y autodeterminación en tanto miembros con plena participación en los Estados democráticos

¹⁰² MORALES, L., *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 333.

¹⁰³ MORALES, L., *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 345.

¹⁰⁴ MORALES, L., *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 353.

actuales. Una cuestión importante que tiene cabida a más de la organización institucional es la posibilidad de garantizar los derechos a través de una razonada y medida intervención del estamento jurisdiccional, lo cual aporta equilibrio a la distribución de poderes de los estados democráticos y de derechos actuales. Podría identificarse un sentido de los derechos fundamentales cercano al plano objetivo y esto, sin dejar de lado la importancia esgrimida en las teorías descritas con anterioridad, podría constituir una herramienta para afianzar el aseguramiento de la ejecución de los derechos sociales en los Estados sociales democráticos actuales.

3. Derecho subjetivo como posiciones y relaciones jurídicas.

El análisis del derecho subjetivo desde las posiciones y relaciones jurídicas posee una importancia relevante dado que a partir de ello se identifican mejor las situaciones que corresponden a cada sujeto jurídico como portador de derechos. El estudio del derecho subjetivo desde las posiciones jurídicas permite además concluir que la obligación jurídica y la norma jurídica no son condiciones que basten para la existencia de un derecho.

3.1. Los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas: acercamiento al análisis de Hohfeld

El análisis de los derechos subjetivos desde la perspectiva realizada por Hohfeld constituye el punto de partida —en el marco de concepto de derecho subjetivo— para su mejor comprensión desde un enfoque amplio de las relaciones jurídicas.

Las teorías contemporáneas de mayor relevancia tienen como fuente el análisis realizado por el autor, para quien las relaciones jurídicas fundamentales son *sui generis*, por lo que estableció un esquema al que denominó «opuestos» y «correlativos», a través del cual se exhiben todas las relaciones posibles.¹⁰⁵

De acuerdo con Hohfeld las relaciones jurídicas describen posiciones más amplias que las categorías de derechos-deberes y para demostrarlo el autor reseña la existencia de dos

¹⁰⁵ HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de G. Carrió, Fontamara, México, 1991, p. 47.

grandes grupos de derechos: los opuestos correlativos, que poseen un sentido positivo (derecho subjetivo, privilegio, potestad, inmunidad), y los correlativos jurídicos que tienen un sentido negativo (deber, no derecho, sujeción, incompetencia).¹⁰⁶ Explica Vega que se distinguen ocho posiciones elementales, de las cuales cuatro serían posiciones activas, positivas o favorables para el sujeto y a las que asocia con la noción de derecho, y las otras cuatro serían posiciones pasivas, negativas o desfavorables para el sujeto, y asociadas a la noción de deber.¹⁰⁷

El esquema elaborado por Hohfeld presenta una descomposición de relaciones duales que son las siguientes:

1. Derecho o pretensión y deber: Hohfeld establece que un derecho o pretensión en sentido estricto es aquel cuyo correlativo es el deber¹⁰⁸ y señala que referirse a este sentido estricto del derecho significa otorgarle una arista limitada al concepto del derecho subjetivo.¹⁰⁹

2. Privilegio y no derecho: señala el autor respecto de esto que es evidente, también, que en todos los casos en que el privilegio existe, el mismo no es especial en el sentido de que se origina de una ley especial, o de que es conferido como un favor especial a un individuo en particular. El mismo privilegio existe, por virtud de reglas generales, para cualquier persona que se encuentre en las mismas circunstancias [...].¹¹⁰ También en este sentido Hohfeld otorga a la libertad un sentido opuesto al dado por la teoría general por la que se afirmaba que ésta posee el límite de no dañar a las demás personas; el sentido asignado aquí hace referencia a la inexistencia de derechos ante la presencia de la libertad.

¹⁰⁶ HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de G. Carrió, Fontamara, México, 1991, p. 47.

¹⁰⁷ VEGA, J., «El sujeto de derecho y las relaciones jurídicas», en *Conceptos básicos del derecho*, GONZÁLEZ, D. (Coordinador), Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 125.

¹⁰⁸ Para Hohfeld el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra «derecho» (subjetivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Frente a esto considera que el indicio se encuentra en el «deber» ya que como explica [...] no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto «derecho» (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en «deber» como su correlativo invariable. HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de G. Carrió, Fontamara, México, 1991, p. 49.

¹⁰⁹ HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de G. Carrió, Fontamara, México, 1991, p. 49 y ss.

¹¹⁰ HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de G. Carrió, Fontamara, México, 1991, p. 61.

3. Potestad y sujeción: la potestad en sentido técnico sería el control o contralor que tiene una persona para provocar un particular cambio en la relación jurídica que afecte a otra persona que se encuentra sujeta a ese cambio. En referencia a esta posición señala Cruz Parceró que el autor hace referencia a la correlación entre el poder y la sujeción, y señala que el término es confundido en sentido negativo, pues la sujeción puede ser positiva o negativa y, en este sentido, dar lugar a privilegios, derechos o inmunidades, como a deberes, no tan sólo que se está sujeto al poder o competencia de otra persona [...].¹¹¹

4. Inmunidad e incompetencia: para Hohfeld una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o contralor jurídico de otra. La inmunidad es el correlativo de la incompetencia y el opuesto de la sujeción.¹¹² Este aporte es importante en el campo de los derechos fundamentales porque pueden ser analizados desde la inmunidad frente al poder del Estado.¹¹³ Esta interpretación interpela a la corriente doctrinaria mayoritaria que se resiste a incluir esta perspectiva.

De acuerdo con la descomposición de las relaciones jurídicas, Hohfeld explica el carácter amplio que conllevan los derechos subjetivos, dado que las conexiones que surgen de la serie de entramados de las diferentes posiciones son el resultado de un conjunto de relaciones.

De acuerdo con Vega en el esquema de Hohfeld se identifican cuatro distinciones básicas que refieren a derecho, poder, actos propios y actos ajenos, actos naturales y actos institucionales y posiciones positivas o favorables y negativas o desfavorables.¹¹⁴

¹¹¹ CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 37.

¹¹² HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de G. Carrió, Fontamara, México, 1991, p. 81.

¹¹³ CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 36.

¹¹⁴ Cada distinción supone lo siguiente: 1) derecho y poder como punto de partida primitivo: en el marco de esto son cuatro las modalidades activas (derecho, libertad, poder, inmunidad). La libertad e inmunidad que podrían surgir a partir de la negación de los anteriores adoptando el punto de vista de las modalidades pasivas; 2) actos propios y actos ajenos: serían los actos del titular de cada posición y los correspondientes a los demás sujetos de la relación jurídica (derecho-libertad se refieren a los actos de A, es decir reflejan la disponibilidad de A sobre su propia esfera de acción), mientras que las dos restantes —poder e inmunidad— se refieren más bien a los actos de B, es decir, reflejan ese mismo perímetro disponible de acción de A pero en la medida en que en ella interfieren o pueden estar incluidos los actos de B, que quedan así bajo el control del primero. Como propone Vega «lo característico, por tanto, de las posiciones hohfeldianas, es que, al exhibir la correlatividad entre actos propios y actos ajenos, ponen de manifiesto la alteridad y la bilateralidad de las relaciones jurídicas. Es así como reflejan los distintos vínculos que las normas del derecho (como técnica social) tienden entre los

La amplia concepción del derecho subjetivo contenido en el desarrollo teórico de los «opuestos correlativos» de Hohfeld podría contener una idea valorativa de la justicia como finalidad, ello se podría advertir considerando la afirmación del propio autor cuando señala:

«[las posiciones jurídicas] permiten no sólo descubrir semejanzas esenciales y analogías propias esclarecedoras, en medio de lo que superficialmente se presenta como una variedad infinita e irremediable, sino también discernir principios comunes de justicia y otros valores por debajo de los diversos problemas jurídicos en juego»¹¹⁵.

Al inicio de este apartado mencioné el significativo legado que constituye el esquema de Hohfeld en la evolución del concepto y descomposición de las relaciones jurídicas, no sólo por haber dado una amplia idea del concepto del derecho y demostrar que la correlatividad derecho-deber no es la panacea deóntica. El esquema de Hohfeld expone que al descomponer las diferentes relaciones que surgen del entramado jurídico se identifican elementos deónticos y principios que subyacen a las relaciones de poder que se encuentran regladas, advierte además que el derecho encierra la idea de una justicia basada en principios superiores que traspasan la formalidad legal, y que son los valores y los parámetros que guían las diferentes teorías de la justicia en tanto compensativa, distributiva y conmutativa. Algunos autores, incluso, podrían ubicarlas en la solidaridad.

sujetos: relaciones de exigencia, deber, disponibilidad, libertad, exención, control, sujeción carga, prerrogativa, inmunidad competencia, así como las correspondientes modalidades deónticas en que éstas se articulan (en términos del consiguiente entramado de obligaciones, prohibiciones y permisos)¹¹⁴; 3) actos naturales y actos institucionales: las posiciones que resultan de normas primarias (de comportamiento) acción o fin se diferencian de las de poder e inmunidad en que tienen una dimensión eminentemente institucional, por tanto, son normas secundarias, (de competencia), orientadas a la creación, modificación y regulación de situaciones normativas y, 4) posiciones positivas o favorables y negativas o desfavorables que refieren a la valoración de las relaciones y posiciones jurídicas, por tanto éstas dan una noción de la justificación del derecho. Para mayores detalles consultar VEGA, J., «El sujeto de derecho y las relaciones jurídicas», en *Conceptos básicos del derecho*, GONZÁLEZ, D. (Coordinador), Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 137 y siguientes.

¹¹⁵ HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de G. Carrió, Fontamara, México, 1991, pp. 86 y 87.

3.2. Derechos basados en los deberes: la teoría de Hans Kelsen

La teoría del derecho positivista elaborada por Hans Kelsen es una de las más extendidas y aceptadas en la cultura occidental. En la «teoría pura del derecho» Kelsen señala que su carácter se debe a que en ella el autor se propone asegurar un conocimiento dirigido exclusivamente al derecho y porque pretende eliminar de dicho conocimiento todo aquello que no pertenezca al objeto exactamente delimitado como derecho.¹¹⁶ En este sentido el filósofo presenta una definición del derecho subjetivo que logra desprenderse de la nota meramente ética que se utilizaba en su época. Aun considerando lo restrictivo de la concepción de los derechos subjetivos, he de exponer el carácter objetivo a través del cual el autor pretendió acercar a los derechos subjetivos, que supone de interés para la comprensión amplia y claridad en el lenguaje de relevancia jurídica y filosófica.

A criterio de Kelsen los derechos subjetivos son emanaciones del derecho en sentido objetivo,¹¹⁷ es decir, serían el reflejo de una obligación. Esto se desprende de la idea de que la teoría pura del derecho se limita a ver en el deber jurídico la norma de derecho en su relación con la conducta concreta del individuo que dicha norma contempla, esto es, se limita a ver en el deber jurídico la norma jurídica individualizada. Emancipa por completo el deber jurídico respecto del deber moral.¹¹⁸ A partir de ello explica la naturaleza jurídica de los mismos desde dos aristas.

La primera refiere al carácter deóntico determinado por el incumplimiento de la obligación contenida en un sistema normativo, que convierte en operativa la demanda de un individuo para su satisfacción. En este sentido expresa el autor que un individuo está jurídicamente obligado a realizar una determinada conducta en la medida en que la conducta opuesta viene establecida en la norma del derecho como condición de un acto coactivo al que se califica de consecuencia ilícito¹¹⁹. Kelsen posiciona en la esencia del derecho subjetivo el

¹¹⁶ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Traducción de G. Robles y F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011, p. 41.

¹¹⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Traducción de G. Robles y F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011, p. 69.

¹¹⁸ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Traducción de G. Robles y F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011, p. 72.

¹¹⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Traducción de G. Robles y F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011, p. 72.

incumplimiento de una obligación contra un individuo, con lo cual se activa el poder de éste de reclamarlo, poder otorgado mediante un sistema normativo.¹²⁰

Kelsen centra su mirada en la forma de ejecutarse del derecho, vale decir que el mismo otorga una importancia mayor a la forma en que tiene lugar éste, sobre el fondo. Así expresa que «hay que reconocer que la única función esencial del derecho objetivo es imponer deberes jurídicos. Toda proposición jurídica, necesariamente, establece un deber jurídico y es posible que, además, conceda facultades, derechos subjetivos».¹²¹

La segunda consideración de los derechos subjetivos refiere al carácter de la norma jurídica como facultad. Se está ante una facultad (derecho subjetivo) cuando, entre las condiciones de la consecuencia jurídica del ilícito, está incluida la expresión de la voluntad —en forma de demanda o querrela— de quien resulte perjudicado en sus intereses por el acto ilícito. Solo en relación con éste se individualiza la norma bajo la forma de facultad y se convierte —en este sentido diferenciado del deber jurídico— en derecho subjetivo, es decir, en el derecho de un sujeto, ya que se pone a su disposición para hacer valer sus derechos.¹²² El relato de Kelsen señala la instancia procesal como el medio para efectivizar el derecho subjetivo a través de la vía judicial, en la cual no se identifica el aspecto operacional de los derechos subjetivos para su garantía.

Las características del derecho subjetivo expone cinco aspectos: a) como reflejo de una obligación: determinado por los deberes del individuo obligado y del órgano que debe imponer la sanción; b) en sentido técnico, ésta describe el derecho subjetivo en la teoría del Kelsen, y se refiere a la acción por la que el individuo activa la reclamación en el ámbito jurisdiccional, aquí el hecho procesal conlleva la realización del derecho; c) como permisión positiva, en este sentido Kelsen hace referencia a la facultad por la ausencia de una prohibición; d) como derecho político, en supuestos en que las personas participan en la

¹²⁰ Cruz Parceró menciona que para Kelsen, este derecho es distinto de la obligación jurídica del otro sujeto; por ello, en este caso no coincide (no son correlativos) el derecho subjetivo con el deber jurídico. Por eso, este poder jurídico es un hecho distinto de la obligación jurídica. [...]. CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, 2007, Madrid, p. 30.

¹²¹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Traducción de G. Robles y F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011, p. 73.

¹²² KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Traducción de G. Robles y F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011, p. 73.

creación de las leyes como el derecho al voto y ; e) como libertad fundamental, cuando el individuo adquiere poder jurídico para invocar la inconstitucionalidad de una ley, en el caso de que ésta constituya una violación a los derechos y libertades fundamentales, es decir, como medio que opera la supresión en la que desemboca la ley que recurrida.

De acuerdo con Kelsen con el análisis que la teoría pura del derecho hace de la naturaleza del llamado derecho en sentido subjetivo queda superado el dualismo entre derecho subjetivo y derecho objetivo. El derecho subjetivo no es algo diferente al objetivo, es el derecho objetivo mismo en cuanto que se dirige a un sujeto concreto estableciendo la consecuencia del acto ilícito (en el supuesto del deber) o poniendo dicha consecuencia a disposición de otro sujeto (en el supuesto de la facultad). Reduciendo así el derecho subjetivo al objetivo, queda aquel absorbido por este, y queda también excluida la posibilidad de abuso ideológico.¹²³

A la teoría formalista se cuestiona la consideración del origen del derecho y obligaciones devenidos de los impuestos por el sistema jurídico y que prescinde de la voluntad del individuo, atendiendo a que ello se origina como fruto de la pertenencia del derecho a un sistema normativo. La valía de los aportes que surgen de esta teoría es de relevancia, sin embargo, resultan insuficientes en consideración al objeto de este trabajo. Podría señalarse que a partir de su amplia aceptación ha dado lugar al surgimiento de teorías que contraponen razones a los diversos argumentos del autor.

4. Teorías que cuestionan el carácter subjetivo de los derechos sociales

El carácter heterogéneo de los derechos subjetivos se basa en las diferencias con que se conciben desde las diferentes teorías los aspectos relativos a su concreción como normas adscritas que vinculan —a través de posiciones jurídicas— al legislador, administración y poder judicial con las personas en calidad de sujetos de derecho. En este sentido, existen teorías que desconocen el carácter subjetivo de las normas de derechos sociales. Entre ellas

¹²³ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Traducción de G. Robles y F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011, p. 73.

se encuentran las teorías que consideran a los derechos sociales como disposiciones programáticas, las que las consideran como meros fines del Estado, aquellas que los contemplan como disposiciones con carácter objetivo, como disposiciones definitivas y, por último, las que los establecen como normas *prima facie*.

4.1. Derechos sociales como disposiciones programáticas.

Esta teoría postula la intervención estatal desde un carácter eminentemente abocado a las libertades negativas traducida en la no intervención estatal, igualmente concibe la supremacía del poder legislativo frente al ejecutivo y al judicial con el argumento de que la función de creación normativa prima sobre las labores que deben ejecutar las demás.

Para los defensores de esta teoría, el contenido social de las disposiciones legales posee un valor netamente enunciativo de validez política, pero no jurídica. De acuerdo a esta comprensión teórica, los derechos sociales no serían justiciables porque concibe a las posiciones jurídicas en un esquema que prescinde del Estado como sujeto pasivo, que desvincula al legislador de los principios del Estado para legislar conforme a los valores que guían su fin, restando la actividad creadora de disposiciones prestacionales de manera injustificada.¹²⁴

Baldassarre señala que al interior de este cuadro de referencia no podía haber lugar para «derechos sociales», puesto que hipotizar una prestación social como objeto o contenido de un derecho subjetivo y, al mismo tiempo, configurar una pretensión o un poder dispositivo respecto del soberano (legislador) contradecían los principios de fondo en los cuales se apoyaba todo el andamiaje jurídico, en especial la idea de una suerte de «monopolio público» de las acciones socialmente/políticamente significativas.¹²⁵ Sin embargo, se señala que las

¹²⁴ La estructura del Estado liberal de Derecho es el resultado de la mentalidad iusnaturalista contractualista, pero su funcionamiento se asegura gracias a los instrumentos conceptuales aportados por la ciencia jurídica del positivismo. La categoría de los derechos públicos subjetivos explica, como se ha señalado anteriormente, la relación entre el Estado en cuanto persona jurídica y los derechos privados. DE LUCAS, J. y otros, *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 372.

¹²⁵ BALDASARRE, A., *Los derechos sociales*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 16-17.

acciones protectoras del Estado deben diversificarse desde el *mínimum*, de la protección de la seguridad, la paz, y de la formación de la voluntad estatal, derechos individuales, civiles y políticos, hasta el *máximo* de satisfacción de necesidades básicas —derechos económicos, sociales y culturales—. ¹²⁶

Para Alexy los derechos sociales serían principios y, por tanto, tienen el carácter de mandatos de optimización. ¹²⁷ De acuerdo con ello, el reconocimiento de los derechos fundamentales podría entrar en conflicto con los principios que se encuentren reconocidos constitucionalmente. Ante tal situación, presenta a la ponderación entre principios para resolver, de lo cual resulta en su teoría la distinción de los derechos fundamentales *mínimos*. En este sentido alega que cuando un derecho a un *mínimo vital* no se encuentra afianzado en la Constitución, existe un riesgo de que la mayoría parlamentaria no reconozca este derecho. No existe una garantía de que este derecho sea asegurado por cambiantes mayorías parlamentarias de mejor manera que los derechos liberales *cásicos* menciona. ¹²⁸

La teoría de las disposiciones programáticas niega el carácter subjetivo de los derechos sociales al considerarlos eminentemente enunciados políticos y, por tanto, como prestaciones del Estado en sentido activo, lo cual contrasta con la idea de la libertad negativa y carácter abstencionista estatal, postulados centrales de la misma. Con este argumento esta teoría se contrapone al intervencionismo estatal que suponen los derechos subjetivos de contenido social. Sin embargo, este argumento es relativo y fácilmente rebatible dada la realidad de que existen contenidos sociales que suponen una abstención del Estado, como es el caso del derecho a no ser interferido de manera arbitraria en el control y disfrute de los recursos sanitarios, laborales, educacionales o habitacionales básicos necesarios no sólo para sobrevivir, sino para diseñar planes de vida personales y colectivos. ¹²⁹

Igualmente, es posible afirmar que los derechos subjetivos de libertad tampoco responden de forma exclusiva a deberes de abstención del Estado, sin ir más lejos, el derecho al sufragio,

¹²⁶ PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dickinson, Madrid, 1999, p. 66.

¹²⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 238.

¹²⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*; traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 482.

¹²⁹ Ejemplos extraídos de PISARELLO, G., *Derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, p. 43.

así como el de seguridad, deparan actuaciones y la intervención del Estado, con lo que este argumento no responde a una realidad patente y exclusiva de la esfera social de los derechos subjetivos, sino como se ha demostrado, es propia también de los derechos civiles y políticos. En realidad, todas las normas jurídicas están formuladas en un lenguaje natural, y la delimitación del campo semántico de enunciados aislados y sujetos a variaciones contextuales no es una tarea sencilla, pero este juicio es extensible no sólo a los preceptos que reconocen derechos sociales, sino también a los enunciados de derechos civiles y políticos («vida», «libertad de expresión», etc.).¹³⁰

En efecto, el carácter indeterminado no es exclusivo de los enunciados de fines sociales, sino que también las disposiciones subjetivas de libertad entrañan tal carácter, siendo esto postulado en la doctrina por todos, Cascajo apunta que «el carácter prestacional o participativo también puede ser un atributo de algunos llamados derechos clásicos de libertad»¹³¹. Dado que los enunciados de valores pueden estar configurados de manera diversa, ello no sería un obstáculo para que de los derechos subjetivos se establezcan —sea de manera directa o indirecta— los fines que ellos conllevan, puesto que igualmente permiten el reconocimiento de manera conexa con otros derechos subjetivos.

Otro argumento esgrimido en la concepción de los derechos sociales como disposiciones programáticas señala que la elección de medios para las prestaciones sociales es una labor política y, por tanto, depende de forma exclusiva de la voluntad de los legisladores. Sin embargo, este carácter superior del poder legislativo, al ejecutivo y judicial propio de la concepción del Estado liberal es rebatible puesto que incluso asumiendo que el poder legislativo posee la atribución de elegir las políticas sociales y económicas, ello no obsta a que el legislador omita su obligación de ceñirse a los valores y fines del Estado.

El postulado de esta teoría que desconoce a las personas como sujetos jurídicos activos frente al poder estatal, por tanto niega la exigibilidad jurídica de los derechos sociales. Sin embargo, la elección de los medios que si bien en principio es una labor del legislativo y la administración, no obsta a que se establezca una instancia como la judicial para intervenir en

¹³⁰ AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 77.

¹³¹ CASCAJO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p. 72.

los casos en que éstos no adecuan su labor a las disposiciones constitucionales. Por tanto, la labor de los tribunales constitucionales en estos casos no puede ser vedada con el pretexto de la división de poderes, dejando al arbitrio del legislativo cuestiones de relevancia social. Este aspecto no debe confundirse con las tensiones propias que pueden darse entre dos poderes del Estado.¹³²

Una comprensión programática de los valores y principios del Estado supone la minusvalía de los derechos de vertiente social, dado que al imposibilitar su reconocimiento y vinculación al Estado en tanto fines y en tanto derechos de primer orden, degradan su carácter de verdaderos derechos y conducen a la inseguridad jurídica al impedir su reclamo en sede judicial por particulares. Esta concepción de los derechos subjetivos es incompleta e injusta, dado que reconoce sólo el contenido valorativo de derechos de libertad y niega ello a los contenidos sociales sobre la base de intereses privados, determinando de esta manera que sólo algunos valores y principios importan a la intervención del Estado —que además supone una faceta negativa— y en consecuencia se aparta de la concepción de una sociedad justa.

4.2. Derechos subjetivos como disposiciones de fines de los estados

Frente a la teoría de los derechos sociales como enunciados programáticos surge la tesis de los derechos subjetivos como disposiciones finales, que pretende vincular al poder legislativo con los fines del Estado. Esta tesis posee como método característico la no vinculación con los medios empleados para determinarlos.

Al avanzar en la aproximación de esta teoría conviene señalar que el establecimiento del concepto de «núcleo esencial del fin» constituye un desafío importante cuando nos enfrentamos ante la indeterminación. Indagar qué medios son esenciales y cómo ello podría ser cambiante conforme a los sujetos que lo interpreten deja un amplio margen a la ambivalencia al no establecer un mecanismo que colabore a su establecimiento. Sin embargo,

¹³² Pisarello señala que estas pueden tener cabida y que ello es inevitable dada la estructura de los derechos sociales, pero ello no obsta, ni debería ser una cuestión excluyente en los estados sociales de derecho de la actualidad.

autores como Bernal sostienen frente a la solución metodológica de esta teoría «que la adopción del núcleo esencial es sólo un artificio argumentativo que únicamente enmascara el decisionismo»,¹³³ dado que para este autor «las esencias no existen; lo único que existen son relaciones de equilibrio entre derechos, bienes y fines que se complementan y se contraponen, que a veces juegan el mismo sentido y a veces en sentido opuesto».¹³⁴

Por tanto, se cuestiona desde un enfoque centrado en la indeterminación de los medios a través del contenido esencial que éste es incapaz de dar una respuesta a las disposiciones que no enuncian de manera directa el fin de un derecho, y que en alusión a su determinación no logra dar una solución que depare en ello de manera concreta. «La concepción de los derechos sociales como normas de fines del Estado no consigue ofrecer una respuesta plausible para el interrogante acerca de qué medios de actuación están prescritos como consecuencia lógica de la obligación de realizar el fin establecido por las disposiciones constitucionales [...] el problema consiste en que esta concepción no logra precisar de qué manera se identifica los medios indispensables para realizar el contenido esencial, porque no se logra precisar cómo se conoce el contenido esencial del efecto»¹³⁵. Sin embargo conviene apuntar que desde la doctrina elaborada en el marco del derecho internacional de los derechos humanos el contenido esencia de los derechos sociales ha sido determinado por el Comité DESC como se desarrollará más adelante.

En todo caso esta teoría constituyó un punto de partida determinante para la consideración de los valores establecidos como fines del Estado y su importancia es trascendental en términos jurídico-políticos dado que influye en la convergencia de la actuación estatal. Si bien la misma no ha logrado avanzar mayormente en la identificación de elementos y contenidos desarrollo de la complejidad que supone el tema para su garantía, la relevancia de las aportaciones que desde la misma se desprenden, constituirán la base para el perfeccionamiento de la teoría de los derechos subjetivos en un sentido amplio

¹³³ BERNAL, C., «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria», *Revista Discusiones*, 2004, p. 126.

¹³⁴ BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 387.

¹³⁵ BERNAL, C., «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a «¿Existen derechos sociales?» de Fernando Atria», *Revista Discusiones*, 2004, p. 126.

4.3. Los derechos como mandatos objetivos

Frente a la imposibilidad de la teoría anterior de determinar los medios para la concreción de los fines del Estado surge la teoría que concibe a los derechos fundamentales vinculados de manera especial a los órganos políticos del esquema estatal. Esta teoría pretende responder al problema de cómo identificar los medios o los instrumentos que resultan obligatorios para el legislador y para la administración a partir de los fines prescritos por las disposiciones constitucionales.

Se identifica que esta teoría toma elementos aportados de la teoría programática y de fines del Estado respectivamente. La interconexión de estos elementos posee unas notas interpretativas que son expresados en carácter negativo, pero que al presentarse como posiciones permite identificar el carácter activo y prestacional. La teoría de los derechos prestacionales como mandatos objetivos ha sido fundamentada principalmente por Bockenforde, quien ha argumentado que las disposiciones de derechos prestacionales se concretan normativamente en mandatos jurídicos objetivos, dirigidos al legislador y a la administración.¹³⁶

La teoría objetivista parte del carácter indeterminado del lenguaje de los derechos subjetivos, para lo cual se deben identificar los medios que determinen la obligación que vincula al legislador con las normas de índole constitucional. Así establece tres criterios o elementos sobre los cuales gira la lógica teórica y la propuesta, que se resumen en estas tres: 1) la prohibición de inactividad absoluta del legislador; 2) la prohibición de desatención evidente y grosera del fin o del programa; y, por último, 3) la prohibición de suprimir las medidas legislativas que tienden a realizar el fin constitucionalmente prescrito, una vez que han sido adoptadas y en la prohibición de hacer operar sobre ellas una «reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera» (prohibición de retroceso social).

Esta teoría identifica posiciones jurídicas que son de utilidad para determinar las obligaciones de los derechos sociales. Sin embargo, incluyen sólo a un sujeto pasivo (el legislador) y un objeto (indeterminado), prescindiendo del sujeto activo. Como razón para ello alegan que el

¹³⁶ BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 380.

carácter indeterminado de los enunciados de derechos prestacionales supone la inexistencia del sujeto activo que las pretenda. Sin embargo, la indeterminación de los enunciados subjetivos es un carácter fijo de estos que no impide su reconocimiento legal.

Importa en este punto señalar la ausencia de motivo de la negación del sujeto activo en esta teoría. Primero se debe establecer que la indeterminación responde al objeto de toda relación triádica y, segundo, se debe aclarar que el sujeto activo alude a la posición de destinatario que posee una pretensión de cumplimiento del fin de la disposición por parte del sujeto pasivo, y por lo tanto se trata de elementos que no son similares. Ante esto, señala Bernal que si la indeterminación de las disposiciones jurídicas implicara la inexistencia de los derechos subjetivos, este tipo de derechos no existiría en ningún caso». ¹³⁷ Es decir que la indeterminación del objeto —la inexistencia de una disposición clara que remita acciones concretas— no dejaría sin poder jurídico para exigir que la prestación sea cumplida, en razón de que la obligatoriedad se refiere al fin, el cual en todo caso, mantiene tal carácter.

Pese a la identificación de estos elementos, esta teoría, al establecer tan sólo un sujeto pasivo y un objeto indeterminado, deja a la deriva al sujeto que puede reclamar que las disposiciones sean cumplidas, dado que deniega, como veremos, la juridicidad de estas obligaciones de políticas legislativas al establecer que los jueces no poseen competencias para ello, dado que es una labor que implica naturaleza política y administrativa, con lo cual desconoce la exigibilidad a un enunciado que reconoce como derecho.

Pese a denegar el reconocimiento al sujeto activo con las consecuencias que ello genera, acoge la vinculación del legislador con las disposiciones constitucionales de sentido social al señalar que «[...], las normas de derecho prestacionales no son proposiciones programáticas, sino que ostenta una fuerza vinculante». ¹³⁸ Dicha fuerza vinculante se encuentra justificada cuando señalan que de los enunciados se desprende un deber jurídico como un mandato de carácter objetivo de cumplir el fin descrito, lo cual su vez significa que en el cumplimiento de tal cometido, el legislador no posee libertad para establecer los fines, sino que debe

¹³⁷ BERNAL, C., «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria», *Revista Discusiones*, 2004, p. 129.

¹³⁸ BOCKENFORDE, W., «Los derechos fundamentales en la estructura de la Constitución», *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden–Baden, 1993, pp. 80 y ss.

adecuarse al contenido propuesto. A este argumento se suman dos aspectos más que aluden a la exigibilidad por omisión del deber de legislar y de la desatención grosera.

Esta serie de elementos se identifica como un aporte importante al establecimiento del contenido mínimo, ya que permite dilucidar una idea básica, pero inicial, importante mediante dos prohibiciones, una referente a un margen de actuación, y otra ligada a la obtención de medios de vida necesarios frente a la desatención grosera. Señala Bernal que «la idea de prohibir la desatención grosera puede entenderse como un contenido esencial del fin».¹³⁹

En opinión de Arango la concepción de los derechos sociales fundamentales únicamente como mandatos constitucionales que en casos extremos se reconocen como derechos subjetivo muestra que los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales condicionados, es decir, que los derechos positivos generales sólo alcanzan un estatuto jurídico constitucional en conexión con otras normas jurídicas.¹⁴⁰

El importante aporte de esta concepción teórica resulta de que ha sido capaz de vincular la labor legislativa con los fines del Estado a partir de la determinación de tres medios: la prohibición de inactividad; la prohibición de desatención grosera, con la cual da una idea del contenido mínimo; y la prohibición de retroceso, si bien el análisis de la descomposición de las relaciones jurídicas propuestas por esta teoría señala que es incompleta, dado que sustrae del esquema estructural al sujeto activo con lo cual reduce el carácter exigible derechos subjetivos. De esta manera podría sugerirse que cae en una contracción dado que la misma se basa en postulados de prohibición de actuación del Estado que para la consecución de los fines implica necesariamente la justiciabilidad de tales derechos. También podría señalarse que al establecer un esquema de relaciones jurídicas incompleto prescinde de la necesaria consideración de conjunto que debe primar en todo sistema constitucional. En tanto, la identificación que realiza de los elementos esta teoría supone un avance relevante al determinar un mayor acercamiento hacia la identificación de los contenidos mínimos de los

¹³⁹ BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 383-386.

¹⁴⁰ ARANGO, R., *Derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos*, Gedisa, Bogotá, 2009, p. 48.

derechos sociales, lo cual ha servido como parámetro para establecer los medios de concreción de los fines del Estado.

4.4. Derechos subjetivos como derechos definitivos

La teoría que posiciona a los derechos iusfundamentales prestacionales como derechos definitivos constituye un importante avance frente a la objetiva al reconocer el vínculo exigible frente al legislador para el caso de inactividad y de prohibición de retroceso de las medidas adoptadas, así como al establecer el cumplimiento obligatorio del contenido esencial bajo la premisa del «carácter irrestringible de las disposiciones prestacionales». El reconocimiento a los individuos como sujeto activo como titular de derechos y pretensiones constituye el segundo rasgo en que esta teoría avanza respecto de la anterior.

Frente a los derechos *prima facie* en esta teoría de las posiciones jurídicas definitivas, los derechos sociales de la Constitución se concretan en algunos deberes de abstención, en el derecho en contra de la extrema inactividad legislativa, los derechos de igual participación en los derechos sociales derivados, el derecho a la satisfacción de un mínimo existencial y el derecho al no retroceso social.¹⁴¹ Cuando se afirma que las normas iusfundamentales de prestación estatuyen posiciones jurídicas definitivas, se quiere expresar que dichas normas y posiciones son irrestringibles, que no ceden ante ninguna otra razón que se invoque en su contra.¹⁴² Esto, sin embargo, presenta objeciones, dado que en caso de presentarse dos posibles normas que se enfrenten, la decisión de aplicar una u otra se vería afectada por principios opuestos, lo cual sería difícil de cumplir sin que uno de ellos corriera la suerte de ser dejado de lado, lo cual acarrearía una potestad de ser reclamable como contenido mínimo que en todo caso debe ser ejecutado, y por tanto da lugar a los sujetos afectados, en tanto poseedores de la capacidad jurídica de accionar legalmente para exigir su realización.

¹⁴¹ BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 384.

¹⁴² BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 387.

De acuerdo con esta teoría, los derechos sociales imponen al legislador el deber de legislar para disponer los medios tendentes a satisfacerlos. Esto da lugar a pensar en dos aspectos concernientes al derecho subjetivo de las personas. De un lado, el derecho a obtener del legislador al menos una determinación mínima de derechos que permitan la existencia. De otro, la prohibición de la inactividad legislativa y la desatención del mínimo existencial. Señala Bernal que la vulneración de estas prohibiciones tiene como consecuencia la inconstitucionalidad por omisión.¹⁴³ De acuerdo a este postulado existen obligaciones de prestaciones, una refiere a la puesta en marcha de acciones del legislador de establecer las medidas legislativas pertinentes, lo cual acarrearía que no diera cabida a omisiones, las cuales en ciertos derechos y determinadas coyunturas son deseables ». ¹⁴⁴ Por otra parte, la obligación de prestación refiere a la necesaria actuación para el cumplimiento de atenciones mínimas que garanticen condiciones de existencia a las personas y, además, las labores desplegadas deben darse atendiendo siempre a que las mismas no representen ni constituyan un retroceso social. Este entramado de postulados lleva a que no se pueda prescindir de los valores que conllevan los derechos, como mínimo *prima facie*, lo cual no es representado en esta teoría, y podría suponer una inconsistencia al tiempo de analizar sus enunciados básicos.

Esta teoría intenta determinar con mayor precisión la idea del contenido mínimo esencial de los derechos sociales de carácter subjetivo desde el análisis conceptual, sin embargo, no logra su cometido puesto que cae en las mismas inconcreciones de sus predecesoras. Respecto al mínimo existencial se puede establecer que pese a la descomposición realizada en derechos de contenido absoluto y derivados se presenta un problema que se materializa al momento de la desatención de las disposiciones derivadas, puesto que estas presentan de manera indefectible razones que, entendidas desde un aspecto amplio, no justificarían que fueran dejadas de lado.

En lo que hace a los dos niveles de derechos, los absolutos, que vinculan al legislador con el fin y los relativos, en los que se encuentran los derechos sociales los deja de lado, en principio esta distinción sería difícil de ser realizable dado que entendidos los derechos fundamentales

¹⁴³ BERNAL, C., «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria», *revista Discusiones*, 2004, p. 135.

¹⁴⁴ Ante esto, Bernal señala que «puede que en ciertos casos existan algunas razones que impidan o desaconsejen cumplir este contenido esencial». BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 394.

como disposiciones constitucionales, el hecho de la distinción entre contenidos mínimos de derechos sociales despojaría de manera desproporcionada su reconocimiento en razón de no pertenecer al esquema de mínimos. Así lo señala Bernal al sostener que, en contra del contenido esencial, puede objetarse que despojaría de carácter obligatorio a los derechos adscritos a las disposiciones de derechos sociales que se encuentran por fuera de ese núcleo mínimo. La consecuencia de esta suspensión del carácter normativo sería que en la zona accidental del contenido de los derechos sociales, por así decirlo, estaría permitido cualquier tipo de restricción, incluso las desproporcionadas, irracionales, abruptas, o injustificadas. Fuera de lo esencial para la dignidad humana, se permitiría cualquier tipo de intervención legislativa, incluso una intervención arbitraria.¹⁴⁵

Podría concluirse que la teoría de los derechos subjetivos como disposiciones definitivas presenta importantes aportes al reconocimiento del aspecto social en tanto contenido esencial de existencia y las prohibiciones de incumplimiento. Sin embargo, se cuestiona el carácter inamovible de las disposiciones sobre la base del justo equilibrio en que deben ser aplicadas las enunciaciones fundamentales de índole constitucional. Ante ello podría ser más sugerente un carácter relativo, en razón a que las normas fundamentales pueden concebirse como principios y directrices, por tanto considerar el carácter de estos como reglas fijas sería caer en un equívoco puesto que reduce el alcance entre los enunciados ideales y el estado de cosas existentes.

4.5. Derechos subjetivos como derechos *prima facie*

Esta teoría constituye un importante avance en los estados democráticos modernos al establecer argumentos que dan lugar a razones válidas para justificar la intervención del Estado. Fundada en la libertad formal y material, o fáctica esta teoría establece que la libertad en tanto no sea realizable no puede ser considerada, por lo que establece la necesidad de

¹⁴⁵ BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 395.

determinar las razones válidas, que además deben ser suficientes a través del método de la ponderación de valores constitucionales.

Esta teoría concibe a los derechos subjetivos como derechos *prima facie* cuando una persona (individual o colectiva) se encuentra en una situación de necesidad y el Estado tiene la posibilidad fáctica de resolverla o mitigarla pero omite hacerlo, y tal omisión amenaza con ocasionar un daño a la persona. Entonces ella tiene un derecho *prima facie* a una acción fáctica positiva del Estado.¹⁴⁶

Conforme al autor, «los derechos fundamentales, tanto como los principios, tienen el carácter de mandatos de optimización. Como tal, urgen que algo se realice en mayor grado posible según las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.»¹⁴⁷ Refiere que el reconocimiento de los derechos fundamentales podría entrar en conflicto con aquellos principios que se encuentren reconocidos constitucionalmente. Ante ello, presenta a la ponderación entre principios para resolver, de lo cual resulta en su teoría la distinción de los derechos fundamentales mínimos.

La teoría de la ponderación entre principios otorga una mayor seguridad para el reconocimiento de los derechos subjetivos de contenido social, puesto que deja de lado el carácter sesgado de los derechos subjetivos como derechos determinados. Esto tiene relevancia frente al carácter material principalmente. Sin embargo, no queda claro cómo llega a aceptar el aspecto individual de los enunciados finales de derechos sociales, lo cual fue cuestionado aduciéndose que podría llegarse a las causas de los derechos subjetivos desde su comprensión. Con todo, los aportes desde esta teoría tienen amplia influencia.

¹⁴⁶ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2012, p. 169.

¹⁴⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*; por Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 238.

5. El concepto de derecho subjetivo más adecuado para los derechos sociales

El relato de las teorías del derecho subjetivo describe los avances que se han dado en la construcción doctrinal que conducen a la conformación amplia de esta categoría jurídica como técnica para la realización de los derechos sociales.

Este apartado pretende establecer los elementos teóricos que deben representarse en un concepto de derecho subjetivo en el que converjan de manera más adecuada los derechos sociales. El análisis de las diversas teorías expuestas a lo largo del capítulo aporta elementos que serán utilizados de manera combinada con la pretensión de establecer líneas claras que permitan una concepción del derecho subjetivo como técnica jurídica —dentro de sus posibilidades— al encaje de los derechos sociales.

La subjetividad de los derechos sociales supone establecer que existen argumentos morales que fundamentan su validez y exigibilidad. Comporta igualmente establecer que las razones que determinan la conformación de estos derechos sirven a la realización de los valores que propugnan los sistemas jurídicos políticos. En efecto, se caracteriza a los derechos como «bienes relevantes, es decir, situaciones o estados de cosas a los que el sistema confiere una cierta importancia, un cierto valor, y de ahí la característica fuerza de “exigir” que está presente en ellos».¹⁴⁸

El primer elemento supone partir de la concepción de los derechos subjetivos como posiciones o situaciones correspondientes a un sujeto cuya conducta está regulada por la norma.¹⁴⁹ El análisis del esquema de Hohfeld permite identificar una dimensión amplia del derecho subjetivo. En este sentido, el esquema sugiere que el derecho es un complejo de relaciones jurídicamente protegidas que puede tener diversos niveles de protección. Esto significa que, además del correlato derecho-deber, los derechos subjetivos son un conjunto de situaciones de privilegios o libertades, poderes e inmunidades.¹⁵⁰

¹⁴⁸ LAPORTA, F., «El concepto de derechos humanos», *DOXA*, N° 4, 1987, p. 23-46 (30).

¹⁴⁹ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 128.

¹⁵⁰ En consideración de Vega las posiciones jurídicas son el resultado de un reparto de roles a favor y desfavor, de beneficios y cargas, de situaciones institucionales determinantes y determinadas, autónomas y heterónomas que responden en última instancia a consideraciones de justicia distributiva y correctiva. VEGA, J. «El sujeto

La argumentación jurídica de los derechos como posiciones y relaciones posibilita identificar valores que movilizan cada posición. En efecto, las posiciones que pueden instrumentarse como derechos subjetivos serían aquellas que, en tanto contenido moral y ético, admiten el desenvolvimiento de la persona como agente moral en determinados contextos.

Esto conduce a indagar en el segundo aspecto considerado en el estudio vinculado a las razones en que se fundamenta todo derecho subjetivo. Los contenidos específicos que señalaré provienen de las diversas teorías que han sido expuestas en el capítulo.

Los fundamentos morales y éticos evidencian que el derecho subjetivo encuentra su razón de ser en bienes o intereses valorativamente superiores, cuya relevancia es tal que define su reconocimiento y ello determina su protección jurídica. En este sentido, el derecho explica, y sobre todo «da sentido, justifica»,¹⁵¹ y esto determina que los derechos sociales ostenten bienes valorativamente relevantes que determinan su validez y exigibilidad.

Las necesidades como razones son una idea de fundamento al posicionar que los derechos se siguen de las necesidades humanas y que tienen carácter ineludible cuando se determina que son absolutas. En efecto, las necesidades asociadas a la existencia propia de las personas representan el fundamento de su protección. De ello se concluye que desconocer el carácter inexcusable que comportan los derechos subjetivos en razón a las necesidades ocasionaría un daño. Una vertiente de esta concepción teórica afirma, además, que el provecho trasciende la esfera del interés individual del sujeto más allá de la voluntad particular para establecer que se trata de protecciones generales destinadas a todas las personas, aun cuando los sujetos a los que ella se encamina no manifiesten su interés o voluntad. Se ha establecido igualmente que su no reconocimiento injustificado supone un daño inminente al sujeto, este sentido abandona la contingencia de dicho daño para establecerlo con carácter de urgencia, en tanto se comprende la relevancia de los derechos que se pretenden proteger. Por último se identifica también que las necesidades suponen, en una faceta más progresada, valores morales como una condición no sólo destinada a la supervivencia y bienestar, sino que comprendería además la posibilidad del desarrollo autónomo.

de derecho y las relaciones jurídicas», en *Conceptos básicos del derecho*, GONZÁLEZ, D. (Coordinador), Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 144.

¹⁵¹ LAPORTA, F., «El concepto de derechos humanos», *DOXA*, 4, 1987, p. 30.

En definitiva, las necesidades se vinculan con los derechos sociales y en este sentido las necesidades básicas constituyen una de las razones para reconocer derechos universales a los seres humanos. El relacionamiento de criterios vincula las necesidades insoslayables con valores morales como una condición para la propia existencia y bienestar de las personas, evitando su daño, y posibilitando su libre autonomía y desarrollo, con lo cual se encontraría vinculada la normativización de derechos.

Otro criterio tomado en cuenta es el que aporta la teoría de las capacidades. Las capacidades representan la libertad real que poseen las personas para alcanzar aquello que se valora, es decir, las varias combinaciones de alternativas de realizaciones o de haceres o de estares, y se vinculan a los principios constitucionales básicos que deben ser respetados. Esto significa que la libertad se enlaza con la capacidad potencial de autonomía personal, dada la existencia de un umbral mínimo de capacidades que admite elegir y actuar libremente y, en consecuencia, posibilita el desarrollo al tiempo que asegura una vida digna para las personas. El umbral mínimo de capacidades comprende ampliamente a los derechos sociales e imprime particular relevancia al desarrollo de las personas.

La teoría que considera la equidad en el ejercicio de la libertad otorga un elemento clave, ya que postula una noción sustantiva de la libertad asociada a la capacidad. La igualdad deviene de un criterio de justicia encaminado al aseguramiento de los bienes que componen la libertad. De esta forma la «libertad material» comprende las condiciones y capacidades equitativamente distribuidas para su ejercicio. Esto significa que las personas tienen la posibilidad de disfrutar de similares niveles o bienes y posiciona a los derechos sociales como conducto de la libertad material, lo cual define su carácter fundamental.

Otro elemento teórico considerado es el que plantea la teoría procesal de la democracia. Esta tesis postula un concepto amplio de los derechos, incluidos los de contenido social, entendidos como precondiciones sustantivas para la autonomía de las personas y su plena participación contra mayoritarias con miras a la justicia social. Esto comprende, además, el aseguramiento de la legitimidad del Estado y pone el acento en la garantía de los derechos a través del control de constitucionalidad.

Los elementos teóricos que ofrecen estas teorías al derecho subjetivo otorgan argumentos de peso vinculados a la justicia social que determinan el carácter fundamental de los derechos sociales.

Es posible también establecer que los elementos axiológicos contribuyen a la legitimidad del Estado y potenciar la democracia cuando los derechos fundamentales se consideran en sentido unitario e inclusivo. Esto significa que, además de los derechos civiles y políticos, los derechos fundamentales incluyen los derechos sociales desde la identidad axiológica y estructural que comparten ambas categorías.

Se dispone en este sentido de tres elementos a considerar: dos provenientes del carácter unitario e indivisible, y uno relacionado con la interdependencia estructural de los derechos fundamentales.

El primero se explica mejor cuando consideramos la idea de la libertad como ideal supremo de vida humana y de su ordenación política, es decir, la libertad de todos los ciudadanos como portadores o titulares de derechos fundamentales. Desde la conceptualización de los derechos fundamentales como ámbito de igual libertad de las personas se justifica que estos sean sustraídos del mercado y, de otro lado, los derechos sociales son necesarios para la libertad, es decir, sirven a la misma libertad que los derechos civiles y políticos y, por tanto, se han de configurar como derechos fundamentales.

El segundo elemento relaciona con el contenido social de las necesidades como precondiciones sustantivas, basados en los bienes que condicionan la igualdad para obtener resultados equitativos desde la perspectiva de la justicia social, cuyo establecimiento debe darse a priori y garantizarse con carácter previo, esto es, con carácter de derechos fundamentales para una democracia sustantiva.

El tercer elemento que debería incluir el concepto de derechos subjetivos se asocia a la posibilidad que ofrece la continuidad estructural de los derechos civiles, políticos y sociales desde la esfera de la exigibilidad de garantías secundarias para potenciar el fundamento de las obligaciones, y trata del control constitucional robusto que se dirige a la protección del primer nivel de derechos sociales, es decir de aquellos que se encuentran establecidos a priori como precondiciones sustantivas.

Por otra parte, los derechos subjetivos en tanto posiciones y relaciones jurídicas constituyen el precipitado o la materialización jurídica de las razones, valores y principios de derechos fundamentales. Por tanto, cabe aquí especificar que la utilización del lenguaje de los derechos como una vía para la garantía de tal cuestión es viable.

Es preciso sin embargo, subrayar que cuando los derechos fundamentales se trasladan a la posición subjetiva, su garantía presenta diferencias de grados y niveles. Esto se identifica de forma particular en el caso de los derechos sociales, porque como detalla García Manrique, algunos valores se traducen mejor que otros a la esfera del derecho subjetivo. En este sentido, la posición subjetiva no es plenamente accionable jurídicamente porque ello depende principalmente de la configuración normativa e institucional, que son previas a la exigibilidad jurídica y se vinculan, además, a labores de reforma social asociadas a las garantías políticas. La mayor o menor adecuación de los contenidos sociales fundamentales en la configuración estructural en su dimensión subjetiva y objetiva conduce a la utilización de una u otra atendiendo a las características de cada derecho y su capacidad de adaptación sea a los derechos subjetivos o a los de orden objetivo para la garantía de los fines que cada uno conlleva.

En definitiva, la vía del derecho subjetivo como técnica del lenguaje jurídico en un sentido amplio y comprensivo de elementos teóricos que lo expanden como los mencionados determina que se lo considere como un elemento fundamental para cristalizar las pretensiones que lo integran. Sin embargo, no se debe perder de vista la dimensión objetiva, que en el caso de los derechos sociales es muy importante y trasciende del ámbito jurídico.

El derecho subjetivo es así una realidad compleja, un haz de posiciones, un conjunto de relaciones o derechos como un todo que ha operado, a su vez, una transformación importante del concepto de derecho, englobante tanto de una perspectiva más estructural, formal o conceptual, como de dimensiones sustanciales, normativas y axiológica y que permite conceptualizar perfectamente la noción de derechos fundamentales.¹⁵²

¹⁵² AÑÓN, M. J., «Derechos Sociales. Cuestiones de legalidad y legitimidad». *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), p. 12.

Reconociendo las amplias posibilidades de materialización que otorga el lenguaje de los derechos subjetivos a los derechos fundamentales, pero también entendiendo las limitaciones que presenta para la garantía de derechos sociales, a lo largo del capítulo se han expuesto argumentos que pretenden clarificar el alcance que pueden tener los derechos sociales como ideales desde la utilización de los derechos subjetivos, y se señala que esa utilización es variable de un derecho a otros, por lo que cabría evaluar en cada caso la conveniencia de su postulación como derechos subjetivos u objetivos en tanto esto permita un mejor despliegue del derecho en cuestión.

A manera de conclusión en este trabajo se considera que un concepto del derecho subjetivo adecuado a los derechos sociales debería comprender un conjunto de diversas posiciones y relaciones jurídicas universales con vocación transformadora en razón a valores y principios centrados en la igual capacidad y libertad sustantiva como elementos para el aseguramiento de la autonomía y desarrollo personal, y cuya configuración jurídica entrañe estos contenidos como precondiciones que determinen su condición y protección como derechos de primer orden.

Establecer los criterios que podrían potenciar la realización de los derechos sociales supone tomarse en serio dichos derechos como la expresión jurídica de valores y principios que posibilita contrarrestar las desigualdades estructurales en los estados democráticos cuyo flagelo está determinado por la desigualdad y la injusticia.

En definitiva, la efectividad de los derechos encaminados a la justicia social es un imperativo que depara poner énfasis en la implementación de medios eficaces que contemplen todos los aspectos de los derechos sociales, tanto en su dimensión subjetiva como en su dimensión objetiva para el perfeccionamiento de la justicia en democracia.¹⁵³

¹⁵³ En este sentido Añón refiere que el disfrute de la plenitud de los derechos más básicos e importantes de una persona será algo alcanzable si somos capaces de implementar todas las dimensiones de los derechos sociales. AÑÓN, M. J., «Derechos Sociales. Cuestiones de legalidad y legitimidad». *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), p. 17. También Peces-Barba alude a la visión integral que trasciende la configuración legal de los derechos y se centra en las condiciones de su realización, es decir la justicia y la validez de los derechos precisan de la eficacia. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 110 y ss. «la proclamación de derechos sociales suponen una garantía para la democracia, esto es, para el efectivo disfrute de las libertades civiles y políticas». PECES-BARBA, G., «Los derechos sociales y su significación actual» en *Los derechos sociales como una exigencia*

Capítulo II: Exigibilidad de los derechos: Teorías de las garantías

1. Derechos y garantías

En el capítulo anterior se propuso adoptar una triple perspectiva para el análisis del derecho subjetivo. Por tanto, se ha examinado las razones que constituyen los derechos sociales como derechos humanos y las que argumentan su condición de derechos fundamentales; asimismo, se ha tratado el lenguaje del derecho de forma a cristalizar el complejo de posiciones y relaciones jurídicas en las que su carácter fundamental se precipita.

De manera a completar la estructura del análisis establecido, en este capítulo se estudiará la exigibilidad de los derechos a manera de completar el circuito tripartito de razones, posiciones y exigibilidad de los derechos sociales.

El primer objeto de este capítulo es establecer los elementos que aportan las diversas teorías garantistas que postulan técnicas para el perfeccionamiento de la exigibilidad de los derechos sociales.

Estas teorías tienen en común que se basan en las razones de los derechos, y a partir de ello ofrecen elementos cuya conexión se dispone atendiendo al carácter multidimensional de los derechos para lo cual presentan esquemas amplios que en diversos elementos presentan similitudes.

El segundo objeto es analizar la configuración y desarrollo que poseen las obligaciones en la estructura jurídico-política de los diferentes modelos de Estado. Ello con la finalidad de que desde ambos aspectos, objetivo y subjetivo, una teoría amplia de las garantías demande enfrentar diversos obstáculos que se relacionan íntimamente con los mecanismos diseñados y utilizados para asegurar la exigibilidad, y por tanto la efectividad, de los derechos en el esquema institucional público y privado.

de la justicia, ZAPATERO, V. y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Madrid, 2009, p. 51.

De manera previa al desarrollo considero importante apuntar que el derecho se diferencia de su garantía, cuestión ya abordada en el capítulo anterior.¹⁵⁴ En este sentido se apunta que las garantías están supeditadas a los derechos porque lo que pretenden es hacer real y efectivo su contenido.¹⁵⁵ En el lenguaje jurídico¹⁵⁶ las obligaciones se comprenden cuando se establecen las razones que fundamentan los derechos, como señala Añón razones de suficiente peso como para imponer obligaciones especiales y generales en los demás y para constituir el fundamento de legitimidad formal y material de los sistemas jurídico-políticos.¹⁵⁷ En efecto, la delimitación y especificación de las obligaciones se encuentra estrechamente vinculada al sustrato sustantivo de los derechos.

El reconocimiento de los derechos de índole social en tanto derechos humanos y cuanto que derechos fundamentales desde su doble dimensión subjetiva y objetiva requiere el análisis de la forma en que se garantizan o materializan esos derechos. Se ha mencionado además que la continuidad axiológica e identidad estructural de las categorías civiles, políticas y sociales determina la unidad del conjunto de derechos humanos en sentido indivisible e interdependiente. Esto conduce a que las medidas de las obligaciones no se agotan en las conductas de tipo negativo o positivo, sino que el carácter multidimensional de los derechos genera diversos tipos de obligaciones. En efecto, resulta más preciso reconocer que cada derecho da lugar a la realización de diversos tipos de obligaciones.¹⁵⁸ De acuerdo con ello, el carácter multidimensional de los derechos demanda su efectividad desde diversas

¹⁵⁴ En este sentido Ferrajoli expresa que el primero se relaciona con la expectativa jurídica (positiva o negativa), mientras la segunda se refiere a los mecanismos para reforzar su cumplimiento. FERRAJOLI, L., *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008., p. 62.

¹⁵⁵ REY PÉREZ, J. L., «La naturaleza de los derechos sociales», *Derechos y Libertades*, Número 16, Época II, enero 2007, pp. 137-156, p. 142.

¹⁵⁶ La ciencia jurídica se presenta como una herramienta o medio para ejercer un control social y de resolución de conflictos —sobre la base de valores y principios—, con el fin de establecer un equilibrio o coherencia entre los principios o valores que subyacen a las normas de los sistemas jurídicos.

¹⁵⁷ AÑÓN, M. J., «Derechos humanos y obligaciones positivas», *La eficacia de los derechos sociales*, BERNUZ, M. J., y CALVO, M. (Editores), Tirant Lo Blanch, 2013, p. 44.

¹⁵⁸ Añón refiere que estas pueden dar pie a otras obligaciones que han surgido en la teoría, como los deberes de abstención, de protección y de ayuda y otros sistemas más complejos de obligaciones y garantías institucionales. AÑÓN, M. J., «Derechos humanos y obligaciones positivas», *La eficacia de los derechos sociales*, BERNUZ, M. J., y CALVO, M. (Editores), Tirant Lo Blanch, 2013, p. 52.

dimensiones. De un lado, como técnicas jurídicas y, de otro, como acciones institucionales y praxis políticas, y ambas cuestiones son asumidas desde la perspectiva de las obligaciones.¹⁵⁹

Hemos de enfatizar que en la filosofía jurídica actual la obligación se encuentra vinculada a la teoría de las garantías. Así, las garantías pueden ser una herramienta eficaz para la realización de los valores y principios enunciados en los contenidos de las disposiciones normativas. Tal como describe Courtis estas refieren «a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible».¹⁶⁰ Se trata de distinguir entre el objeto de un derecho y las formas en que éste puede ser realizado, porque un derecho puede realizarse de diversas maneras; para ello es indiferente la forma como se lleve a cabo. Una cosa es afirmar la existencia de un derecho y otra diferente determinar cuáles son los modos de protegerlo; éstas variarán en función del contexto social e histórico, de la disponibilidad de los medios y de los factores de la realidad social que la visión integral considera que conforman el tercer elemento del concepto de derecho fundamental.¹⁶¹

Considero preciso resaltar que en las sociedades actuales se considera a la garantía de los derechos como una obligación exigible a los poderes públicos de cada Estado. La concepción de la intervención estatal ha dejado de lado el carácter de potestad que tenía en sus inicios, para ser asumida desde la obligatoriedad del Estado de cara a garantizar el bienestar de las personas que se hallan bajo su jurisdicción o tutela.¹⁶²

¹⁵⁹ Entendiendo que los derechos morales como concepciones *prima facie* exigen su institucionalización, y esta nota determina que tenga espacio una serie de acciones institucionales. De un lado de políticas posteriores que los determinen como derechos finales, y también exige que de otro, acciones procedimentales en la esfera jurisdiccional que den lugar a su protección. En efecto, su exigibilidad comprende que se desplieguen obligaciones políticas y jurídicas.

¹⁶⁰ COURTIS, CH., «Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social», CARBONELL, M, *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, UNAM, Madrid, 1996, p. 196.

¹⁶¹ REY PÉREZ, J. L., «La naturaleza de los derechos sociales», *Derechos y Libertades* Número 16, Época II, enero 2007, pp. 137-156, p. 142.

¹⁶² En sus orígenes, la concepción de las obligaciones derivadas de los derechos humanos fueron concebidas conforme al régimen jurídico prevaleciente- ideología jurídica liberal- como obligaciones negativas, dado que los derechos humanos surgen como praxis para hacer frente al poder del Estado. Esta consideración con el paso del tiempo y la evolución del Estado liberal al Estado social de derecho —de enfoque más asistencial y protector de valores y fines sociales—. Esta característica es plausible a través de la observación del sentido de las expresiones utilizadas y formulaciones contenidas en los textos constitucionales.

En palabras de Fredman «*the social context needs to be shaped to further the autonomy. This in turn leads directly to an understanding of human rights, which includes positives duties. Freedom of the individual within society directly entails a positive duty on the State to ensure the provision of a range of options, of public goods and the framework within which human relationships can flourish*». ¹⁶³

Aunque en un primer momento, para garantizar los derechos subjetivos, se concibió un tipo de obligaciones públicas de carácter negativo o de abstención del Estado frente a las personas, ¹⁶⁴ la garantía de la protección de los derechos de cada persona se concebía desde los límites que se imponía frente al poder del Estado como soberano —esta concepción responde al modelo de Estado de Derecho o a la concepción liberal—. ¹⁶⁵

En cambio, en el modelo de Estado social de derecho la persona posee no sólo prerrogativas de limitaciones o abstenciones del Estado, sino que a ello se suma una faceta activa del mismo para la promoción de los derechos subjetivos. Es decir, el Estado adopta en este modelo un perfil de obligaciones tanto negativas —no menoscabar derechos— como positivas —promover el disfrute efectivo de los derechos—. ¹⁶⁶

¹⁶³ FREDMAN, S, *Human Rights Transformed. Positive rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008, p. 18.

¹⁶⁴ A este respecto explica Fredman: *The function of human rights has traditionally been considered to consist primarily in protecting individuals freedom against a potentially hostile States. Human rights are therefore presumed to give rise only to duties restraining the State from unjustified interference rather than positives duties to take action*. FREDMAN, S, *Human Rights Transformed. Positive rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008, p. 9.

¹⁶⁵ Ferrajoli especifica que «En la tradición liberal se concibió el Estado de derechos como limitado solamente por prohibiciones en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de los bienes pre- políticos de la vida y de las libertades (además de la propiedad). En efecto, las garantías liberales o negativas consisten únicamente en deberes públicos negativos o de no hacer —de dejar vivir y de dejar hacer— que tienen por contenido prestaciones negativas o no prestaciones. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1998, p. 860.

¹⁶⁶ «Mientras el Estado de derecho liberal debe no sólo empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de social debe también mejorarlas; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o prepolíticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos del poder, y hoy hay que añadir la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador». FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1998, p. 860.

Cabría además agregar otra perspectiva a la razón constitutiva de las garantías, es decir su predisposición también encuentra sentido porque se la concibe como respuesta al peligro de que, en su ausencia, el derecho que es su objeto pueda ser violado: una especie de desconfianza en el espontáneo cumplimiento o en el espontáneo respeto de los derechos y, específicamente, por lo que respecta a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder.¹⁶⁷

En este capítulo se detallan cuatro teorías de las garantías que a consideración del objeto de este trabajo suponen las de mayor alcance y amplitud para la efectividad de los derechos sociales. Se hace especial hincapié en el desarrollo a través del cual cada una de ellas posibilita la realización de los derechos y los mecanismos para profundizar en los grados y niveles de aseguramiento para la efectividad de los derechos.

En primer lugar se detallarán las concepciones teóricas dispuestas y se demostrará que estas presentan diversas maneras de conexión.

2. Teorías de garantía de los derechos

2.1. Teoría de garantías de Luigi Ferrajoli

Ferrajoli propone un concepto de garantía que no es el habitual conocido en la teoría del derecho.¹⁶⁸ De acuerdo con el autor, se hablará de *garantismo* para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes —públicos y privados, políticos (o de las mayorías) y económicos (o del mercado), a nivel estatal y a nivel internacional— con el fin de tutelar, mediante la sujeción a la ley y, en especial, a los derechos fundamentales que en

¹⁶⁷ FERRAJOLI, L., *El paradigma garantista*, Trotta, Madrid, 2018, p. 23.

¹⁶⁸ Ferrajoli caracteriza a las expectativas como figuras deónticas que implican no la existencia, sino la posibilidad tanto de la existencia, como de la inexistencia (o del acaecimiento o el no acaecimiento) de los comportamientos que constituyan su tema. En la teoría de Ferrajoli, las expectativas son un concepto primitivo, interpretado como figuras deónticas pasivas o como facultades, obligaciones y prohibiciones, es decir, de figuras deónticas activas. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia 1. Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 145-146 y ss.

ella se establecen, tanto las esferas privadas contra los poderes públicos como la esfera pública contra los poderes privados». ¹⁶⁹

De acuerdo al autor debe establecerse una diferenciación entre los derechos y las garantías, y afirma que sostener que un derecho no garantizado no existe, aunque exista la norma que lo garantiza, es una tesis poco iuspositivista. ¹⁷⁰ El autor refiere que la diferencia entre los derechos solemnemente proclamados en las diferentes cartas constitucionales y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren resulta contraria al derecho positivo vigente y se debe, principalmente, no ya a dificultades técnicas sino a la permanente falta de disposición de los poderes —cualesquiera que sean— a sufrir el coste de los límites, las reglas y los controles. ¹⁷¹

Ferrajoli señala que la extensión del significado «garantías» y la introducción del neologismo «garantismo» en referencia a la tutela de los derechos fundamentales es relativamente reciente entendiendo a estos —en oposición a los derechos patrimoniales, como la propiedad o el crédito, que son derechos singulares, adquiridos por cada sujeto con exclusión de los demás— [como] aquellos derechos universales, y por tanto, indisponibles e inalienables, que son atribuidos directamente por medio de normas jurídicas a todos en cuanto personas, o ciudadanos o sujetos capaces de obrar [...]. ¹⁷²

Ferrajoli establece que existe lo que él denomina una «base sustancial» común entre los derechos que se observan y que es «la expectativa» ¹⁷³ creada por las potestades, las facultades, la inmunidad y la pretensión. Las expectativas pueden ser positivas tomando la forma de «prestaciones» y negativas, en cuyo caso se habla de responsabilidades, que a su vez pueden ser sanciones o nulidades. ¹⁷⁴

En una propuesta nivelada, el autor establece dos tipos de garantías, las primeras relacionadas con lo que podría ser un primer momento (garantía de efectividad sustancial) y las segundas

¹⁶⁹ FERRAJOLI, L., *El paradigma garantista*, Trotta, Madrid, 2018, p. 23.

¹⁷⁰ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini*, Trotta, Madrid, 2001., p. 181.

¹⁷¹ FERRAJOLI, L., *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 75.

¹⁷² FERRAJOLI, L., *El paradigma garantista*, Trotta, Madrid, 2018, p. 22.

¹⁷³ Con esta terminología Ferrajoli se refiere a las garantías de los derechos, la cual redefine en su teoría general del derecho. Para una explicación amplia del tema ver FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia 1. Teoría del Derecho*, Trotta, 2011, Madrid, p. 608-632.

¹⁷⁴ Para una explicación amplia del tema ver FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia 1. Teoría del Derecho*, Trotta, 2011, Madrid, pp. 601-608.

relacionadas con el incumplimiento de las primeras (garantía jurisdiccional o reparadora). Explica en su sistema de garantías jurídicas las que corresponden a los derechos subjetivos, que son dos:

1. *garantías primarias, de primer grado, o sustanciales*: corresponden a las garantías del primer tipo dirigidas precisamente a realizar una efectividad de los derechos garantizados, que es también primaria, sustancial o de primer grado; y,
2. *garantías secundarias, de segundo grado, instrumentales, procesales o jurisdiccionales*: corresponden a las garantías del segundo tipo orientadas a asegurar al menos una efectividad secundaria, jurisdiccional o de segundo grado a través de la anulabilidad o de la responsabilidad por los actos cometidos en violación de las primeras.¹⁷⁵

Cuando Ferrajoli hace referencia a la efectividad de los derechos explica que: «La efectividad de los derechos no es otra cosa que la efectividad de sus garantías primarias, que representan, por así decir, su otra cara. Diremos por tanto que los derechos son efectivos o inefectivos no sólo según sean o no sean ejercidos, sino también, según que se obedezcan o no se obedezcan las obligaciones (si se trata de derechos positivos) y las prohibiciones (si se trata de derechos negativos) que representan las correspondientes garantías primarias.¹⁷⁶

Respecto de las garantías jurisdiccionales o secundarias que poseen un matiz, como hemos señalado, reparador y se encuentran conectadas con la eficacia institucional para responder ante las violaciones de las garantías primarias, se tiene que su construcción es más compleja como veremos. Además, en el caso de su violación hablaremos igualmente de efectividad e inefectividad, pero en un sentido completo diferente: «según que se obedezcan o no las garantías secundarias predisuestas como sostén de la anulabilidad o la responsabilidad producidas por los actos inválidos o ilícitos en que consisten sus violaciones».¹⁷⁷ Esta faceta demuestra una mayor complejidad que tiene lugar particularmente en el Estado

¹⁷⁵ Para una explicación amplia del tema ver FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia I. Teoría del Derecho*, Trotta, 2011, Madrid, pp. 630-631 y ss.

¹⁷⁶ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia I. Teoría del Derecho*, Trotta, 2011, Madrid, pp. 656-657.

¹⁷⁷ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia I. Teoría del Derecho*, Trotta, 2011, Madrid, pp. 656-657.

constitucional de derecho donde, como explica el autor, la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, que ya no están encargadas únicamente de la aplicación y el conocimiento de las normas legales, sean estas las que sean, pasan a desempeñar un papel crítico en relación precisamente, con su siempre posible invalidez.¹⁷⁸

En cuanto a la ausencia de garantías que puede tener cabida en cada uno de los niveles, afirma que «es muy posible que de hecho no exista la obligación o la prohibición correlativa a un derecho subjetivo y, más todavía que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de los unos y del otro. En otras palabras, que existan *lagunas primarias* del derecho subjetivo y *lagunas secundarias* por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, o sea, a aplicar las *garantías secundarias*».¹⁷⁹

La importancia que el mismo otorga a la distinción de los derechos y sus garantías, así como la comprensión de las expectativas como garantías de los derechos desarrollada por este autor es de suma relevancia en el ámbito del derecho subjetivo, más aún cuando nos fijamos en lo que refiere a la efectividad de los derechos; la identificación de las lagunas que tienen lugar y el sentido y herramientas que el mismo pone a disposición para subsanar estos obstáculos (garantías primarias, garantías secundarias).

Ferrajoli distingue que dentro del catálogo de derechos, existen diferencias en cuanto a su garantía, y es precisamente ello lo que motiva a la realización de esta teoría basada en las expectativas como garantes de la concreción de los derechos —incluso asumiendo las omisiones en los textos constitucionales de normas de primer orden basadas en todos los derechos fundamentales— puesto que al señalar los obstáculos existentes afirma que se deben superar trabas de índole política llevadas al ámbito jurídico que deprimen la esencia misma de las democracia sustantiva, y encuentra en ello la base para la lucha por el derecho, particularmente atendiendo a que «no puede consentirse la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer».¹⁸⁰

¹⁷⁸ FERRAJOLI, L., *El paradigma garantista*. Trotta, Madrid, 2018, p. 25.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 63-64.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 65.

En tanto, podría interpretarse, como establece el autor, que su teoría de garantías respecto a las secundarias queda un tanto abierta, y que ello podría entenderse por el lógico juego de contrapoderes que surge en la instancia jurisdiccional y que a veces es difícil de superar.

2.2. Teoría de las garantías de Gerardo Pisarello

Esta teoría presenta un mecanismo garantista basado en escalas multinivel, democrática y participativa.

Una reconstrucción unitaria de todos los derechos fundamentales es el punto de partida de la teoría de garantías de Pisarello desde la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos civiles, políticos y sociales tanto en términos axiológicos como estructurales.¹⁸¹ De esta manera se debería asumir el carácter poliédrico de los derechos fundamentales.

Esta teoría concibe su realización en el marco de un Estado democrático como esquema jurídico-político que otorga amplia cabida a los principios y valores como fines del Estado democrático. La reconstrucción multinivel está conformada por un primer nivel determinado por los mecanismos de defensa institucionales y extrainstitucionales; el segundo nivel refiere al alcance de los mecanismos de tutela, así se distinguen las garantías primarias y las secundarias, y por último el tercer nivel describe las escalas en las que actúan los mecanismos de tutela, pudiendo ser estatales, infraestatales y supraestatales.

Cuando el autor establece el orden en el que interactúan las garantías institucionales como extrainstitucionales se distinguen con mayor claridad las obligaciones, así como las posiciones desde las cuales interactúan los agentes estatales o la sociedad civil.

Al establecer la escalas se puede comprobar cómo ello, aunque guarda similitud con el esquema realizado por Ferrajoli al establecer y detallar las garantías primarias con la diversidad de actores públicos y privados, otorga una nota que deja ver con claridad dónde se sitúa el mayor peso de la realización, y al mismo tiempo otorga elementos que son de

¹⁸¹ PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 111.

utilidad para actores no estatales que refuerzan el cumplimiento de las obligaciones del Estado, al tiempo que robustece la efectividad del proceso democrático sustantivo.

El segundo nivel de garantías propuesto también provee elementos que admiten distinguir las dos esferas de jurificación a través de los que la garantía de los derechos se efectiviza mediante los procesos ordinarios y extraordinarios. La exigibilidad de los derechos sociales se completa en el esquema garantista de Pisarello al establecer la posibilidad de recurrir a los mecanismos infraestatales y supraestatales de garantía de derechos.

El esquema propuesto enfatiza el carácter democrático y participativo cuyo alcance acentúa la importancia del diseño y selección de políticas institucionales como punto de partida para la realización de los derechos, lo cual incluso influye de modo determinante en la esfera política y semipolítica y en el modo en que el reclamo en esferas judiciales y semijudiciales puede efectivizarse en convergencia además del carácter multinivel que propone.

2.2.1. Mecanismos de protección de los derechos

1. Institucionales:

a. Políticas (Legislativo y Ejecutivo)

Esta labor se encuentra en la esfera de los mecanismos de tutela encomendados a órganos estatales de tipo legislativo y ejecutivo que tienen por objeto especificar su contenido, las obligaciones que generan y los sujetos a los que obligan.¹⁸² Es decir, se encuentra asociada a las garantías previstas en las constituciones por el legislador constituyente.

En este tipo de garantías se encuentra un sentido sustancial que refiere a la configuración de las acciones de los poderes públicos a los contenidos constitucionales. Explica Pisarello que estas consisten en la adscripción de un contenido concreto a los derechos consagrados en la Constitución, en la estipulación de poderes constituidos encargados de observarlos y en la indicación de las obligaciones y deberes que los vinculan.¹⁸³ En este nivel se produce un

¹⁸² PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 115.

¹⁸³ PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 115 y 116.

sistema de límites y controles mutuos y contrapesos¹⁸⁴ entre los órganos legislativos y ejecutivos. Esto tiene lugar a través de preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación u otras medidas de previsión dirigidas a determinar el uso que se ha hecho de recursos públicos o el sentido que se ha dado a políticas sociales puestas en marcha.¹⁸⁵ Asimismo podrían estar dirigidas a la permanencia del poder ejecutivo en el gobierno, mociones de censura, etc. Otro aspecto importante que hace este nivel es el de posibilitar las garantías legales materiales, de contenido, vinculadas a la tutela de todos los derechos fundamentales.¹⁸⁶ Esta garantía alude a la obligación que no pueden desconocer los órganos institucionales y refiere a los derechos fundamentales, sus contenidos mínimos, así como al principio de no discriminación en la ejecución de políticas y programas, la ejecución en sentido progresivo de las obligaciones y la no regresividad arbitraria. Refiere Pisarello que la reserva de ley puede emparentarse también con la reconstrucción, no sólo formal, sino también material de los principios de generalidad y universalidad de la ley.¹⁸⁷ Esta labor podría referirse al campo de los derechos sociales en tanto control de los programas y políticas que se ejecutan, así como los criterios desde lo que se implementan. También podrían referir a la expansión del contenido de los derechos universales clásicos como el derecho a la salud o la educación, así como el impulso de otros nuevos como el derecho a un ingreso incondicional o renta básica o a un mínimo de agua potable.¹⁸⁸ Asimismo este aspecto de las garantías políticas podría referir a la atención de poblaciones y grupos desfavorecidos estableciendo parámetros universales y diferenciados atendiendo a sus implicancias. Una reconstrucción democrática de las garantías legales podría exigir, en efecto, la previsión de reglas de interpretación o de protección a favor de quienes ocupan una situación de sujeción o de dependencia, y, por tanto, de vulnerabilidad, frente a quienes detentan cualquier tipo de poder, sea público o privado.¹⁸⁹

¹⁸⁴ PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 116.

¹⁸⁵ PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 117.

¹⁸⁶ PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 117

¹⁸⁷ PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 119.

¹⁸⁸ PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 119.

¹⁸⁹ PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 120.

b. Semipolíticas

Estas garantías se encuentran conformadas por instituciones externas de control que gozan de independencia y autonomía, aunque fuesen creadas a instancias de los órganos legislativos con participación del ejecutivo. Dentro de este esquema se podría señalar a las Defensorías del Pueblo, los tribunales de cuentas y otros mecanismos especializados de fiscalización como las fiscalías anticorrupción. El control ejercido refiere a cuestiones políticas, actuación ante vulneración de derechos fundamentales, emisión de recomendaciones a los demás órganos y, en ciertos casos, acciones constitucionales extraordinarias. En el caso de los tribunales de cuentas son claves para la garantía de los derechos sociales y, en cuanto a casos de corrupción y desvío de fondos, destaca la labor de las fiscalías anticorrupción.

c. Jurisdiccional (tribunales):

Estas garantías refieren a los mecanismos de control y reparación cuando las garantías jurisdiccionales ordinarias resultan insuficientes o cuando se produce alguna vulneración de actuaciones u omisiones legislativas. Puede desarrollarse por tribunales ordinarios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales o sociales, etc., o por tribunales especiales como las salas constitucionales y superiores. Explica Pisarello que estas garantías consisten en que un tribunal más o menos independiente pueda ejercer algún tipo de control y, en su caso, imponer medidas de reparación, en ausencia o ante el incumplimiento de una garantía primaria o secundaria, pero de carácter político.¹⁹⁰

d. Semijurisdiccionales:

Estas garantías se encuentran previstas por órganos que actúan como si fueran tribunales, de esta manera, pueden recibir denuncias o tramitar recursos, pero no poseen facultades de sanción jurídica en sentido estricto. Si bien carecen del factor judicial, son mecanismos que despliegan acciones ante otros órganos y que constituyen un canal de acercamiento a la justicia administrativa por parte de la ciudadanía.

2. Extrainstitucionales o sociales:

La participación como clave de la garantía de los derechos se concibe para completar las demás garantías institucionales que, de no existir estas en un sistema democrático, resultarían incompletas. Esto se debe a que el resguardo de los derechos también corresponde a los

¹⁹⁰ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 120.

propios titulares de manera universal y especial, es decir de manera general, a todas las personas. No hay derechos sin deberes, pero tampoco hay sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar.¹⁹¹

De acuerdo con Pisarello la participación también pueden asumir formas más intensas de autotuleta.¹⁹²

Serían garantías de participación en el desarrollo del proceso constituyente y legislativo las iniciativas ciudadanas de reforma constitucional o de reforma legislativa dirigidas a incidir en el alcance de un derecho civil, político o social o de las obligaciones que estos podrían implicar tanto para poderes públicos como para otros actores privados.¹⁹³

Las formas en que la ciudadanía puede actuar es organizándose a través de iniciativas legislativas populares sobre cuestiones de empleo, audiencias públicas para debate de derechos, reducción de la jornada laboral, criterios ecológicos en la producción de bienes de consumo, incidencia en la toma de decisiones de cuestiones presupuestarias, aspectos relativos a corrupción o desvío de fondos estatales, o mejora en el reparto de derechos específicos destinados a personas y grupos en situación de vulnerabilidad, discriminación y desigualdad. Asimismo, la participación en las garantías también podría tener incidencia a través de acciones judiciales previstas para la garantía de derechos, como de recursos de amparo, amparo colectivo, acciones de clase y reconocimiento de acciones colectivas. También en el ámbito de la ejecución de las sentencias es clave el papel de los grupos y colectivos que han sido beneficiados, la conformación de espacios de diálogo para acordar su implementación, y por tanto exigir el cumplimiento de sentencias de índole local e internacional, son mecanismos de participación ciudadana. La autotuleta se refiere a acciones de huelga, bloqueos de mercados o medios de comunicación, así como las protestas o manifestaciones ciudadanas ante hechos que concurren en la protección de la calidad de vida o una vida digna como sustento de este tipo de garantía.

¹⁹¹ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 122.

¹⁹² PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 123.

¹⁹³ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 124.

2.2.2. Alcance de los mecanismos de tutela

Las garantías primarias refieren a las garantías institucionales de los órganos políticos y administrativos y a las que conciben o delimitan el contenido de los derechos e imponen obligaciones tanto a los poderes públicos como a los particulares. Esta garantía no es otra cosa que las referidas en el apartado anterior pero que, sin embargo, pueden estar ausentes, tener una implementación defectuosa o, simplemente, no cumplir con los fines de manera eficaz.

Las garantías secundarias son los mecanismos judiciales de tutela consistentes en la previsión de controles y procedimientos de reparación en caso de ausencia o de insuficiencia de las garantías primarias. Las garantías secundarias hacen a las garantías jurisdiccionales, sean las ordinarias o las específicas como se ha desarrollado en el apartado anterior.

2.2.3. Escalas de actuación de los mecanismos de tutela

Las escalas de actuación refieren y enmarcan a la tutela sea en el ámbito local o internacional.

1. Las garantías estatales son los mecanismos que se conciben en el ámbito de cada Estado y representan a su organización jurídico-política, obligaciones y mecanismos de control y reparación en el ámbito de los estados centrales.

2. Las garantías infraestatales son las que rigen los mecanismos de tutela en espacios infraestatales como municipios, estados autonómicos etc.

3. Las garantías supraestatales se desprenden de los mecanismos de tutela y control de respeto de los derechos en el ámbito internacional y regional. En cada uno de los ámbitos la tutela tendría órganos similares a los políticos, jurisdiccionales y semijurisdiccionales. En esta esfera tienen amplio desarrollo los medios para la garantía de los derechos. El extenso desarrollo de las obligaciones se realiza a partir de los principios de respetar, cumplir y garantizar, así como de la progresividad del cumplimiento de las obligaciones estatales, a lo que se suman otros como la no regresividad injustificada. La no discriminación juega un papel trascendental en estas esferas. Asimismo, el desarrollo jurisprudencial en el marco de la reparación de derechos posee amplia cabida y constituye un medio de fortalecimiento de la exigibilidad de los derechos en todas las escalas.

2.3. Teoría de las garantías de Christian Courtis

La concepción teórica de las garantías elaborada por Courtis pone el acento en el vínculo entre derechos civiles y políticos junto con los sociales. En este sentido, su concepción de los derechos sociales fundamentales se basa en la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos. A partir de esta interconexión entre derechos civiles, políticos y sociales, la garantía de los primeros sería una precondition para facilitar los mecanismos de exigibilidad de dichos derechos sociales. Courtis afirma que las garantías sociales consisten en gran medida en el ejercicio de derechos que hacen posible expresarse en la esfera pública y participar en la esfera política.¹⁹⁴

El autor parte de los derechos civiles, como la libertad de expresión, manifestación, prensa, asociación, agremiación, y de los derechos políticos como el de formar partidos políticos, sindicatos, el derecho al voto, de petición, etc. para plantear la cabida del control de los derechos sociales. En este sentido estos mecanismos constituirían el punto de enlace para la exigibilidad de los derechos sociales.

El segundo sustrato corresponde al de los mecanismos de participación o democracia semidirecta, como pueden ser la iniciativa popular, el referéndum, el plebiscito, la consulta previa, la participación en audiencias públicas para toma de decisiones políticas o los presupuestos participativos.¹⁹⁵

En el tercer nivel posiciona a los mecanismos de autotutela, que refieren al derecho a la huelga, los boicots de consumidores, las tomas de espacios públicos, las tomas de tierras y la ocupación de viviendas. Esto es así porque en ocasiones son la única respuesta que los colectivos de excluidos encuentran para hacer frente al incumplimiento de derechos, y para denunciar la ineficiencia y la corrupción.¹⁹⁶

La teoría de Courtis presenta elementos que posibilitan, a través del ejercicio de los derechos civiles y políticos, una garantía correlativa de los derechos sociales.

¹⁹⁴ COURTIS, C., «Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social», *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, CARBONELL, M., (edit.) Trotta/UNAM, Madrid, 2007, p. 197.

¹⁹⁵ COURTIS, C., «Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social», *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, CARBONELL, M., (edit.) Trotta/UNAM, Madrid, 2007, p. 197.

¹⁹⁶ COURTIS, C., «Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social», *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, CARBONELL, M., (edit.) Trotta/UNAM, Madrid, 2007, pp. 198 y 199.

2.4. Teoría de las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos

Esta teoría, asentada en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas, afirma la tesis de la indivisibilidad e interdependencia de dichos derechos humanos. Esto es, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales comprendidos e interpretados como un conjunto unitario.

La tesis se encuentra desarrollada en diversas declaraciones aprobadas por esta institución. La primera se encuentra en la Declaración de Teherán de 1968 aprobada en 1977. En la misma se afirma que:

«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».¹⁹⁷

Esto ha sido reafirmado posteriormente en ocasión de la Declaración de Viena al subrayar que:

«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».¹⁹⁸

En el marco de la tutela de los derechos sociales, el sistema universal ha realizado avances doctrinales importantes. Primero con la Declaración de los Principios de Limburgo para la aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En segunda instancia, la adopción de la Declaración de Maastricht se centra en el sentido en que los Estados deben ejecutar sus acciones desde un enfoque respetuoso de los derechos humanos y delimitando ello para prevenir los actos constitutivos de violaciones a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

¹⁹⁷ Declaración de Teherán, 1968, párr. 13.

¹⁹⁸ Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF. 157/23). Aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, Junio 1993, párr. 5.

2.4.1. Titularidad universal

A su vez, el derecho subjetivo conlleva la noción de la titularidad de derechos de las personas en tanto integrantes de la sociedad organizada, lo cual determina que el carácter de estos derechos es general o *erga omnes*, es decir, que el mismo opera frente a todas las personas sean físicas o jurídicas. En este sentido, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas expresa que «las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana son obligaciones *erga omnes* y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto [de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas], existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el *respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales* [...]».¹⁹⁹

En este punto es importante acotar que, en el marco del sistema universal de derechos humanos, los órganos convencionales que monitorizan el cumplimiento de los pactos de derechos humanos —es decir el Comité de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales— realizan una mirada en conjunto de los derechos humanos, lo cual implica la consideración de los derechos humanos como un todo *indivisible e interdependiente*. Esta posición está especificada a partir de la Declaración de Teherán y de Declaración y Programa de Acción de Viena, que en su párrafo 5 sobre los tratados estipula que «Todos 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 fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales».²⁰⁰

¹⁹⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, CCPR/C/21/Rev., Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión), 90º período de sesiones (2007), Organización de las Naciones Unidas, párrafo 2.

²⁰⁰ Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF. 157/23). Aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, Junio 1993, párrafo 5.

Esta posición, proveniente del mismo sistema universal de derechos humanos, se tradujo en posiciones doctrinales de numerosos teóricos, quienes se pronuncian constantemente sobre las similitudes de ambos grupos de derechos de manera que la brecha que se trazó en un momento sobre las diferencias estructurales, como en relación a las obligaciones y las garantías, ha quedado zanjada desde el punto de vista doctrinal. Lo cual nos lleva a establecer que las diferencias imputadas a ambos grupos de derechos podrían haber obedecido más bien a cuestiones ideológicas que motivaron su separación en mismo seno de las Naciones Unidas.

Abramovich y Courtis sostienen que podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de los derechos civiles y políticos o al de los derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada en el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas y negativas que lo caractericen²⁰¹.

En esta misma línea de interdependencia y unilateralidad de los derechos humanos, Pisarello refiere que «la asunción del carácter poliédrico de los derechos fundamentales permitiría asumirlos, igualmente, como derechos a la vez positivos y negativos, en parte prestacionales y en parte no prestacionales, costosos y no costosos, determinados e indeterminados, con un contenido exigible *ex constitucione* y con un contenido de configuración legal, con una dimensión objetiva y una dimensión subjetiva, con una estructura de mandatos y principios rectores y con una estructura de derechos justiciables. Esta caracterización, por su parte, haría posible plantear, bien el perfeccionamiento conjunto de sus garantías, bien el reconocimiento de la equivalencia potencial en sus mecanismos de protección»²⁰² como refieren estos autores desde los diversos aspectos ya no sólo el carácter unitario de los derechos humanos como derechos fundamentales, sino que dan un paso a lo que serían los mecanismos de concreción de los deberes a través de la protección debida en conjunto a todos.

²⁰¹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los Derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 27.

²⁰² PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Trotta, Madrid, 2007, p. 111.

Un sentido amplio de la universalidad es expuesto por De Lucas «Parece claro que debemos concretar. Si universalidad significa algo es igualdad en el reconocimiento, y esa igualdad no puede tener como condición la desaparición de las diferencias de identidad. Mientras aquellos que son visiblemente diferentes (por sexo, edad, posición social, lengua, religión, nacionalidad o cultura) sigan siendo *construidos como desiguales*, mientras se utilice esas diferencias como justificación del regateo en el reconocimiento de los derechos, la universalidad será una más de esas bellas ideas que no se toman en serio, una promesa incumplida cuando no una herramienta más para adormecerlas».²⁰³

Esto lo veremos de manera más tangible cuando abordemos en un apartado posterior la obligatoriedad en el aspecto jurídico de acceso a la justicia por violación de un derecho, así como la interpretación del Comité DESC para la implementación directa del Pacto por la judicatura. Puede notarse especialmente en los contenidos emanados de la Observación General N° 31 del comité de derechos civiles y políticos y de la Observación General N.º 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las cuales respectivamente se refieren en favor de la unidad de consideración de los derechos humanos. Ambos comités, y en particular la Observación General emanada del comité DESC, ponen especial acento en la importancia de considerar el carácter indivisible de las obligaciones y garantías de los derechos humanos.

Las observaciones finales realizadas por los comités de los pactos de las Naciones Unidas constituyen una muestra de la práctica que considera en su unidad a los derechos humanos, como cuando menciona:

«Al Comité le preocupa que los inmigrantes, los extranjeros y las minorías étnicas, incluida la minoría romaní, siguen siendo objeto de discriminación en el acceso a la vivienda, la educación, el empleo y la atención de la salud (arts. 2 y 26). El Estado parte debe garantizar la igualdad de trato a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción, cualquiera que sea su origen nacional o étnico. También debe intensificar las medidas destinadas a evitar que los inmigrantes, los extranjeros y las minorías étnicas, incluida la minoría romaní, sean discriminados

²⁰³ DE LUCAS, J., «Los derechos sociales en tiempos difíciles. (Para una discusión genuinamente radical de los derechos sociales)» *Los derechos sociales como una exigencia de la Justicia. Cuadernos de democracia y derechos humanos*, ZAPATERO, V., y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2009, p. 171.

en el acceso a la vivienda, el empleo, la educación, la igualdad salarial y la atención de la salud».²⁰⁴

El mismo Comité se refirió en similar sentido unitario sobre Paraguay al establecer que:

«El Estado parte debe mejorar las condiciones de las cárceles y los centros de detención, de conformidad con lo dispuesto en el Pacto y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. En particular, el Estado parte debe adecuar los centros de privación de libertad para jóvenes a los estándares internacionales, particularmente en términos de educación, instalaciones sanitarias, oportunidades recreacionales, acceso al agua e instalaciones de saneamiento básicas apropiadas. El Estado parte también debe adoptar una normativa sobre ejecución de la pena y considerar una aplicación más amplia de las penas sustitutivas de la prisión, como la vigilancia por medios electrónicos, la libertad condicional y los servicios a la comunidad».²⁰⁵

Esta observación emanada del Comité al Estado paraguayo incluye recomendaciones que tienden a derechos especificados en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales como pueden ser la salud, la educación, el agua y el saneamiento.

2.4.2. Obligaciones generales

La adhesión de los Estados a los instrumentos internacionales genera obligaciones a cargo estos. La índole de las obligaciones generales contraídas por los Estados depara tanto obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado. Las obligaciones en el ámbito del derecho internacional responden a una evolución doctrinaria y de la propia de los órganos del sistema universal de protección de derechos humanos, que cuenta con amplia aceptación.

La noción de las obligaciones en la esfera del derecho internacional público responde al esquema que fue propuesto por Henry Shue, quien afirma «*The complete fulfillment of each kind of right involves the performance of multiple kind of duties*»²⁰⁶.

²⁰⁴ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales al Estado español, Año 2015, párrafo 9.

²⁰⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales al Estado paraguayo, Año 2013, párrafo 21.

²⁰⁶ SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1996, p. 52.

Con esto, el jurista norteamericano introduce la idea de la estructura que presentará sobre tres tipos de deberes que se pueden corresponder a cada derecho básico. Conviene apuntar que Shue aborda los deberes desde un enfoque amplio en el que convergen múltiples formas de realización de los derechos. Establece en tal sentido que éstas se corresponden a tres derechos básicos que detalla en su libro denominado *Basic Rights*. Si bien el mismo se centra en cuestiones referidas de manera particular a derechos seleccionados, la estructura es de utilidad para cualquier derecho fundamental y para derechos morales. El esquema prevé deberes de evitar la privación, deberes de proteger contra la privación y deberes de ayudar a los desposeídos.

Puede observarse que se presentan acciones negativas o de omisión, como el «evitar» y acciones positivas como «proteger» y «ayudar». Es básicamente ésta la dinámica que se ha de seguir en lo que respecta a las obligaciones de los derechos en el sentido jurídico más extendido a escala global en concordancia con el sentido en que se refiere sobre las obligaciones el comité de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas.

Shue presenta su propuesta de la siguiente manera: *«Each of the three kinds of duty somewhat differently and perhaps confining any difficulties about the correlative of subsistence rights and their accompanying duties to fewer than all three kinds of duties. So I want to suggest that with every basic right there are three types of duties correlate: Duties to avoid depriving, Duties to protect from deprivation and Duties to aid the deprive»*²⁰⁷

Al exponer el enfoque que se otorga a las obligaciones como deberes que prosiguen a los derechos, importa señalar que la base fundamental de ello se encuentra dada por la posibilidad existente de establecer argumentos que justifiquen y demuestren la necesidad de garantizar los deberes expresados por Shue de evitar, proteger y ayudar. En palabras de Shue esto sería expresado de la siguiente manera: *«If a right provide the rational basis for a justified demand that the actual enjoyment of the substance of the right be socially guaranteed against standard threats, then a right provides the rational basis for insisting*

²⁰⁷ SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1996, p. 52.

upon the performance, as need, of duties to avoid, duties to protect, and duties to aid, as they will shortly be explained»²⁰⁸.

Esta postura coincide con otros autores como Carbonell, quien en concordancia con Eide y Van Hoof —en referencia a las obligaciones generales— menciona que «Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (o incluso, en términos más generales, en relación a todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar».²⁰⁹

Las diferentes aristas, tanto negativas como positivas, que deben tomar las acciones del Estado para con las personas en tanto miembros de la sociedad resulta en una combinación que deberá responder a los contextos que posea cada caso particular. La articulación efectiva de muchos derechos sería el resultado de la imbricación de dimensiones negativas y positivas, de acuerdo con el esquema básico.²¹⁰

A esta tipología tripartita de las obligaciones se ha sumado con el tiempo, en el marco del deber de *cumplimiento*, las obligaciones de *facilitar* y *proveer*. En palabras de A. Eide. «*State obligations must be seen in this light. Human rights impose three types or levels of obligations on State Parties: the obligations to respect, to protect and to fulfill. In turn, the obligation to fulfill, incorporates both an obligation to facilitate and the obligation to provide*».²¹¹

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos se diferencian las obligaciones tradicionales del derecho internacional público. En el primero la obligación no lleva la nota de reciprocidad de las obligaciones jurídicas dado que los beneficiarios o destinatarios de tales obligaciones son, con carácter general, todas las personas, y los

²⁰⁸ SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1996, p. 54.

²⁰⁹ CARBONELL, M., «La garantía de los derechos sociales», *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 193.

²¹⁰ ANSUÁTEGUI, F., *Argumentos para una teoría de los derechos sociales en Los derechos sociales como una exigencia de la justicia. Cuadernos de Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alalá, Madrid, 2009, p. 158.

²¹¹ Comité DESC, Observación General N.º 12 (1999), párr. 15.

obligados a realizarlas, los Estados en tanto soberanos cuyo fin es la justicia que debe primar con carácter general.

En la esfera del sistema universal las obligaciones sobre derechos humanos son tratadas de manera especial por los comités de los tratados de derechos civiles y políticos, así como también por el comités de derechos económicos, sociales y culturales, en adelante comité DESC.

Las obligaciones correspondientes a los derechos sociales presentan una evolución histórica, doctrinaria y práctica. Sin embargo, es en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y de las obligaciones derivadas de los derechos en su doble dimensión donde el avance se vio favorecido principalmente por la labor de los órganos convencionales del sistema universal de derechos humanos, hasta llegar al nivel actual de interpretación, aplicación y monitoreo.

*«Rights require correlative duties. These are not spelled out in great detail in the main human rights instruments, but are gradually clarified through additional, more specific instruments, and through the practice of monitoring bodies. An inventory of the obligations contained in the many specific international instruments now adopted would show that a wide range of concrete obligations have already been undertaken, and that the treaty bodies are also contributing to the clarification of the obligations. At the national level, many states have comprehensive and detailed legislation concerning economic, social and cultural rights».*²¹²

Respecto a las obligaciones de respetar se entiende que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que menoscaben los derechos consagrados en los instrumentos internacionales. En este sentido se expresa que «a los Estados partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción».²¹³ Cuando el comité de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas menciona que los Estados poseen obligaciones refiere

²¹² EIDE, A., «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights» in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition. Edited by Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston. Kluwer Law International, Netherlands, 2001, p. 22.

²¹³ Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 31, CCPR/C/21/Rev., Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión), 90º período de sesiones (2007), Organización de las Naciones Unidas, párrafo 3.

que «la obligación jurídica prescrita en el párrafo 1 artículo 2 es tanto de carácter negativo como positivo [...]. Los Estados parte deben abstenerse de violar derechos reconocidos por el Pacto [...]»²¹⁴. Esto incluye que las restricciones a derechos fundamentales no sólo se realicen en atención a la protección de los enunciados en el Pacto de DCP. Sobre el carácter positivo de las obligaciones, puntualiza que «la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales administrativas educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas [...]».²¹⁵ De acuerdo con Eide «*States must, at the primary level, respect the resources owned by individual, her or his freedom to find a job of preference and the freedom to take the necessary actions and use the necessary resources —alone or in association with others— to satisfy his or her own needs*».²¹⁶

El sentido de exponer la doctrina toma relevancia cuando se traduce en las acciones de los comités. Por ejemplo, en el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando recomienda en sus observaciones finales que el Estado paraguayo debe respetar la cultura y cosmovisión de los pueblo indígenas al establecer que «tome las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en lo que respecta a la toma de decisiones susceptible de afectar directamente al ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales».²¹⁷

La obligación de proteger se encamina a salvaguardar la posibilidad que tienen las personas de desarrollar de manera libre y sin condicionamientos sus derechos en un sentido que permita disfrutar y disponer de bienes y servicios de manera libre y autónoma. Desde un enfoque de protección de los derechos sociales Eide concibe que «*at a secondary level, of, for example, the protection of the freedom of action and the use of resources against other, more assertive or aggressive subjects —more powerful economic interests, protection*

²¹⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 31, CCPR/C/21/Rev., Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión), 90º período de sesiones (2007), Organización de las Naciones Unidas, párrafo 6.

²¹⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 31, CCPR/C/21/Rev., Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión), 90º período de sesiones (2007), Organización de las Naciones Unidas, párrafo 7.

²¹⁶ EIDE, A., «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights» in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition. Edited by Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas.*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston. Kluwer Law International, Netherlands, 2001, p. 23.

²¹⁷ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º período de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 6.

*against fraud, against unethical behavior in trade or contractual relations, against the marketing and dumping of hazardous or dangerous products. This protective function of the state is the most important aspect of the state obligations also with regard to economic, social and cultural rights, and it is similar to the role of the state as protector of civil and political rights».*²¹⁸ Una recomendación que revela esta postura es la que señala el comité DESC al Estado español cuando puntualiza que constata que la discriminación hacia gitanos y migrantes afecta particularmente a derechos como el empleo, la vivienda, la salud y la educación, [y señala la persistencia] de actitudes violentas y hostiles²¹⁹ por lo que solicita al Estado español que incremente las medidas adoptadas para erradicar la discriminación que sufre la población inmigrante y los gitanos, al tiempo que solicita medidas judiciales para sancionar todo tipo de práctica discriminatoria.²²⁰

Por otra parte, se prevé la obligación de contar con recursos judiciales que permitan que se invoquen derechos contenidos en los tratados de derechos humanos para su aplicación directa por los órganos judiciales, la posibilidad de acceder a recursos judiciales o judicialización (sometimiento del reclamo a la justicia local para que esta dirima sobre el asunto) y la intervención del órgano judicial para aplicar de manera directa e inmediata una normativa relativa al Pacto. En este último sentido se pronuncia especialmente el Comité DESC en la Observación General N.º 3 cuando menciona: «Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. [...]». Así por ejemplo recomienda al Estado paraguayo que «adopte, sin demoras, las medidas necesarias, incluso el reconocimiento legal y la protección jurídica, para garantizar el derecho que tienen los pueblos indígenas a disponer libremente de sus tierras, territorios y recursos naturales; adopte todas las medidas necesarias para evitar que miembros de los pueblos indígenas sean desplazados de manera forzosa de las tierras y territorios que ocupan; tome las medidas necesarias para crear un mecanismo judicial que permita la reclamación de

²¹⁸ EIDE, A., «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights» in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition. Edited by Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas.*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston. Kluwer Law International, Netherlands, 2001, p. 24.

²¹⁹ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 11.

²²⁰ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 11.

tierras por parte de los pueblos indígenas». ²²¹ O cuando señala al Estado español en dos ocasiones la adopción de medidas legislativas. De un lado, señala la necesidad de la sanción de actos y hechos discriminatorios por motivos de raza y, de otro lado, solicita que el Estado promulgue el proyecto de ley pendiente de aprobación sobre la temática. ²²² Además, detalla que las medidas adoptadas por el Estado no corresponden al ámbito legal. En el primer, sentido por la ausencia de protecciones legales ante actos y hechos discriminatorios, y en el segundo sentido, en referencia a la inexistencia de la ley integral contra toda forma de discriminación por motivos de raza o nacionalidad. Al sentido de estas observaciones finales del Comité se suma la recomendación del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, quien recomendó que en la Constitución se garantice explícitamente el derecho de igualdad ante la ley de los no ciudadanos [...] mejorar la legislación de lucha contra la discriminación, adoptando leyes amplias [...]. ²²³

Además, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales existen varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3; 7 (inciso i) del apartado a); 8; 10 (párr. 3); 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4; y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables. ²²⁴ Al decir del Comité que la ejecución directa por órganos judiciales da cabida a la plena aplicación del pacto por los órganos judiciales, si bien existe variada literatura, sobre todo que lo contrarrestaba. En la actualidad es una cuestión que representantes de la judicatura han sabido salvar para hacer efectivos los derechos, es decir, el acceso a la justicia por violaciones a estos derechos ya se encuentra

²²¹ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 6.

²²² El comité recomienda al Estado parte que adopte el proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En esta perspectiva el Comité señala a la atención del Estado parte su Observación N.º 20 (2009), relativa a la no discriminación con los derechos económicos, sociales y culturales.

²²³ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add. 2, párr. 60. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add. 2, párr. 13.

²²⁴ Comité DESC, Observación General N.º 3, E/1991/23, Quinto período de sesiones (1990), Organización de las Naciones Unidas, párrafo 5.

trasvasada a la ejecución de los pactos por órganos judiciales en pleno ejercicio de sus funciones como poder constituido para ese fin en ausencia de otros que, por cuestiones de orden administrativo, poseen esas prerrogativas. En este sentido, por ejemplo, el comité DESC en 2012 señala al Estado español que los derechos económicos, sociales y culturales «sólo son considerados como principios rectores de la política social y económica, de la legislación y la práctica judicial»,²²⁵ por lo que recomienda que se adopten medidas tanto de carácter legislativo como de aplicación interna.²²⁶ En cuanto al carácter unitario de los derechos humanos refiere que «en virtud del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, [el Estado] adopte las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos»²²⁷, lo cual se reiteró en los mismos términos en el siguiente periodo examinado, en el año 2018,²²⁸ y respecto a la inmediatez de la acción jurisdiccional destaca la necesidad de «la adopción de medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales».²²⁹ De manera más detallada señala en 2018 «la realización de capacitaciones destinadas a los funcionarios encargados de la aplicación del pacto y otros agentes (jueces, abogados, agentes del orden, miembros del Congreso de los Diputados)».²³⁰

²²⁵ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 6. Esto mismo ha sido señalado por el Relator sobre no discriminación por motivos de raza y xenofobia.

²²⁶ Esta recomendación tiene relación con la Observación General sobre el deber de dar efecto al pacto en el ordenamiento jurídico interno donde el Comité menciona que «[...] la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad». Comité DESC, Observación General N.º 9 La aplicación interna del Pacto. El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno 1998, 19º periodo de sesiones (1º de diciembre de 1998), E/C.12/1998/24, párr. 10.

²²⁷ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 6.

²²⁸ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr. 6. a).

²²⁹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 6.

²³⁰ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr. 6.

En cuanto a las obligaciones de cumplimiento, se tiene que éstas pueden adoptar una amplia gama de acciones desde el Estado, sean legislativas, administrativas, económicas, judiciales o de otra índole. En lo que respecta a los derechos sociales en particular, esta obligación comprende un sentido amplio de proveer y facilitar recursos en atención a necesidades básicas e insoslayables que se encuentran comprendidas dentro de los derechos sociales. En este sentido detalla el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales que los Estados deben obligarse y en tal sentido las obligaciones a cumplir refieren a «adoptar [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas». Estas medidas no se limitan a las legislativas sino que se refieren también a «Otras medidas, que también cabe considerar “apropiadas” a los fines del párrafo 1 del artículo 2, incluyen, pero no agotan, las de carácter administrativo, financiero, educacional y social»²³¹, y continúa diciendo «A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo».²³² Desde esta perspectiva, las recomendaciones realizadas a los estados comprenden, por ejemplo, las efectuadas sobre desalojos forzosos al Estado paraguayo donde se detallan varias medidas. En efecto, define medidas específicas que deben tomarse para: a) evitar que las familias campesinas e indígenas que ocupan las tierras sean desalojadas; b) que los reclamos de las familias campesinas e indígenas sean atendidos y no sean objeto de represión; c) se dé curso a las denuncias presentadas ante la fiscalía; d) asegurarse de que el poder judicial en sus decisiones tome en cuenta las disposiciones del pacto; y e) investigar, juzgar y sancionar a los responsables de desalojos forzados y violaciones conexas a los derechos reconocidos por el pacto.²³³

²³¹ Comité DESC, Observación General N°3, Quinto Periodo de sesiones, E/1991/23, Organización de las Naciones Unidas, párr. 7.

²³² *Ibidem*, párr. 8.

²³³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39° período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 28.

La lectura de las observaciones generales deben ser realizadas en un plano que comprenda que lo que ambos órganos destacan en sus diferentes apartados es la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones no sólo desde una arista que atienda a las obligaciones en el sentido de una mera puesta en marcha o conducta, sino más bien, atendiendo y prestando especial apreciación —incluso en las consideraciones sobre los informes de los Estados partes— sobre los resultados. El foco ya no se encuentra en la puesta en marcha, sino en los resultados generados con las praxis implementadas por los Estados. En consideración de Añón, el requisito de efectividad establece la vinculación entre la medida adoptada y los objetivos perseguidos, por tanto están orientadas a producir determinados resultados.²³⁴ En esta línea Eide señala «*in light of the complexity of the issue, and the need for flexibility to respond to different situations, it now becomes understandable that the basic provisions (CESCR, Articles 2 and 11) were drafted more in form of obligations of results rather than obligations of conduct. It is also understandable that some of these obligations when taken at their highest and most general level, cannot easily be made justiciable (manageable by third party judicial settlement). It is only when they are broken down into their more specific components that justiciability becomes practicable*».²³⁵ En aplicación de la efectividad, el Comité subraya en sus recomendaciones la eficacia y pertinencia de las medidas que se adopten. En algunos casos solicita que estas acciones sean realizadas con urgencia, como cuando en el cuarto periodo de supervisión al Estado paraguayo del año 2015, el Comité indica que el alto índice de subnutrición existente en la población del Estado es alarmante, y hace hincapié en que el Estado debe emprender acciones más eficaces para proteger el derecho a una alimentación adecuada.²³⁶

2.4.3. Obligación de progresividad y no regresividad

La obligación de progresividad refiere a la puesta en marcha de manera constante de acciones que persigan la plena efectividad de los derechos humanos. La efectividad en materia de

²³⁴ AÑÓN, M. J., «Derechos humanos y obligaciones positivas», *La eficacia de los derechos sociales*, BERNUZ M. J. y CALVO, M., editores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 57.

²³⁵ EIDE, A., «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights» in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition. Edited by Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas.*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston. Kluwer Law International, Netherlands, 2001, p. 25.

²³⁶ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 25.

derechos sociales pone de relieve el reconocimiento de que el alcance de resultados plenos no podría lograrse en un periodo de tiempo breve. Sin embargo ello no puede ser argumentado para justificar el aplazamiento indefinido de su cumplimiento. El comité DESC se ha pronunciado sobre ello expresando que el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras, progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.²³⁷ Añón refiere que es posible que su realización inmediata no sea posible por diversos obstáculos, como puede ser la carencia de recursos, o la existencia de principios en conflicto en condiciones de dar prioridad a uno en un tiempo determinado. Sin embargo, como advierte Fredman, el principio que está anidado en el derecho permanece *prima facie* obligatorio.²³⁸

La obligación de «lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos» impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.²³⁹ Ello requiere que los Estados actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos.

Sepúlveda distingue una serie de obligaciones que se aplican de manera similar a los estados por el comité DESC y señala que, a través de los años, el Comité ha identificado una serie de obligaciones legales que se desprenden del artículo 2.1 del Pacto: 1) obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga; 2) obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos y prohibición de medidas regresivas; 3) obligación de dar prioridad a los derechos humanos en la distribución de recursos disponibles; 4) obligación de buscar a través de «todos los medios apropiados» la plena efectividad de los derechos; 5) obligación de medir el estado de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y elaborar un plan de acción para su implementación o puesta en práctica; 6) obligación de asegurar un contenido mínimo para cada uno de los derechos; y 7) obligaciones

²³⁷ Comité DESC, Observación General N° 3, Quinto Periodo de sesiones, E/1991/23, Organización de las Naciones Unidas, párr. 9.

²³⁸ Para mayores detalles ver AÑÓN, M^a. J., «Derechos humanos y obligaciones positivas», *La eficacia de los derechos sociales*, M^a. J. BERNUZ y M. CALVO Editores, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 61; también AÑÓN, M^a. J., «Cuestiones de Legalidad y legitimidad de los derechos sociales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N.º 44, 2010, p. 15-41.

²³⁹ Comité DESC, Observación General N.º 3, E/1991/23, Quinto período de sesiones (1990), Organización de las Naciones Unidas, párrafo 9.

relativas a la asistencia y cooperación internacional. Estas obligaciones constituyen el «núcleo duro del artículo 2.1 del Pacto, y se caracterizan por el hecho de que se aplican uniformemente a todos los Estados parte, sin importar el nivel de desarrollo que tengan, puesto que no están condicionadas a la existencia de recursos»²⁴⁰.

En referencia a estas obligaciones el comité DESC interpreta que el sentido que supone cada una de ellas cuando hace referencia sobre los «medios apropiados» y detalla que cada Estado parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados.²⁴¹ Respecto del disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, mediante la provisión [...] de otros recursos efectivos,²⁴² en el sentido de que la efectividad responda a la satisfacción de cada derecho desde un umbral mínimo o básico hasta su plena satisfacción. Las medidas apropiadas incluyen, pero no agotan, las de carácter administrativo, financiero, educacional y social,²⁴³ también refiere al derecho al desarrollo,²⁴⁴ así como la adopción de medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga, lo cual conlleva la idea de que las acciones emprendidas tengan como fin la satisfacción de tales derechos aunque sea en una esfera mínima con carácter prioritario.²⁴⁵ También se abre la posibilidad de recurrir a la cooperación técnica y económica a escala internacional.²⁴⁶

La determinación de las medidas a ser implementadas, especialmente cuando se trata de obligaciones estatales, toma relevancia dado que las medidas adecuadas se podrán ajustar mejor al contexto de necesidad de las personas cuando se tome en consideración los atributos, también conocidos como características que se desprenden del contenido normativo de los derechos enunciados en los pactos de derechos humanos, de manera que es posible distinguir los atributos de derechos sociales establecidos en las observaciones generales emanadas del comité DESC. Algunas, como el derecho a la educación o la salud determinan parámetros

²⁴⁰ SEPÚLVEDA, M., «La interpretación del Comité de Derechos económicos sociales y culturales de la expresión «progresivamente»», *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, COURTIS, C. Compilador, CEDAL - CELS, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2006, p. 123.

²⁴¹ Comité DESC, Observación General N.º 3, E/1991/23, Quinto período de sesiones (1990), Organización de las Naciones Unidas, párrafo 4.

²⁴² *Ibidem*, párrafo 5.

²⁴³ *Ibidem*, párrafo 7.

²⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 8.

²⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 10.

²⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 13.

generales y otras, como el caso del derecho a la vivienda o el trabajo, detallan cuestiones particulares en razón a la diferente naturaleza de cada una. Estos criterios son medidos por el Comité en las recomendaciones que realizan a cada Estado parte del pacto. En ellas se señalan de forma específica los rasgos que deben tenerse en cuenta o se hace notar cuando en la implementación de medidas no son contemplados estos atributos. Así, por ejemplo, recomienda al Estado paraguayo en 2015 que se asignen recursos suficientes al sector de la salud y continúe sus esfuerzos para asegurar la accesibilidad a la atención sanitaria, así como su disponibilidad y calidad, especialmente en las zonas rurales y remotas. En particular, el Comité pone de relieve la necesidad de mejorar la infraestructura del sistema de atención primaria y que se garantice que los hospitales dispongan de personal médico, suministros y medicamentos de urgencia necesarios. En cuanto al acceso a la información, que es un subatributo de la accesibilidad, por ejemplo, detalla que debe ser provisto, especialmente en las zonas rurales, así como que se amplíe y refuerce la educación, integral y apropiada a cada edad, sobre salud sexual y reproductiva para ambos sexos en todas las escuelas, al igual que en el ámbito informal.²⁴⁷

En orden a los criterios también se refiere en el caso del derecho a la educación y señala por ejemplo la necesidad de que se «adopte una estrategia que comprenda los factores socioeconómicos que pueden influir en las decisiones de abandonar prematuramente la educación y prestar la debida atención a los grupos más afectados, en particular a los niños, niñas y adolescentes gitanos y romaníes, migrantes, y aquellos que cuentan con menores ingresos».²⁴⁸ En cuanto a la adaptabilidad, por ejemplo, detalla que se debe combatir la segregación escolar, «incluyendo aquella derivada de la segregación residencial que afecta de manera desproporcionada a los niños, niñas y adolescentes gitanos y romaníes, así como a migrantes».²⁴⁹

En el caso del derecho a la vivienda por ejemplo se señala la adopción de medidas correctivas para mejorar las condiciones de vivienda y también para crear más, individuales o colectivas,

²⁴⁷ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 29, inc. c y d.

²⁴⁸ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr. 47, inc. a.

²⁴⁹ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr. 47 inc. c.

así como créditos y subvenciones para las familias de bajos ingresos y los grupos desfavorecidos y marginados con arreglo a la Observación General N.º 4 del Comité.²⁵⁰

En cuanto a la prohibición de regresividad, se destaca que la misma, en caso de ser aplicada por un Estado parte, debe estar plenamente justificada en los términos impuestos por el comité DESC, y «corresponderá al Estado probar que dichas medidas no han sido de carácter deliberado»²⁵¹ (que se han debido a circunstancias ajenas a su voluntad) [...].²⁵² En todo caso, se tiene que la prohibición de regresión debe darse por fuerza mayor y encontrarse acabadamente justificada por medio de pruebas a cargo del Estado; y siempre, en todo caso, ésta no entraña una violación al Pacto. Esta prohibición supone igualmente que la justificación deberá darse en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se disponga.²⁵³ Respecto a la máxima utilización de recursos, Añón explica que para llevar a cabo esta argumentación, el Estado ha de tener en cuenta tres pautas: las prioridades establecidas en el pacto, el uso eficiente y equitativo de los recursos y finalmente que se han evaluado de manera adecuada y racionalmente la existencia de los recursos disponibles para satisfacer obligaciones contenidas en el tratado y que aun así necesita acudir a esta regresión para proteger los demás derechos.²⁵⁴ De esta manera, «el Estado deberá demostrar que se han destinado el máximo de recursos para el disfrute más amplio posible de los derechos, igualmente se deberá atender con carácter prioritario a las obligaciones mínimas, incluso en tiempos de limitaciones graves de recursos otorgar protección a los miembros vulnerables de la sociedad».²⁵⁵

²⁵⁰ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observación General N.º 4, El derecho a una vivienda adecuada 1997, E/1992/23, párr. 12 y 11.

²⁵¹ El carácter deliberado a aquellas medidas que sean adoptadas de manera intencional o voluntarias por el Estado. SEPÚLVEDA, M., «La interpretación del Comité de Derechos económicos sociales y culturales de la expresión «progresivamente»», *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. COURTIS, C. Compilador, CEDAL - CELS, Del puerto Editores, Buenos Aires, 2006, p. 132.

²⁵² SEPÚLVEDA, M., «La interpretación del Comité de Derechos económicos sociales y culturales de la expresión «progresivamente»», *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. COURTIS, C. Compilador, CEDAL - CELS, Del puerto Editores, Buenos Aires, 2006, p. 130.

²⁵³ Comité DESC, Observación General N.º 3, E/1991/23, Quinto período de sesiones (1990), Organización de las Naciones Unidas, parágrafo 9.

²⁵⁴ AÑÓN, M. J., «¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?», *Derechos y Libertades* N.º 34, Época II, enero 2016, p. 77.

²⁵⁵ Para mayores detalles ver Comité DESC, Observación General N.º 3, E/1991/23, Quinto período de sesiones (1990), Organización de las Naciones Unidas, párrafos 10, 11 y 12.

De acuerdo con Añón, en los supuestos de regresividad corresponde al Estado demostrar el respeto al contenido mínimo esencial del derecho, la existencia de un interés estatal legítimo y cualificado, el carácter necesario de la medida, la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión, la utilización del máximo de recursos disponibles, la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. Asimismo, la medida restrictiva ha de ser instrumentada a través de una ley formal, entendiendo por tal una norma estatal de aplicación general, clara, accesible a todos y coherente con los principios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵⁶ (en adelante PIDESC).

Se señala la regresividad en las medidas adoptadas sobre las obligaciones de los Estados de forma especial en dos sentidos. El primer sentido que se identifica está dado por las modificaciones de las estructuras institucionales encargadas de derechos particulares, otras, pueden ser adoptadas por legislaciones, pero con efectos en políticas públicas de primera necesidad. En ambos sentidos, y diferentes ocasiones, el Comité lo señaló en sus recomendaciones a los Estados. Así, por ejemplo, se señala al Estado español la eliminación del Ministerio de la Igualdad y la sustitución del Instituto de la Mujer por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, así como la reducción de competencias de las autoridades locales en materia de igualdad y violencia de género en virtud de la enmienda del art. 27 de la Ley 7/1985, por la 27/2013.²⁵⁷ O en otras ocasiones en el diseño de políticas se apunta por ejemplo que algunas no refleja algunas líneas de acción inicialmente propuestas en materia de derechos humanos, por lo que recomienda al Estado paraguayo que revise los cambios introducidos en el plan nacional de derechos humanos sin concertación.²⁵⁸

²⁵⁶ AÑÓN, M. J., «¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?», *Derechos y Libertades* N.º 34, Época II, enero 2016, pp. 76 y 77.

²⁵⁷ Para mayores detalles consultar Comité CEDAW, Observaciones Finales España, 61 periodo de sesiones 2015 (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 14.

²⁵⁸ «El Comité toma nota de la adopción del Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) por el Decreto 10747. No obstante el Comité lamenta que el Plan adoptado no refleje plenamente los acuerdos y consensos alcanzados tras el proceso participativo de elaboración del proyecto de plan que involucró a instituciones estatales y a la sociedad civil. En este sentido, el Comité lamenta que el Plan adoptado no refleje todas las preocupaciones identificadas y no incluya las líneas de acción estratégicas inicialmente propuestas para permitir su implementación efectiva. El Estado Parte debe garantizar el respeto de los procesos participativos de elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos. En este sentido, el Estado parte debe revisar los cambios introducidos sin concertación al proyecto de Plan Nacional de Derechos Humanos e incluir el presupuesto adecuado para su implementación efectiva, así como mecanismos de monitoreo y rendición de cuentas, con

En otras ocasiones refiere a los efectos de estas medidas regresivas y solicita que se cese en su implementación, resalta que en el marco de la crisis financiera y económica del Estado español los recortes presupuestarios han afectado a los procesos de apoyo y acompañamiento a las mujeres víctimas de violencia en algunas comunidades autónomas,²⁵⁹ y al respecto ha recomendado que garantice que las medidas restrictivas de austeridad adoptadas por causa de la crisis económica no perjudiquen a la protección de las víctimas ni a sus derechos.

En el caso del derecho a la salud en el año 2018, el Comité señala su preocupación por los efectos regresivos del Real Decreto 16/2012 y no sólo refiere que este comporta varias aristas, como la discriminación y la degradación de calidad de los servicios de salud.²⁶⁰ Subraya que deben darse reajustes para garantizar la disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios y atención de la salud, incluyendo la derogación de las disposiciones que implicaron retrocesos en la protección del derecho a la misma.²⁶¹

2.4.5. Obligación mínima

El contenido esencial o mínimo de la obligación alude al nivel mínimo de respeto, satisfacción y garantía de los derechos sociales que los Estados deben garantizar a todas las personas. Supone el contenido inderogable de un derecho. Constituye por tanto, una línea de base que debe ser garantizada para todas las personas en todos los contextos.

Las obligaciones estatales mínimas consisten en la satisfacción debida por los Estados de «niveles esenciales de cada uno de los derechos».²⁶² Este nivel debe ser garantizado con independencia de la situación económica o las condiciones desfavorables que enfrenten los estados atendiendo a que estas deben ser satisfechas «sin discriminación». La disponibilidad

participación de la sociedad civil y uso de los indicadores de derechos humanos». Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones 2013, (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 6.

²⁵⁹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, 48º periodo de sesiones 2012, (30 de abril a 18 de mayo de 2012), E/C.12/ESP/CO/5, párr. 15.

²⁶⁰ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr. 41.

²⁶¹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr. 42.

²⁶² Comité DESC, Observación General N° 3, E/1991/23, Quinto período de sesiones (1990), Organización de las Naciones Unidas, párrafo 10.

o no privación de niveles esenciales de cada derecho como puede ser la salud, alimentación, educación, vivienda o agua potable, constituye una línea de base que debe ser garantizada para todas las personas en todos los contextos. El comité DESC apuesta por la teoría absoluta del contenido mínimo esencial, dado que no admite justificación alguna para la no realización de estas garantías básicas, incluso cuando se encuentre en periodos de limitaciones de recursos, en tanto el Estado deberá demostrar que ha realizado todo el esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición para la satisfacción «con carácter prioritario» las obligaciones mínimas.²⁶³

También importa señalar la especial atención que debe asegurarse a las obligaciones mínimas destinadas a los grupos en situación de vulnerabilidad incluso en periodos de limitaciones de recursos²⁶⁴.

Las obligaciones mínimas suponen acciones que se desplieguen en consonancia con el principio de igualdad sustantiva, de esta manera señala el comité DESC que al aplicar el artículo 3 del PIDESC «los Estados parte deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres, e incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres».²⁶⁵

Sobre este punto se dan recomendaciones, por ejemplo al Estado español en épocas de crisis, sobre la importancia de mantener los niveles mínimos de realización de los derechos. Así, detalla al Estado español que identifique el contenido esencial de cada derecho del pacto y que tome las medidas apropiadas para proteger ese contenido mínimo, especialmente para los grupos marginados y desfavorecidos.²⁶⁶

²⁶³ Comité DESC, Observación General N.º 3, E/1991/23, Quinto período de sesiones (1990), Organización de las Naciones Unidas, parágrafo 10.

²⁶⁴ Comité DESC, Observación General N.º 3, E/1991/23, Quinto período de sesiones (1990), Organización de las Naciones Unidas, parágrafo 12.

²⁶⁵ Comité DESC, Observación General N.º 16 (2005), Organización de las Naciones Unidas, parágrafo 8.

²⁶⁶ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 8.

2.4.6. Violación de las obligaciones estatales

La obligación de cumplimiento inmediato muestra que en la práctica, las violaciones a los deberes derivados de los derechos, es decir, el incumplimiento de las obligaciones es aún un flagelo muy extendido en lo que respecta sobre todo a las obligaciones de orden público o del Estado para con las personas que se encuentran bajo su tutela.

A las obligaciones de respetar, proteger, cumplir y promover de manera unitaria los derechos humanos se incluye el denominado «enfoque de las violaciones».²⁶⁷ Específicamente en las Directrices de Maastricht sobre violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales se hace mención en el párrafo 6 a que «El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos».

Sepúlveda apunta que «una violación de las obligaciones derivadas de la noción de “realización progresiva” podría tener lugar tanto si los Estados no toman ninguna medida para ir avanzando en el disfrute de los derechos (omisiones), como cuando toman medidas deliberadamente regresivas (acciones)»²⁶⁸.

Un aspecto particularmente importante respecto a las violaciones de los derechos humanos es el ya mencionado sobre las acciones u omisiones, sobre ellas indicaremos que las mismas pueden ser de comisión u omisión.

Las directrices de Maastricht mencionan que éstas se refieren a las políticas públicas ejercidas o a la ausencia de ellas cuando sea necesaria, vinculando además a estas violaciones con actos y hechos discriminatorios. «Existe una violación de los derechos económicos, sociales y culturales cuando un Estado lleva a cabo, por acción u omisión, cualquier política o práctica que intencionalmente viola o ignora las obligaciones previstas en el pacto, o cuando no alcanza la correspondiente norma de conducta o resultado establecida. También detalla que

²⁶⁷ Este enfoque tiene su iniciativa en investigaciones y debates surgidos en el seno de las Naciones Unidas donde expertos colaboran con los órganos de monitoreo de cumplimiento de derechos sociales que dieron paso a estas ideas. También se encuentran contenidas en los Principios de Limburgo, en las Directrices de Maastricht 1997.

²⁶⁸ SEPÚLVEDA, M., «La interpretación del Comité de Derechos económicos sociales y culturales de la expresión «progresivamente»», *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. COURTIS, C., Compilador, CEDAL - CELS, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2006, p. 124.

constituye una violación del Pacto cualquier tipo de discriminación fundada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición cuyo objeto o resultado sea invalidar o menoscabar el goce o ejercicio en pie de igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales». ²⁶⁹

La violación de ciertas obligaciones estatales requiere realizar esfuerzos mayores que la comisión u omisión de obligaciones. Cuando la realidad nos muestra que existen necesidades básicas y esenciales para la vida digna de las personas, ello refiere también a obligaciones de los Estados, si bien éstas son tenidas como obligaciones mínimas esenciales. El parámetro para establecerlas está dado por «asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre *prima facie* en una violación del Pacto un Estado parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza. «Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad». ²⁷⁰

La interpretación que hacen los órganos y mecanismos de supervisión de cumplimiento de tratados y convenios internacionales en la actualidad responde principalmente a las violaciones de las obligaciones concernientes a los instrumentos internacionales que permiten la revisión del grado de implementación o de violación en que incurren los Estados. Sin embargo, existen casos en los que identificar las violaciones requiere de mayor atención, puesto que el desarrollo, aún en el seno del sistema universal, como por ejemplo del Protocolo Facultativo del PIDESC, es reciente.

Se identifica que el mayor obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos, más allá de los contextos geopolíticos, internos, o de sistemas económicos, se asocia a la interpretación compartimentada y, por tanto, sesgada e infundada de los derechos humanos. Por tanto, se propone superar esa idea y, en su lugar, interpretarlos de manera

²⁶⁹ Directrices de Maastricht Sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, párr. 11.

²⁷⁰ Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, párr. 9.

unitaria como derechos subjetivos fundamentales que constituyen un todo indivisible e interdependiente cuyo valor debe subrayarse en todas las esferas con mayor determinación para que los efectos de los mismos también sean realizables.

2.4.7. Otros obligados: responsabilidad del sector privado

En los apartados anteriores se han tratado las obligaciones del Estado frente a las personas que integran cada comunidad. La responsabilidad de otros entes pertenecientes al sector privado (empresas locales y empresas transnacionales e internacionales) se piensa desde el momento en que las actividades de las mismas interfieren en el ejercicio de los derechos humanos de las personas pertenecientes a las comunidades en las que desarrollan sus actividades. Por otra parte, el rol del Estado de proveer de bienes y servicios básicos ha sido desde hace unas décadas ocupado también por empresas privadas y, desde esta arista, las actividades desplegadas por las empresas ejercen una influencia determinante en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Las empresas contribuyen al ejercicio de derechos y al desarrollo de las personas, junto con ello también se debe reconocer que las actividades empresariales podrían violar derechos y por tanto generar efectos adversos en el disfrute de derechos humanos, en particular de los derechos sociales como la alimentación, la vivienda, el agua, la salud, la seguridad social, el trabajo, la educación, etc. De acuerdo con ello, surge la necesidad de establecer obligaciones destinadas a que las empresas respeten los derechos humanos en el marco de sus actividades. Esto genera que desde el Estado se fortalezcan los mecanismos de control, prevención y respuestas que supongan un límite a las actividades privadas desde un enfoque de derechos.

La asignación de responsabilidad de los actores privados surge en el seno de las Naciones Unidas de manera formal a inicios de 2000. En 2005, a instancia de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se solicita la creación de la figura de un representante especial sobre el tema de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Como resultado de ello en 2008, el Consejo de Derechos Humanos se aprueba el Marco de «Protección, Respeto y Remedio» propuesto por el Representante

Especial. Este instrumento de política supone tres principios básicos de los que se partirá en el debate sobre el deber del Estado de protegerse contra los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, a través de políticas, reglamentación y adjudicación apropiadas; la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la diligencia debida para evitar infringir los derechos de los demás; y la necesidad de un mayor acceso de las víctimas a recursos efectivos, judiciales y no judiciales.

Un avance en esta línea supuso la aprobación de los principios rectores sobre empresas y derechos humanos para implementar en el marco de la «protección, respeto y remedio» de las Naciones Unidas, de junio de 2011. Si bien el documento no es vinculante, posee recomendaciones sobre la ejecución de las obligaciones estatales y empresariales para el fomento del respeto de las actividades empresariales en el marco de derechos humanos.²⁷¹

En 2017 el comité DESC a través de la Observación General N.º 24 encara la labor de establecer lineamientos generales sobre las obligaciones de las empresas respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. El sentido del pronunciamiento del comité DESC comprende un amplio marco de directrices que guían las acciones de los Estados como agentes para el equilibrio y manejo respetuoso de actores comerciales.²⁷²

Las obligaciones de las empresas se deben enmarcar en la «obligación negativa de abstenerse de poner en práctica determinadas conductas o la obligación positiva de adoptar ciertas medidas o contribuir a dar efectividad a esos derechos».²⁷³

²⁷¹ Los principios se enmarcan en potenciar el fomento institucional de los Estados de cara a otorgar mayor protección y acceso a mecanismos en casos de abusos cometidos por las empresas, de otro lado, supone una importante línea de acción destinada a las empresas en el marco de la obligatoria responsabilidad de respeto amplio de los derechos humanos. Si bien el carácter no vinculante contrarresta el poder coercitivo del instrumento, éste constituye un avance en la esfera de posicionar el tema en la agenda de debate y ampliación de la visión sobre responsabilidad de agentes mercantiles. También, en el mismo año el Comité DESC aprobó la Declaración sobre las obligaciones del Estado en relación con las responsabilidades empresariales en el contexto de los derechos humanos E/C.12/2001/1, párr. 7.

²⁷² El comité destaca que las obligaciones se destinan a todas las actividades de entidades empresariales, sean transnacionales o puramente nacionales, públicas o privadas, e independientemente de su tamaño, sector, ubicación, propiedad y estructura. Comité DESC, Observación General N.º 24 (2017), Organización de las Naciones Unidas, párr. 3.

²⁷³ Comité DESC, Observación General N.º 24 (2017), Organización de las Naciones Unidas, párr. 4.

Se destaca que existen jurisdicciones donde las personas cuentan con recursos judiciales para hacer frente a las violaciones de derechos cometidas por empresas.²⁷⁴ De manera independiente a la existencia o no de normas específicas, la postura del comité DESC es que «de conformidad con las normas internacionales, las empresas deben respetar los derechos enunciados en el Pacto, independientemente de si existe legislación interna y si esta se aplica plenamente en la práctica».²⁷⁵ En atención a este punto, en 2018 y en el marco de la vigencia de una política nacional en materia de derechos humanos y empresas, el comité DESC previene que la legislación del Estado español no establece adecuadamente la responsabilidad legal que puedan tener tanto las empresas que operan en el Estado parte como las domiciliadas en su jurisdicción, pero cuyas actividades se realizan en el extranjero, y en este sentido solicita que se fortalezca el marco normativo. Por tanto, llama la atención al Estado español en el caso de las víctimas para que se asegure la responsabilidad legal de las empresas respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales cometidas directamente por éstas o resultantes de actividades de sus filiales en el extranjero.²⁷⁶

Se señala que entre los grupos que se ven afectados de manera desproporcionada por las actividades empresariales figuran las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, los campesinos, los pescadores y quienes se encuentran en zonas rurales. Asimismo, personas con discapacidad, solicitantes de asilo y migrantes indocumentados.²⁷⁷

²⁷⁴ «hay muchas leyes nacionales destinadas a proteger derechos económicos, sociales y culturales concretos que se aplican de manera directa a las entidades empresariales, por ejemplo, en las esferas de la no discriminación, la prestación de atención a la salud, la educación, el medio ambiente, las relaciones laborales y la seguridad del consumidor». Comité DESC, Observación General N.º 24 (2017), Organización de las Naciones Unidas, párr. 4.

²⁷⁵ Comité DESC, Observación General N.º 24 (2017), Organización de las Naciones Unidas, párr. 5

²⁷⁶ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr. 9.

²⁷⁷ En atención a esto se refuerza el carácter de las obligaciones estatales para que los estados aborden los efectos específicos de las actividades empresariales en las mujeres y niñas, incluidas las mujeres y niñas indígenas, e incorporen una perspectiva de género en todas las medidas para regular las actividades empresariales que puedan afectar negativamente a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular consultando las orientaciones relativas a los planes de acciones nacionales sobre empresas y derechos humanos [...]. Los Estados también deberán adoptar medidas especiales de carácter temporal para que aumente el número de mujeres en el mercado de trabajo, en particular en los escalones superiores de la jerarquía empresarial. COMITÉ DESC, Observación General N.º 24 (2017), Organización de las Naciones Unidas, párr. 8 y 9.

Las obligaciones generales se podrían resumir, entre otras, en éstas: 1) no otorgar prioridad a los intereses empresariales en detrimento de los derechos del Pacto;²⁷⁸ 2) abstenerse de celebrar acuerdos comerciales que generen conflictos con derechos del Pacto; 3) elaborar tratados futuros con enfoque de derechos humanos en la resolución de conflictos; 4) adoptar medidas legislativas, administrativas, educativas y otras apropiadas para asegurar la protección eficaz de los DESC. Establecer sanciones penales, administrativas y multas en caso de vulneraciones, y facilitar acciones civiles para el reclamo, revocación de licencias comerciales y subvenciones. En la esfera legal, realizar estudios del código tributario y armonizar incentivos comerciales desde un enfoque de derechos humanos; 5) evitar la corrupción y sobornos en materia de fiscalidad impositiva y proteger a denunciantes, así, por ejemplo, en 2018 recomienda a España que refuerce los mecanismos existentes para investigar las denuncias presentadas contra las empresas y adopte medidas efectivas para garantizar el acceso a recursos efectivos por parte de las víctimas, así como a las reparaciones o compensaciones correspondientes;²⁷⁹ 6) regular en todo momento la actuación de agentes privados para velar que sus servicios sean accesibles para todos y adecuados, se evalúen periódicamente a fin de atender a las necesidades cambiantes de la población y se adapten a esas necesidades²⁸⁰; 7) la aplicación de sistemas de fiscalidad progresiva; y 8) en cuanto a las empresas transnacionales, asegurarse de que no se obstaculice el cumplimiento de obligaciones relacionadas con el Pacto, en particular las negociaciones y celebración de acuerdos de comercio e inversión o de tratados fiscales y financieros, así como la cooperación judicial; facilitar incentivos a actividades respetuosas de los derechos, y luchar contra las

²⁷⁸ De acuerdo con el Comité DESC las actividades empresariales afectan en mayor escala a estos grupos, primero por la vinculación de las actividades productivas relacionadas con la explotación de tierras y recursos naturales; en el caso de las personas con discapacidad, los obstáculos se dan por la ausencia de transparencia y rendición de cuentas para el acceso y condiciones de trabajo y la ausencia de mecanismos efectivos de tutela; en el caso de las personas migrantes y solicitantes de asilo, el riesgo de vulneración de condiciones de trabajo dignas es mayor. Comité DESC, Observación General N.º 24 (2017), Organización de las Naciones Unidas, párr. 8.

²⁷⁹ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr. 9.

²⁸⁰ Dado que la protección de bienes y servicios esenciales para el disfrute de los derechos reconocidos en el pacto puede dar lugar a una falta de rendición de cuentas, deben adoptarse medidas para que las personas evalúen la idoneidad de la prestación de esos servicios y bienes, particularmente en atención a la «obligaciones de servicios públicos», así como que las personas no sean discriminadas de los servicios por imposibilidad de pago.

prácticas fiscales abusivas de las empresas transnacionales.²⁸¹ En líneas generales y tomando en cuenta la vigencia en el Estado español del plan nacional de derechos humanos y empresas de 2015, recomienda su ejecución y que ello debe darse a través de mecanismos efectivos que garanticen la aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de violaciones de los derechos contenidos en el Pacto.²⁸²

Estas obligaciones deparan un importante desafío de fortalecimiento institucional de los Estados, así como la labor colaborativa entre los mismos en la esfera administrativa, política y judicial. En el orden interno, además, se deberá avanzar en cuanto a la ejecución de sentencias relativas a la protección de derechos sociales en el ámbito de las actividades de las empresas transnacionales de cara a asegurar el cese de los actos violatorios, así como la reparación a las víctimas y el aseguramiento de la conservación de los territorios y bienes vitales para garantizar la calidad de vida y el libre desarrollo de las personas de estas comunidades sin discriminación.

²⁸¹ Para mayores detalles remitirse a Comité DESC, Observación General N.º 24 (2017), Organización de las Naciones Unidas, párrs. 12, 13, 13, 14, 15, 19, 20, 22, 23, 29, 30, 36.

²⁸² Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018) E/C.12/ESP/CO/6, párr. 9.

3. Exigibilidad de los derechos sociales en los modelos de Estado

La posibilidad de exigir el derecho sugiere pensar la manera en que estos se encuentran configurados para su garantía. Con anterioridad al tratamiento de la garantía conviene establecer qué idea precede a la exigibilidad en sentido jurídico-institucional. Como señala Elías Díaz el dato que hay que tomar decisivamente en cuenta es el de la producción social del Derecho,²⁸³ y la necesidad de reglar conflictos mediante la institucionalización de normas en una estructura política. Estas ideas sugieren el vínculo existente entre la sociedad y la organización política constituida legítimamente. Defender el fundamento contractualista de la sociedad y el poder político es apostar por la confianza en el valor de la individualidad humana y en los derechos deducidos de la dignidad inalienable de la persona.²⁸⁴

La evolución del Estado de derecho supone la existencia de elementos que lo caracterizan como puede ser el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; la división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; la fiscalización de la administración referida al principio de legalidad por funcionarios públicos y ciudadanía; y la protección específica de derechos y libertades fundamentales.²⁸⁵ Eusebio Fernández explica que el Estado es la mejor forma de articular (a través de derechos jurídicos, constituciones, instituciones sociales, planes económicos y modelos de sociedad) el respeto, ejercicio y garantía de los derechos humanos fundamentales, no los derechos humanos mismos que, como derechos morales, son previos al poder político y al Derecho.²⁸⁶

La exigibilidad de los derechos sociales supone examinar la manera en que las diversas teorías del Estado los acogen, reconocen, configuran y por tanto garantizan. En atención a

²⁸³ En este sentido Díaz expone que [...] el grupo social es en todo caso, el lugar donde se origina el derecho, y a su vez quien teniendo fuerza para ello lo produce y establece en plurales manifestaciones [...].tales actuaciones y tales normas se asocian siempre a algo, realidad e idea, que puede denominarse poder político: algo que implica algún tipo de institucionalización en la aplicación de coacciones y sanciones a través de la fuerza. DÍAZ, E., *Curso de filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 85. DIAZ, E., *Curso de filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 85.

²⁸⁴ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 219.

²⁸⁵ Un esquema amplio de estos elementos puede verse en DIAZ, E., *Curso de filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 104 y 105.

²⁸⁶ FERNÁNDEZ, E., «El problema del fundamento de los derechos humanos», *Anuario de derechos humanos 1981*, Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pp. 73 y ss.

ello, se realizará una breve reseña del carácter asignado a éstos desde la teoría del Estado liberal así como del Estado social y del Estado democrático de derechos.

3.1. Estado liberal

El Estado liberal de Derecho responde a la concepción original del Estado de Derecho, con la aparición de la Declaración de los derechos del hombre de 1789. Este modelo constitucional vinculado a la *Rule of Law* y al *Rechtsstaat* sienta las bases del modelo constitucional con una organización política centrada en el poder legislativo con predominio de los demás y basado en los principios de libertad, igualdad y fraternidad, que principalmente surge frente al poder absoluto e irrestricto sobre la base de la participación restringida a ciertos grupos. La estructura del Estado liberal de Derecho es el resultado de la mentalidad iusnaturalista contractualista, pero su funcionamiento se asegura gracias a los instrumentos conceptuales aportados por la ciencia jurídica del positivismo.²⁸⁷

En el Estado de Derecho liberal, caracterizado por la prevalencia de baja participación democrática dada la vigencia del voto censitario [sólo para propietarios], eran éstos quienes determinaban la organización de los poderes e instituciones estatales. Se caracteriza por su carácter abstencionista en el mundo del trabajo y la economía [...], aunque con un fuerte intervencionismo en pro de la propiedad y orden público y militar (represión de huelgas, protestas).²⁸⁸

Se señala que el objeto prioritario es la garantía de la libertad individual y la seguridad, esta libertad, sin embargo, se reduce a la no injerencia en las relaciones entre individuos salvo para asegurar la coexistencia. Sin embargo, como señala Díaz, donde realmente puede decirse que tal Estado, en muy amplia medida, era de verdad abstencionista es en su despreocupación por derechos sociales, económicos y culturales vinculados a necesidades básicas de salud, enseñanza, vivienda, trabajo, seguridad, etc. para las grandes mayorías.²⁸⁹ Esta abstención

²⁸⁷ DE LUCAS, J. y otros, *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 372.

²⁸⁸ Para mayores detalles consultar DIAZ, E., *Curso de filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 113.

²⁸⁹ DIAZ, E., *Curso de filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 113.

resultaba de considerar que los derechos sociales no se hallaban relacionados con la libertad, y asociado a ello, se ha sostenido que los derechos sociales no podrían constituirse en límites de la libertad en los términos ideológicos del Estado liberal de Derecho. Estos cuestionamientos, junto con otros, dieron paso al surgimiento del Estado social de Derecho.

3.2. Estado social

El modelo social surge como respuesta a las críticas frente al esquema del Estado liberal, (abstencionismo e individualismo) sobre la base de la libertad universal y no sólo limitativa, a lo que se suma la concepción de la persona humana como destinataria y beneficiaria de prestaciones del Estado. Es decir, las ideas filosóficas y políticas se fundan en las necesidades de los individuos en tanto personas humanas con necesidades y libertades, atendiendo igualmente al desarrollo técnico, social y económico.

Así se explica que «A partir de los conceptos esgrimidos por el socialismo jacobino de libertad como capacidad, de igualdad como satisfacción de necesidades básicas, de fraternidad como fundamento de obligaciones positivas entre los individuos, el concepto de derechos humanos cambia. Blanc y los socialistas no creen, como hacían los liberales, que los derechos humanos se satisfagan por el mero hecho de que el Estado se abstenga de lesionar activamente los bienes protegidos por aquellos, y prohíba a los particulares que hagan lo propio. En su opinión los derechos humanos sólo son respetados cuando el Estado proporciona a los individuos los recursos necesarios para realmente preservar aquellos bienes y obliga a los particulares a contribuir en la consecución de aquellos recursos [...]»²⁹⁰.

Como señala Díaz, en el Estado social se pretendía hacer más reales e iguales para todos esas libertades y esos derechos civiles y políticos mil veces proclamados y falseados por la reducción liberal de la democracia. Junto a ello se reclamaba implantar y hacer efectivos con carácter de universalidad los derechos sociales, económicos y culturales derivados de las necesidades básicas de la salud, la enseñanza, la vivienda, un régimen de prestaciones de

²⁹⁰ GONZÁLEZ, J., *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático, Siglo XXI de España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1989, pp. 369 y 370.

seguridad y pensiones exigibles a fin de dar muy diferente sentido a una mejor esperanza de vida real para millones de seres humanos.

El Estado social, también conocido como Estado del bienestar o *welfare state* caracterizados por la garantía material de los derechos fundamentales, incluyendo los derechos sociales y económicos y por su injerencia en el plano económico, supuso la reunión de mayores acciones en el poder ejecutivo e igualmente en plano del poder judicial.

La incorporación de los derechos sociales con miras a la justicia social a las constituciones determina el carácter que, en el ámbito jurídico, político y administrativo, toman estos. En este sentido, apunta Añón que la transformación del Estado liberal en Estado social constitucional ha imprimido dinamismo al significado de los derechos fundamentales, pues a su función de ser normas de garantía de las libertades existentes han añadido un horizonte emancipatorio a alcanzar. Los derechos han dejado de ser meros límites negativos al ejercicio del poder del político, es decir, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores y fines directivos de la acción de los poderes públicos.²⁹¹ García Manrique vincula además el surgimiento de esta teoría particularmente para hacer frente al reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, y también ante la limitación absoluta frente al derecho de propiedad. Se sostiene además que estas reivindicaciones determinarán un cambio de las obligaciones del Estado, que progresivamente abandonará su postura abstencionista y recabará como propia una función social. Dicha función se traduce en una serie de disposiciones socioeconómicas que, a partir de la Constitución de Weimar, se suelen incluir entre los derechos fundamentales.²⁹² Podría identificarse que en este modelo de Estado de derecho se conforman los principales y relevantes avances en términos de garantía de los derechos de índole social. La configuración de instituciones como la seguridad social o los derechos laborales plenos, entre otros, determinan un importante cambio en la esfera estatal.

Por último cabe señalar el ascenso del Estado democrático de Derecho, este modelo no surge como una alternativa al Estado social de derecho, más bien el término democrático aplicado

²⁹¹ AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 60.

²⁹² PÉREZ LUÑO, A.E., *La Tercera generación de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 292.

al Estado no se entiende como algo separado del término social, sino como términos complementarios que deben concurrir en el Estado de Derecho. Es decir, desde esa perspectiva, el Estado democrático no es una alternativa al Estado social sino la otra cara de la misma moneda, de ahí que el Estado pueda definirse simultáneamente como «Estado democrático y social», tal como hiciera la Ley Fundamental de Bonn de 1949.²⁹³ Sin embargo se señala que para algunos el objeto es la síntesis entre las cláusulas sociales y democráticas, pero para otros muchos se trata de acabar con gran parte de los elementos configuradores del Estado social en nombre de la ideología llamada neoliberal, que pretende, ante todo, un incremento máximo de la privatización y un retroceso al mínimo del Estado.²⁹⁴

Lo cierto es que en este modelo Estado en el que si bien las formas de Constitución guardan relación con el Estado social, las crisis financieras de la década de los años setenta determinan un cambio de paradigma determinado por el advenimiento del neoliberalismo que relativiza la acogida del rol del Estado en la implementación de las medidas redistributivas y sociales. Se señala por tanto esta situación como la crisis del Estado de bienestar. Al respecto apunta Díaz que ello significa [...] la vuelta atrás, no desde luego absoluta y total, pues ocasionaría una deslegitimación política y social imposible de soportar, tanto para los gobiernos (con retrocesos autoritarios contrarios al Estado de Derecho), como sobre todo para sus ciudadanos, para sus derechos y libertades. Pero lo que se exige en ella, invocando el determinismo cientificista, es un importante frenazo, básicos recortes e incluso desmantelamiento de buena parte de las políticas de bienestar social: o sea la imposición de un muy conservador, disminuido, mínimo, «anoréxico» y muy desigual Estado neoliberal²⁹⁵. Esta situación supone que se generen debates sobre el tema de la legitimidad y la intervención judicial²⁹⁶. En el ámbito jurídico se produce un debilitamiento del Estado soberano e intervencionista reduciendo su poder a la mediación de fuerzas de grupos sociales y económicos, lo cual se traslada al ámbito jurídico a través de la laxitud normativa que permite un amplio desarrollo de las fuerzas del mercado como principal productor de bienes y servicios, y que reduce el contenido sustancial de los derechos de índole económicos y social,

²⁹³ DE LUCAS y otros, *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 128 y 129.

²⁹⁴ DE LUCAS y otros, *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 128 y 129.

²⁹⁵ DIAZ, E., *Curso de filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 120.

²⁹⁶ Un enfoque sobre el tema de la legitimidad puede verse en detalle en GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1997, pp. 172 y ss.

y por tanto de la libertad en condiciones de igualdad. Se tiene de esta manera una configuración mínima de los derechos sociales dado el carácter fundamental y el alcance muy amplio de los derechos a la libre empresa y a la propiedad.²⁹⁷ Asimismo la exigibilidad jurídica se ve comprometida ante los postulados que consideran que las prestaciones del Estado son costosas e inútiles y suponen la reducción del gasto público, lo cual en ocasiones es contrarrestado con reclamos de la sociedad en el ámbito judicial local e internacional, a través del derecho internacional de los derechos humanos, como contrapeso a las complejas situaciones de desigualdad que genera el actual debilitamiento del Estado de Derecho.

En efecto, podría concluirse que los cambios en los modelos de Estado suponen la reformulación de las garantías para que se adecuen a las necesidades cambiantes y sean capaces de superar los obstáculos que aparecen. En este sentido por ejemplo se afirma que el Estado de Bienestar se asentaba sobre el modelo laboral, pero una vez más no hay que confundir aquí los derechos con las garantías. El Estado de Bienestar es un sistema de garantías de los derechos sociales construido sobre la laboralidad, por eso identificábamos los derechos sociales con los laborales. Cuando este sistema de garantías se viene abajo no arrastra o no debe arrastrar con él los derechos sociales, sino únicamente las garantías que ya no se adaptan a un mundo cambiante y cambiado.²⁹⁸

Al analizar la evolución del reconocimiento y rol asignados al derecho subjetivo en las diversas teorías del Estado, desde la liberal en la que si bien no se les deniega su potencial disposición como derechos subjetivos, estos no estarían conectados con la libertad dado que no son reconocidos como derechos fundamentales ni concebidos como derechos diferentes de los propios de los derechos de libertad, además de que estos presuponen un límite a la libertad de empresa y la de propiedad privada; la concepción social y democrática, si bien los acoge como derechos fundamentales disipando las diferencias entre derechos fundamentales, no postula garantías ejemplares que faciliten la materialización de los derechos subjetivos de orden social, lo cual determina la brecha entre los derechos garantizados y los que no se efectivizan. Añón ha expresado que «Sin duda un sustrato teórico como éste ha resultado muy funcional a una visión extrema compartimentada de los derechos,

²⁹⁷ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013, p. 294.

²⁹⁸ REY PÉREZ, J. L., «La naturaleza de los derechos sociales», *Derechos y Libertades*, Número 16, Época II, enero 2007, pp. 137-156 y p. 155.

a una visión insistentemente objetivista frente a las posibilidades de las dimensiones subjetivas de los derechos, y también, por qué no decirlo, funcional a los ciclos económicos recesivos, así como a las políticas públicas restrictivas y no expansivas, y se ha mantenido inalterada incluso en momentos de amplio reconocimiento de derechos sociales».²⁹⁹

Podría afirmarse, como hace Fredman, que la visión abstencionista de la libertad ha tomado ímpetu renovado a través del neoliberalismo al afirmar que «*This emphasis on liberty as absence from coercion has received renewed impetus from the modern neo-liberalism, which views the growth of the State as an ever-increasing threat to individual autonomy, and which instead posits the free market as the only way in which individuals can truly be free*».³⁰⁰

Peces-Barba considera que el sector de la doctrina que rechaza el reconocimiento de los derechos subjetivos en sentido amplio, es decir, los derechos clásicos junto con los derechos económicos, sociales y culturales, responde a «una posición ideológica y parte del prejuicio de una tradición que sitúa el interés privado como motor de la acción humana y que recela y rechaza un papel protagonista de los poderes públicos para ayudar desde acciones positivas a todas las personas que no pueden alcanzar, por sí mismas, los niveles mínimos de humanización, y que frustrarían, sin ese apoyo su condición humana».³⁰¹

Estas objeciones han llevado a García Manrique a sostener la tesis de la propuesta desde la libertad positiva y ampliada a través de la cual propone la desmercantilización de ciertos derechos sociales como la educación, la salud y el trabajo, y propone, respecto a los derechos subjetivos, que se evalúe las posibilidades de que estos —incluso desde una concepción amplia— sirvan a la facilitación de los derechos de índole social. Esto tiene sentido cuando evaluamos que el alcance de lo que las personas pueden obtener se encuentra íntimamente relacionado con la amplitud de libertades de las que dispone. Cuando Sen afirma que «*what people can achieve is influence by economic opportunities, political liberties, social powers, and the enabling conditions of good health, basic education, and the encouragement and cultivation of initiatives*»³⁰² establece la pauta de la importancia que, desde esta

²⁹⁹ AÑÓN, M. J., «Derechos Sociales. Cuestiones de legalidad y legitimidad». *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), p. 23.

³⁰⁰ FREDMAN, S., *Human rights transformed. Positive rights and positive duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 10.

³⁰¹ PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dickinson, Madrid, 1999, p. 59.

³⁰² SEN, A., *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 5.

perspectiva de la libertad, posee la obtención de la plena realización de estas necesidades en el ámbito individual desde una mirada que contemple los derechos humanos y la justicia social.

El repaso por los modelos de Estado remite a pensar en las garantías que poseen los derechos sociales. La evolución del sistema jurídico-político demuestra la acogida que los mismos presentan en los sistemas jurídicos, en donde la utilización del derecho subjetivo ha sido clave para su vigencia, sin embargo es importante especificar que el carácter objetivo de estos derechos determina de manera trascendental la obligatoriedad del Estado como primer obligado a su garantía. Esto parece indicar Elías Díaz cuando señala que el Estado es hoy[...] el gran mediador activo, el complejo transformador, para trasladar exigencias, voluntades, intereses sociales, presentes de un modo u otro en la sociedad, al campo del derecho, es decir a las normas jurídicas que aquél, el Estado, crea apoya y protege con su poder coactivo ejecutivo e institucional.³⁰³

³⁰³ DIAZ, E., *Curso de filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 94.

Capítulo III: Sistemas constitucionales y régimen jurídico de los derechos sociales: la exigibilidad política y jurídica de los derechos sociales en España

1. Régimen Jurídico – constitucional de los derechos sociales: exigibilidad política y jurídica de los derechos sociales

En los capítulos precedentes se ha determinado que las razones de los derechos determinan su conformación y carácter fundamental. Se ha establecido además la vinculación de estos como fundamento de los sistemas jurídicos-políticos, en tanto carácter objetivo; y su traducción a posiciones y relaciones jurídicas, que describen su carácter subjetivo. Se ha visto además que la materialización de un derecho existente depende de un sistema de garantías que prevengan su realización.

En este capítulo se trata de manera particular la configuración y operatividad del sistema de garantías en el ámbito local en dos países: España y Paraguay. Importa señalar que a diferencia de las libertades clásicas, que tienden a operar como derechos subjetivos, el aspecto más relevante de los derechos sociales es su carácter de normas o principios objetivos del ordenamiento que vincula a los poderes públicos en la producción, interpretación y aplicación del derecho³⁰⁴.

La naturaleza de los derechos sociales fundamentales de rango constitucional describe un doble carácter objetivo y subjetivo que demarca el alcance de éstos en las diversas esferas públicas, y análogamente posibilita diversos tipos de exigibilidad política y jurídica (directa e indirecta), lo cual abre paso al tratamiento de las garantías que se desprenden de estos derechos. Podría entenderse esta interrelación de los derechos fundamentales objetivos y subjetivos junto con su exigibilidad como un desarrollo que puede darse en paralelo, pero que constituyen contingentes necesarios que sugieren la activación de garantías (sean estas normativas, institucionales y jurisdiccionales), con lo cual se cierra el círculo de la efectividad de los derechos sociales como derechos fundamentales.

La naturaleza de los derechos sociales fundamentales de rango constitucional describe un doble carácter objetivo y subjetivo. Sin embargo, en los preceptos constitucionales que

³⁰⁴ AÑÓN, M. J. y Otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 68.

establecen derechos sociales predomina la dimensión objetiva y esto constituye una cuestión determinante en la labor de los poderes del estado que deben corresponderse de manera inexorable a ellos. De esta manera, se entiende que ambos aspectos demarcan el alcance de los derechos de índole social en las diversas esferas públicas, y análogamente posibilitan diversos tipos de exigibilidad, política principalmente y de forma subsidiaria la jurídica (o en otras palabras directa e indirecta), lo cual abre paso al tratamiento de las garantías que se desprenden de éstos derechos en diversos grados.

Los derechos sociales fundamentales suponen su exigibilidad. Esto significa la potestad que poseen las personas y grupos de requerir su cumplimiento eficaz de manera inmediata. Conviene puntualizar que la exigibilidad implica obligaciones debidas por los poderes públicos a las personas y grupos y, por ende, sus acciones deben adecuarse al respeto, la protección, satisfacción y progresividad de los derechos sociales, por tanto, en todo sistema jurídico-político tiene cabida la exigibilidad política, administrativa y jurisdiccional.

Al tratar las obligaciones de los Estados, he de puntualizar que referiré a éstas comprendiéndolas desde una interpretación de unidad, integral e interdependiente.

La exigibilidad imbrica obligaciones de proceder dirigidas a todos los poderes estatales de los que deben enmarcar su proceder al respeto, protección, satisfacción y progresividad; supone además la inmediatez, es decir, que el cumplimiento vertical además debe completarse de la manera «más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo».³⁰⁵ Este carácter de la exigibilidad demuestra la evolución que tuvo lugar desde el seno del derecho internacional de los derechos humanos de las obligaciones estatales, centrando su proceder no sólo en acciones «negativas» o «positivas», incluidas las actuaciones «promocionales», de cara a materializar la realización de los derechos sociales en particular.

Este aspecto enseña la cara predominante de los derechos sociales fundamentales como derechos objetivos que requiere de un diseño amplio de líneas de implementación. En ese sentido, sostiene Calvo que la lógica promocional de los llamados derechos sociales implica

³⁰⁵ Así lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N.º 3, «La índole de las obligaciones de los Estados parte» (Párrafo 1 del art. 2 del PIDESC), párrafos 3 y ss.

modificaciones importantes tanto desde el prisma de la obligación jurídica como desde la óptica de las dinámicas y políticas encaminadas a la realización efectiva de los objetivos, fines y valores que protege este tipo de derechos.³⁰⁶ La obligación de promoción comporta una nota de efectividad que suma a la realización de la exigibilidad los derechos sociales fundamentales.

Conviene subrayar, como lo hace Añón, que «es posible afirmar que la exigibilidad no es sólo una cuestión judicial y, que la tutela judicial está plenamente justificada y es posible».³⁰⁷ Esta tesis pone el acento en la intervención activa de los poderes públicos políticos y administrativos para la garantía de los derechos sociales.

El aseguramiento de la realización efectiva de los derechos y el bienestar social va a producir un claro desplazamiento en la dinámica jurídica, desde la articulación de garantías judiciales y pseudojudiciales hacia la utilización del derecho para la realización de programas y políticas públicas que realizan valores e intereses sociales. La regulación y la burocratización se convierten en la expresión paradigmática de un modelo de intervención que exige la concurrencia de voluntades políticas y medios materiales adecuados para alcanzar los fines y objetivos establecidos [en] los instrumentos de protección de los derechos sociales.³⁰⁸ Importa destacar este aspecto extrajudicial de la exigibilidad, más bien abocada a praxis dirigidas a políticas legislativas y a políticas públicas dada la necesidad de hacer hincapié en la importancia de este rol, frente a la identificación mayoritaria que tiende a asemejar, y por tanto reducir, el concepto general de la exigibilidad con su aspecto jurisdiccional. En relación a esta lógica apunta Pisarello que «Una vez asumido, precisamente, que las vías jurisdiccionales no pueden ser la única, ni la principal vía de satisfacción de los derechos sociales, sería posible mostrar de manera coherente que son, sin embargo, vías posibles y convenientes de protección, y que todos los derechos de manera potencialmente equivalente,

³⁰⁶ CALVO, M., «La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Los derechos sociales como una exigencia de la Justicia. Cuadernos de democracia y derechos humanos*, ZAPATERO, V., y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2009, p. 207.

³⁰⁷ AÑÓN, M. J., «Cuestiones de Legalidad y legitimidad de los derechos sociales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 38.

³⁰⁸ CALVO, M., «La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Los derechos sociales como una exigencia de la Justicia. Cuadernos de democracia y derechos humanos*, ZAPATERO, V., y GARRIDO, M. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2009, p. 207.

presentan facetas que pueden ser objeto de exigibilidad, control y reparación por parte de tribunales independientes».³⁰⁹

La exigibilidad jurisdiccional se activa como una garantía secundaria, cuando un derecho es desconocido o su contenido violado por alguna acción u omisión estatal o por particulares con la anuencia de representantes del Estado. Esto implica la labor de los órganos jurisdiccionales, ordinarios y extraordinarios (Tribunal Constitucional), quienes deberán realizar una labor guiada por los estándares previstos por el PIDESC (consideración unitaria de los derechos humanos y la preponderancia de los principios de orden social dispuestos en la Constitución, tanto en sentido objetivo como subjetivo, como derechos de primer orden). Cabe agregar que tanto las obligaciones positivas como las negativas están sujetas a limitaciones, entre otros criterios, por ejemplo, por razones de interés público o porque se ponderan unos derechos con respecto a otros.³¹⁰ Como expresa Pisarello, lo que se exigiría a los tribunales, más bien, es que sean capaces, por un lado, de *retirarse* y de actuar con *deferencia* frente a aquellas actuaciones o abstenciones legislativas que amplían el ámbito de vigencia de los derechos civiles, políticos y sociales, y, por otro, de *involucrarse* y de ser *activos* frente a aquellas que, por el contrario, restrinjan de manera ilegítima su alcance normativo.³¹¹

Desde una concepción unitaria de los derechos humanos, las interrelaciones legislativas, institucionales y judiciales se puede establecer con mayor claridad los sujetos destinados por las normas sociales constitucionales.³¹² Esto aporta a la delimitación de las obligaciones y suma a la determinación de los actos o hechos violatorios de derechos de índole social.³¹³ En

³⁰⁹ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 112.

³¹⁰ AÑÓN, M. J., «Derechos humanos y obligaciones positivas», *La eficacia de los derechos sociales*, BERNUZ, M. J., y CALVO, M., Editores, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 53.

³¹¹ Para mayores detalles ver PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 122.

³¹² Para mayores detalles ver PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 112 y ss. y PISARELLO, G., «Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho», *Derechos sociales y las minorías*, CARBONELL, M., y CRUZ PARCERO, J. A., Compiladores, Universidad Autónoma de México, México DF, 2000, p. 111 y ss.

³¹³ En este sentido se expresa CALVO, M., «La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Los derechos sociales como una exigencia de la Justicia. Cuadernos de democracia y derechos humanos*, ZAPATERO, V., y GARRIDO, M. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2009, p. 208 y ss.

este marco se identifica además, según Pisarello, las «hipótesis cooperativas» entre el legislativo y la jurisdicción, particularmente la constitucional, para superar las relaciones de «tensión» que existen entre los poderes analizados al tiempo de ejecutar acciones positivas o negativas; «tensiones» que son detalladas en un esquema muy útil que permite observar en detalle y pueden ser fácilmente extrapolables a diferentes sistemas jurídico-políticos actuales.³¹⁴

El esquema que se sigue en este capítulo replica la estructura del sistema de garantías ideado por Pisarello para exponer las diversas aristas que componen las garantías de los derechos sociales. Se partirá por tanto de la reconstrucción unitaria, con la consigna de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos en sentido estructural y axiológico en primer lugar. Exponiendo el contenido social en el esquema jurídico-político local.

Más adelante se desarrollará la operatividad del sistema de garantías dispuestas en tanto carácter objetivo y subjetivo de los derechos sociales. De esta manera, se expondrán las garantías multiinstitucionales dispuestas por los Estados analizados y se hará hincapié en la interpretación de los derechos sociales de escala constitucional, así como su protección jurisdiccional; se distinguirán además las garantías extrainstitucionales o de carácter social para completar el carácter democrático de operatividad de las garantías.

Por último, se presentarán las garantías multiniveles, éstas incluyen, además de las garantías estatales, las dispuestas en el orden supranacional e infranacional y su operatividad a escala local.

³¹⁴ El esquema ensayado por Pisarello detalla que las relaciones pueden darse de la siguiente manera. Hipótesis conflictivas: 1) «Desarrollo legislativo que maximiza los derechos + activismo jurisdiccional que los minimiza»; 2) «Desarrollo legislativo minimiza los derechos + activismo judicial que los maximiza»; 3) «Omisión legislativa que maximiza los derechos + activismo jurisdiccional que los minimiza»; y 4) «Omisión legislativa que minimiza los derechos + activismo judicial que los maximiza». Las hipótesis cooperativas: 1) «Desarrollo legislativo que minimiza + deferencia jurisdiccional que también minimiza»; 2) «Desarrollo legislativo que maximiza + deferencia jurisdiccional que también maximiza»; 3) «Omisión legislativa que minimiza + deferencia jurisdiccional que también minimiza»; y 4) «Omisión legislativa que maximiza + deferencia jurisdiccional que también maximiza». PISARELLO, G., «Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho», *Derechos sociales y las minorías*, CARBONELL, M., y CRUZ PARCERO, J. A., Compiladores, Universidad Autónoma de México, México DF, 2000, pp. 111 y ss.

Esta dinámica propuesta en el desarrollo del esquema posibilitaría visibilizar en detalle los roles y, con ello, la mayor o menor adecuación o ajuste a las obligaciones de las acciones estatales que importan para la realización de los derechos sociales.

2. Derechos sociales en el marco jurídico constitucional del Estado español.

2.1. Breve reseña

La presencia de los derechos sociales en los textos constitucionales se da por razones que han marcado la historia de los Estados del siglo XX posteriores a las grandes guerras mundiales; y surgen como una respuesta al contexto social que reclamaba un cambio en el paradigma del Estado liberal de Derecho para aminorar las brechas de desigualdad social existente. Este cambio de paradigma deparaba para los nuevos Estados sociales de Derecho acercar sus funciones a la atención de las necesidades vitales básicas de las personas vinculadas a él teniendo como ideal la justicia social.

El devenir de los derechos sociales en el ámbito constitucional europeo señala a la Constitución de Weimar como la pionera en acoger a los derechos sociales, tomada como modelo por los constituyentes de la carta política española de 1978.

La Constitución de Weimar del año 1919 enunciaba derechos sociales³¹⁵ a ser desarrollados, siendo la normativa tomada como antecedente de las constituciones posteriores a la Segunda

³¹⁵ Fue sin embargo determinante la posterior tarea de la doctrina y jurisprudencias alemanas para el perfeccionamiento de la vigencia del Estado social de derecho; pues, por lo que hace a los derechos sociales, la cultura jurídica alemana los conformó en atención al sentido y alcance que subyacen en los mismos para la construcción y concreción de los servicios, límites y garantías ciudadanas que determinan el carácter social, plural y respetuoso de los valores de dignidad, igualdad y solidaridad que rigen las actuaciones de los estados democráticos. En otras palabras la doctrina y jurisprudencia alemanas han entendido y perfeccionado el sentido y alcance de los derechos sociales y han sabido posicionarlos como verdaderos valores realizables en el Estado social de derechos. En este sentido se expresa Alexy al mencionar que «Si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el término movetido de su génesis, habría que contar con un casi interminable e ilimitado debate de opiniones. El hecho de que, en gran medida, tal no sea el caso, se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años, ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro del amplio campo de posibilidades que otorga el texto constitucional. Lo que hoy son derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales —no obstante la controversia acerca de la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal— se ha convertido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional. ALEXY, R., *Teoría de los derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 23.

Guerra Mundial. En tanto, en el continente americano, la Constitución mexicana fue la precursora en materia social.

La Constitución española posee influencia alemana e italiana en lo que refiere al catálogo de derechos de amplio contenido social. Sin embargo, a diferencia de las constituciones europeas, la española es fruto de la reciente democracia precedida por un periodo dictatorial de más de tres decenios; y precisamente, es elaborada y aprobada en un periodo en que algunos autores señalan como la época de «crisis del Estado social»,³¹⁶ porque coincide con un periodo de crisis económica y financiera europea de finales de los años 70, y en medio de un cambio de paradigma de un Estado social a uno de corte neoliberal influenciado por los países del entorno. Podría entenderse este contexto como definitorio para identificar la ideología que subyace en la regulación del texto constitucional actual y en la interpretación jurídica a lo largo de estos años, puesto que sin duda este suceso dio lugar a una regulación de los derechos sociales, pero en términos diferenciados a los derechos clásicos de libertad, alejados de los fines del Estado, que se evidencia al poner el foco en las garantías de los derechos constitucionales reguladas en la norma suprema española.

Exponer el contexto social en el que entra en vigor la Constitución española supone un paso necesario para el análisis del contenido social de la normativa constitucional española, de cara a explicar el sentido otorgado a la regulación de los derechos sociales constitucionales y su significancia política, y para sugerir la adecuación de la interpretación judicial conforme a la coyuntura social para dar respuestas también desde esta perspectiva a las demandas sociales, y considerando especialmente la creciente reducción de las políticas vinculadas a derechos sociales sucedidas en los últimos años en el país con motivo de la crisis económica actual, que en suma desvirtúan el carácter social y democrático económico del Estado español, alejándolo de los ideales consignados por la carta política del año 1978.

³¹⁶ Conforme explica Noguera esto hizo que la Constitución española constitucionalizara un «Estado social de crisis» o una «crisis del Estado social». Es decir, que adoptara una posición intermedia entre los dos elementos en tensión que implicaba reconocer el Estado social pero en una forma que no tiene nada que ver con la de los viejos Estados europeos de posguerra, sino un Estado social muy limitado, muy débil y con unos niveles de protección de los derechos sociales muy bajos. NOGUERA, A., «EL Estado social y el tratamiento de los derechos sociales», en NOGUERA, A., y GUAMAN, A., (directores), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 199 y siguientes.

La interpretación constitucional enfrenta en la actualidad una doble tarea, de un lado aún se encuentra pendiente la convergencia unánime entorno al significado que se otorga a los derechos sociales consignados en el texto constitucional que, pese al avance en la doctrina, encuentra un freno importante en el sentido de las decisiones del Tribunal Constitucional como la no consideración de derechos sociales en su carácter subjetivo ni como derechos fundamentales. Por ejemplo, la STC 36/1991, de 29 de enero, FJ 5, refiere sobre la delimitación del art. 39.4 y se pronuncia en el siguiente sentido «en general (art. 53.3 CE) los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables». En cuanto a su consideración como derechos fundamentales ha expresado que «no puede ignorarse que el art. 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo a lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional», STC 199/1996, de 3 diciembre, FJ 3; y de otro lado, se identifica el retroceso de políticas de realización de derechos sociales adquiridos en detrimento del bienestar social y, por tanto, del aspecto social y democrático-económico a través de las reducciones en pensiones públicas o el caso de la sanidad, también ello se traslada a la esfera educativa y laboral.

A esta labor se sumaría la revisión constitucional en un sentido de posible ampliación del catálogo de derechos sociales como respuesta a otros derechos sociales —como el derecho al cuidado y el salario mínimo vital— invisibilizados culturalmente en tiempos de la promulgación de la Constitución del año 1978.

Este capítulo aborda los derechos sociales en el marco constitucional español atendiendo a su configuración. Igualmente se exponen los caracteres y aspectos que guardan los derechos sociales en el ordenamiento constitucional; se aborda de manera diferenciada las obligaciones que deparan para los poderes del Estado en sentido general y particular de cara a sumar a la identificación del cumplimiento de obligaciones y analizar las garantías constitucionales aplicables. Posteriormente se tratan los problemas que enfrentan los derechos sociales en la doctrina y jurisprudencia española como una constante llamada a su reinterpretación y se vincula con los desafíos constitucionales que enfrenta el Estado social democrático español como garante de la autonomía y la dignidad de las personas.

3. Constitución española y derechos humanos desde una reconstrucción unitaria

La determinación del carácter unitario de los derechos humanos en la Constitución española supone examinar la forma en que se expresa por medio de la proclamación explícita y vinculada de sus articulados. Igualmente, supone indicar el sentido que los convencionales han establecido en orden a la interpretación de los derechos fundamentales frente a la supremacía jerárquica de la Constitución que en estos casos, debe darse en razón de un orden supranacional de derechos humanos. El PIDESC refiere de manera específica las obligaciones de los Estados en su articulado, marcando el camino en el que debe conducirse la valoración de éste por los poderes públicos de los Estados parte.

En primer lugar, la construcción unitaria de los derechos humanos se entiende a partir de que la existencia de cada uno de ellos es consecuencia de la vigencia de los demás. A partir de ello, se comprende también la interdependencia, que tiene lugar en la esfera de la operatividad para reforzar la efectividad de los derechos. La interconexión y vinculación axiológica de los derechos humanos expresa y denota la relevancia de su interpretación como un conjunto unitario, indivisible e interdependiente; sin lo cual, la esencia misma de cada uno sería desnaturalizada.

En segundo lugar, esta naturaleza determina su estructura y vigencia como guía de la interpretación a escala local. La consideración unitaria, si bien deviene del ámbito del derecho internacional, se desarrolla y aplica en el campo del derecho local. De acuerdo a esto, y acorde a los instrumentos internacionales, la Constitución española refleja su acogida en diferentes artículos.

Para demostrar la manera como esto opera, este apartado desarrolla los caracteres expresados en el texto fundamental en orden al sistema de valores y principios que los constituyentes imprimieron al tiempo de su formulación, entendida no sólo como un texto político sino también como fuente del derecho a ser aplicado e interpretado.

De esta manera, los artículos 9 y 10 prevén esta síntesis en sus diversos incisos. Así, la primera parte del art. 9 establece el vínculo de todos los sujetos de derecho (poderes públicos y ciudadanos, así como grupos), la segunda aborda la obligatoriedad de actuación de los

poderes públicos de manera interrelacionada para garantizar la libertad e igualdad a todas las personas, y el inciso final refiere a la supremacía jerárquica de la norma constitucional que se manifiesta través de su consideración como fundamento y límite de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico.

Asimismo, se aborda la única limitación a este carácter supremo, que está dado por el inciso 2 del artículo 10, que ordena la remisión directa a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España cuando se trate de interpretaciones sobre derechos y libertades fundamentales. Esta disposición supone, con carácter obligatorio, un deber que debe ser ejecutado tanto por los legisladores, quienes deben interpretar la Constitución en el desarrollo normativo, como por los jueces y magistrados al tiempo de juzgar o derivar consultas en su caso al Tribunal Constitucional. Como se verá, la única matización que supone el carácter supremo de la Constitución de 1978 se encuentra establecida por la cláusula que dispone la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales conforme a los estándares establecidos en los instrumentos de carácter internacional y regional en materia de derechos humanos; lo cual constituye un desafío constante para el quehacer ejecutivo, legislativo y jurisdiccional.

La actual Constitución española se posiciona como un cuerpo normativo supremo que rige las actuaciones de los poderes públicos de la España democrática, que deben referenciar sus acciones posicionando a las personas en un plano de equidad real, a través de políticas inclusivas que sean capaces de dotarlas de autonomía suficiente para el desarrollo de su personalidad a lo largo de toda su vida como integrantes de la sociedad. Los artículos 9, 10 y 14 CE reseñan la dimensión de los derechos fundamentales, pues el mandato se dirige claramente a los poderes públicos y a la manera en que los mismos han de desarrollar su labor. «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1 CE). Desde una interpretación de indivisibilidad e interdependencia de derechos civiles, políticos y sociales cabría mencionar lo sostenido por Cascajo para quien la fuerza normativa de la Constitución (art. 9.1 CE) se proclama respecto a toda ella y no sólo en relación con algunas de sus partes o contenidos, por lo que sostiene «dando por sentado la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos respecto a los derechos sociales, sin olvidar su posible relación dialéctica, debiera irse a la

búsqueda de un estatus constitucional unitario que incluya también la siempre difícil cuestión de las garantías³¹⁷. Esto puede ser la base de la consideración del principio de indivisibilidad de los derechos humanos al campo constitucional para una interpretación que dé espacio a las posiciones sostenidas y recomendadas por los órganos internacionales sobre derechos sociales, mandato expresado en el inciso 2 del artículo 10, partiendo de una distinción de los conceptos de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Se entiende que los valores que los derechos sociales tratan de proteger son universales,³¹⁸ a ello se debe sumar que la afirmación y defensa de los derechos sociales no supone la negación de las libertades sino su complemento y un requisito necesario para que ellas gocen de pleno sentido.³¹⁹

En el mismo sentido el inciso 2 del artículo 9 dispone que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Esto significa que los poderes públicos están obligatoriamente llamados a promocionar y materializar los principios de libertad e igualdad de toda persona y grupo, y en particular aquellos que se encuentren en situación de vulnerabilidad (que refleja el carácter específico muy propio de los derechos sociales), enmarcando su actuar, en los casos que requieran por los condicionantes que posean las personas, para la participación plena en cuestiones políticas, sociales, culturales y económicas; es decir este articulado responde al fin de la igualdad en sentido material. Los derechos sociales son derechos de igualdad (si los derechos son un conjunto unitario e interdependiente los derechos sociales no realizan sólo un valor, sino que considerados en su conjunto, como se ha desarrollado en el capítulo precedente, todos los derechos humanos mantienen una continuidad axiológica, es decir, expresan los mismos valores, entre ellos, la igualdad) entendida en el sentido de igualdad material o sustancial por la filosofía que inspira su positivación, desarrollo y

³¹⁷ CASCAJO, J. L., «Derechos sociales en Derechos sociales y principios rectores»: *Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMINGUEZ, A., (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 43.

³¹⁸ REY PÉREZ, J. L., «La naturaleza de los derechos sociales», *Derechos y Libertades*, Número 16, Época II, enero 2007, pp. 137-156, p. 155.

³¹⁹ REY PÉREZ, J. L., «La naturaleza de los derechos sociales», *Derechos y Libertades*, Número 16, Época II, enero 2007, pp. 137-156, p. 156.

garantía, por los fines a los están orientados (compensación, remoción de desigualdades socioeconómicas) y por las técnicas normativas para cuya satisfacción se introducen en el Derecho a lo largo del desarrollo y despliegue del Estado social. «En términos generales puede afirmarse que, a diferencia de la igualdad formal, que es una igualdad de partida cuya vulneración (por ejemplo, una discriminación normativa) da lugar a una pretensión de nivelación, la igualdad material, planteada como igualdad de punto de llegada, puede y, en su caso debe comportar la juridificación de un tratamiento o régimen diferenciado que tenga en cuenta las posiciones distintas de los sujetos precisamente para remover o compensar una desigualdad de hecho que afecta a quienes están en esa situación».³²⁰ A su vez, la dignidad humana (artículo 10.1) y el mandato de interpretación de las actuaciones de los poderes públicos se conforme sobre lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales y la Declaración Universal de Derechos Humanos, (artículo 10.2) establecen las pautas para la activación de las instancias correspondientes a cada uno de los poderes públicos y demanda su interpretación respecto a la acogida del estándar supranacional en el ámbito interno del derecho, debiendo conformarse su interpretación en sentido acorde a los postulados de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado español.

Las implicancias de estos enunciados normativos se observan al contrastar la manera en que la Constitución española opera frente a cada uno de los poderes públicos. En efecto, el ordenamiento constitucional establece funciones orgánicas correspondientes a cada uno de los poderes del Estado; concierne por tanto, al poder legislativo, al ejecutivo y al judicial dirigir sus tareas en el sentido expresado en la norma fundamental.

De acuerdo con Tajadura la posición central que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico (como elementos objetivos y esenciales del mismo) los dota de una notable fuerza expansiva dirigida a asegurar, en todo caso, su plena efectividad.³²¹

Las formas que la exigibilidad toma para operar desde y frente a los poderes públicos encamina la acciones entendiéndolas como «fundamento del orden político y de la paz social» (art.10.1) de la CE no sólo desde una obligación negativa de respeto, guardando y

³²⁰ AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 66 y 67.

³²¹ TAJADURA, J., *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 82.

preservando la esfera personal e institucional prevenida por los derechos sociales fundamentales, o de la activación de la esfera de la obligación positiva para la concreción del contenido axiológico presente en el ordenamiento constitucional, sino fundamentalmente desde la comprensión de los derechos fundamentales como derechos multidimensionales que deben ser satisfechos de diversas maneras.

4. Configuración de los derechos sociales en la Constitución española

La Constitución española es un texto jurídicamente vinculante, que contiene derechos enunciados de diversa manera, y cuya presencia en la normativa determina el valor supremo que poseen. Torres de Moral refiere que la norma constitucional posee un valor normativo propio. «La actual rompe con la tradición secular y [e] inmediata y entronca con el breve precedente de la Constitución de 1931, estableciendo su propio valor normativo y vinculante directo necesariamente aplicable por todos los jueces y tribunales y demás operadores jurídicos (art. 9.1), con sendos sistemas de rigidez y de jurisdicción constitucionales como garantía de la norma suprema».³²² Cascajo vincula este fin constitucional de la normativa suprema estableciendo que el aspecto más relevante de los derechos sociales es precisamente su carácter de normas o principios objetivos del ordenamiento que vinculan a todos los poderes públicos (incluido el legislador) en la producción, interpretación y aplicación del derecho.³²³

La referencia a los derechos sociales se explicita en el Título I donde se encuentran establecidos los derechos de índole civil y política así como algunos derechos sociales descritos de manera directa. Este es el caso del derecho a la educación (art. 27); derecho de sindicalización (art. 28); y, el derecho al trabajo (art. 35). Otros derechos sociales se encuentran contenidos en el Capítulo III, como es el caso del derecho a la salud (art. 43); derecho al igual progreso social y económico (art. 40); el derecho a la seguridad social y pensiones (art. 41); derecho a un medio ambiente sano (art. 45); derecho a acceso a la cultura

³²² TORRES DEL MORAL, A. «Estado de Derecho y Democracia de Partidos», *Concepto de Constitución*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 139.

³²³ CASCAJO, J. L. «Ponencia sobre derechos sociales IX Congreso de Constitucionalistas», *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMINGUEZ, A, y NAVARRO, V., (coordinadores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 3.

(art. 44); pensiones y prestaciones para personas adultas mayores (art. 50); el derecho a las personas con discapacidad (art. 49); el derecho a la acceso a vivienda digna (art.47); la promoción de la participación de la juventud (art. 48); el acceso a información (art. 51); y el derecho de regulación profesional (art. 52).

A la luz del articulado referenciado, y acorde a los principios de igualdad, justicia y solidaridad, atendiendo a los principios constitucionales de la igualdad formal y material basadas en la dignidad de la persona humana, la igualdad entre hombres y mujeres, en la esfera pública y privada, el régimen político democrático, el especial tratamiento a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad,³²⁴ y desde un enfoque basado en derechos, se puede concluir que el texto fundamental posee una expresión de justicia social.

El catálogo sobre derechos sociales contenidos en el Título I, particularmente en los Capítulos II y III describe la presencia de los derechos sociales en la Constitución española y da cuenta del contenido esencial que los constituyentes imprimieron a éstos, independientemente de la manera en que los mismos se encuentran enunciados, ya que, como explica Añón «Los derechos sociales son normas jurídicas que pueden configurarse como reglas, principios o directrices que juegan, de hecho, un papel relevante en el sistema jurídico-constitucional, no ya sólo como normas objetivas, sino también en su dimensión subjetiva. [Indicando además que] el tipo de enunciado y la ubicación sistemática dentro de un texto constitucional son factores determinantes, aunque no definitivos, para garantizar adecuadamente un derecho».³²⁵

Otro aspecto de la configuración de los derechos sociales que debe ser abordado con seriedad es el que particularmente el artículo 11 CE llama al reconocimiento sustantivo de la calidad de vida de todas las personas, dando la pauta del nivel de vida que debe acoger grados de necesidades adecuados para un desarrollo digno de la personalidad, pero va más allá de ello

³²⁴ Si bien se explicita sobre los derechos sociales de las personas privadas de libertad como grupo en especial situación de vulnerabilidad, en el art. 25 se expresa que las personas privadas de libertad gozarán de los derechos fundamentales especificados en Capítulo II. Y reconoce expresamente que «En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad», la interpretación constitucional se ha pronunciado atenuando considerablemente estos derechos.

³²⁵ AÑÓN, M. J., y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 71.

cuando establece que «se debe además promover la mejora constante de las condiciones de existencia».

Bastida atribuye la amplitud de derechos proclamados en el Título I a que el «deseo del constituyente de hacer una amplia proclamación de derechos pudo más que el necesario rigor jurídico»³²⁶ y agrega además que «[la] falta de rigor repercute en la referencia que en otras partes de la CE se hace a los derechos fundamentales».³²⁷

La interpretación de Bastida podría señalarse como vinculada a un arraigado formalismo con el que la mirada clásica o legalista realiza la labor hermenéutica de los textos jurídicos, pero habría que dar importancia a lo que Pérez Luño explica cuando afirma que «Esta actitud formalista les ha conducido, en ocasiones, a cuestionar, e incluso a negar abiertamente, la normatividad jurídico-positiva de algunas de las nuevas formulaciones de los derechos fundamentales a las que han considerado como meros postulados programáticos dirigidos al legislador».³²⁸ Ante argumentaciones de este tipo formalista, García de Enterría califica de «falaz» a la doctrina que reputa simples declaraciones retóricas o postulados programáticos a los valores. Ya que precisamente éstos constituyen «la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación».³²⁹

Estas afirmaciones nos llevan a establecer el primer aspecto que hace a la presencia diferenciada de los derechos sociales a lo largo del texto constitucional. Los derechos sociales deben ser entendidos como derechos fundamentales en tanto los mismos suponen valores y principios de tal importancia que su garantía supone el desarrollo de una vida en condiciones dignas para las personas de una comunidad, sea que se considere a ellos como guía y

³²⁶ BASTIDA, F., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007, p. 136.

³²⁷ BASTIDA, F., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007, p. 137.

³²⁸ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 291.

³²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, p. 98.

parámetro de toda interpretación e implementación de la normativa constitucional o como valores normativos que pueden ser alegados por las personas.

La razón que motiva la presencia de los derechos sociales en la norma fundamental es claramente expuesta por Pérez Luño, quien puntualiza que los derechos sociales tienen como principal función «asegurar la participación de los recursos sociales a los distintos miembros de una comunidad».³³⁰

La importancia reconocida a los derechos sociales como contenidos constitucionales describe la clara conformidad de los constituyentes para que los mismos se encuentren disponibles a los sujetos amparados en las normas constitucionales con carácter general teniendo como fin la justicia social. De esta manera, la persona es considerada como el punto de partida del que se desprenden todos los enunciados constitucionales, incluyendo los de índole social, por tanto, ello es razón suficiente para establecer la relevancia mayor que supone la persona como figura anterior a cualquier otra demanda de carácter diferente, y consiguientemente, toda normativa infraconstitucional y conducta pública debe diseñarse atendiendo a las capacidades de las personas a quienes rige y en una doble esfera estatal, objetiva y subjetiva.

El análisis de la configuración constitucional de los derechos sociales describe una histórica negación de su carácter fundamental en la cultura jurídica española, donde los fines de los derechos de contenido social se relegan a una única dimensión, la de constituir principios rectores del ordenamiento jurídico. Ello ha supuesto el tratamiento diferenciado de los derechos sociales frente a los derechos civiles.

El primer aspecto que expondré relaciona el carácter fundamental con los derechos sociales y su consecuente denegación, que se sucede cuando se realiza una mirada a las posturas de la doctrina y jurisprudencia locales.

En segundo lugar he de reseñar la manera en que los mismos operan en el marco de su consideración como principios rectores de la política social —dimensión objetiva—, y como resultado de esta faceta unilateral, los derechos sociales poseen un tratamiento degradado de su tutela jurisdiccional, lo cual genera como consecuencia la ausencia de garantías destinadas

³³⁰ PÉREZ LUÑO, A., «Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española», *Documentación administrativa* N.º 271-272 (enero-agosto 2005), p. 17.

a la protección jurídica de cuestiones sociales, con las excepciones puntuales (derecho a la educación, huelga, sindicación).

Por último se aborda la interpretación de la supranacionalidad estipulada en la norma fundamental a través de la cual se considera la operatividad de los derechos sociales desde los postulados de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos como una respuesta frente a las posiciones que pretenden desconocer el carácter fundamental de los derechos sociales.

El carácter heterogéneo de los derechos sociales genera múltiples relaciones que demandan una consideración dogmática esclarecedora. La diversidad de configuración de los derechos sociales como normas jurídicas que pueden presentarse como reglas, principios o directrices presentan una heterogeneidad innegable. Esto es un tema de interpretaciones doctrinarias enfrentadas que van desde la consideración de éstos como principios rectores hasta meras declaraciones de intención. Sin embargo, al abordar los derechos sociales de contenido constitucional, hemos de tomar en cuenta que los mismos imbrican valores, principios y derechos cuya importancia guarda un orden primordial de desarrollo en el marco de un Estado social de derecho como se representa en el preámbulo y en el artículo primero de la norma constituyente española dispone «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (Art.1. CE).

Algunos autores señalan que la interpretación del papel de estos principios o derechos en el interior de la Constitución española como «derechos aparentes o prometidos»,³³¹ o como «declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico»³³² genera limitaciones. Este hecho determinaría su exclusión del catálogo de derechos fundamentales. Ante ello, se expresa que «siendo normas directrices caracterizadas por fijar los objetivos de la organización política establecida por la Constitución, es claro que contienen valores y criterios que son normativizados y que, por ello, son datos del ordenamiento que deben utilizarse para concretarlo, desarrollarlo e interpretarlo. Los

³³¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 24.

³³² GARRIDO, F., «El artículo 53 de la Constitución», *Revista española de Derecho Administrativo*, N.º 21, 1979, p. 176.

principios rectores no pueden pues ser entendidos como meros enunciados programáticos o, en definitiva, como pura «retórica constitucional».³³³ A su vez, se postula que los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales. La circunstancia de que un derecho, por ubicarse fuera de la llamada parte dogmática de la Constitución o de un apartado la misma especialmente reforzado cuente con un nivel menor de garantías (careciendo, p. ej., del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional) no impide que sea considerado, en términos conceptuales, un derecho fundamental».³³⁴

Para disipar estos cuestionamientos Pérez Luño ³³⁵ recurre a la historicidad que en el seno del ámbito constitucional poseen los derechos de configuración fundamental y apunta que «esta cuestión se sitúa en el campo de la interpretación, por tanto, el desconocimiento de éstos como auténticos derechos se advierte como una postura de interpretación positivista formalista. Cabe agregar a esto que la normatividad de los valores se prueba con la existencia de las denominadas “normas constitucionales inconstitucionales” (*verfassungswidrige verfassungsnormen*) con lo que se intenta subrayar la primacía hermenéutica de los valores, hasta el punto de determinar la inconstitucionalidad de las propias normas constitucionales que contradigan su sentido»³³⁶. Por tanto, lo que determina tal carácter son los valores que ellos entrañan, y que no puede ser desconocido, puesto que conllevan valores tanto mayor importantes que los métodos interpretativos que pretenden desconocerlos.

Como se advierte, las categorías derechos fundamentales y derechos constitucionales resultan idénticas. En la Constitución española se encuentran dispuestas normas que en apariencia no reconocen derechos fundamentales. «Pretender encontrar éstos en aquéllas exige un esfuerzo complementario de argumentación (una especie de carga de la prueba de

³³³ BALAGUER, F., *Manual de Derecho Constitucional Tomo II*, 12 edición. 2017, Tecnos, Madrid, 2017, p. 363.

³³⁴ ESCOBAR, G., *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, España, 2012, p. 461-462.

³³⁵ «conviene advertir que el fenómeno de la incorporación de los derechos fundamentales a los textos constitucionales no es nuevo, ya que las declaraciones de derechos o *Bill of Rights* constituyen, desde los inicios del consuetudinalismo, una de las partes que junto a la que establece y organiza la forma de gobierno (*Form of Government*) integran los textos fundamentales. Ahora bien, lo que se ha producido a partir de la Segunda Guerra Mundial ha sido una notable ampliación de los derechos reconocidos, así como el consiguiente esfuerzo por garantizar su status jurídico» PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 291.

³³⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, p. 98.

quien sostiene la tesis), pues va más allá del método más claro de interpretación, la interpretación literal»,³³⁷ pero más coherente con el criterio de interpretación sistemático y el principio de interpretación unitaria de la Constitución.

De acuerdo a lo expuesto podría entenderse que la doctrina española, históricamente caracterizada por una costumbre interpretativa de corte formal, redujo el entendimiento del carácter de los derechos sociales al ámbito objetivo en detrimento de la operatividad de su dimensión subjetiva. Podría incluso identificarse, como señalan Ponce, Noguera y Cano,³³⁸ una ideología liberal subyacente que impide el avance del desarrollo humano en términos sustantivos del Estado social y democrático de Derecho.

El predominio de esta práctica limita en la actualidad que estos postulados se conformen en la sustancia del Estado social de Derecho proclamado en la norma fundamental. Se subraya que un obstáculo frecuente para la realización de los derechos sociales, y, en definitiva, el Estado social y democrático de Derecho, es la negación de que los derechos sociales sean auténticos derechos subjetivos. «Serían principios, mandatos de optimización, en su caso, incluso, se dice aún, normas programáticas, pero no realmente derechos subjetivos para una parte relevante del pensamiento jurídico español».³³⁹

En materia internacional se postula el entendimiento de los derechos humanos con un reforzado sentido de unidad entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales tal como se ha expresado en los capítulos anteriores.

Sin embargo, estos preceptos establecidos en el ámbito internacional al ser contrastados con la normativa constitucional española presentan discrepancias. Así refiere Jimena cuando apunta que «en los textos internacionales y nacionales de derechos y libertades del principio de indivisibilidad de los derechos aparecen con frecuencia diferencias de régimen jurídico y

³³⁷ ESCOBAR, G., *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, España, 2012, p. 462.

³³⁸ PONCE SOLÉ, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 111, 2017, p. 68-98; CANO, J., «El derecho constitucional a una vivienda digna», *Revista de Derecho Urbanístico. Medio Ambiente*, 291, p. 143-172; NOGUERA, A., «EL Estado social y el tratamiento de los derechos sociales», en NOGUERA, A., y GUAMAN, A., (directores), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 199 y ss.

³³⁹ PONCE SOLÉ, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 2017, p. 74.

garantías de los derechos o cláusulas de progresividad, que condicionan los derechos a las posibilidades económicas o financieras (v. gr. art 2.1 del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966 de Naciones Unidas)»,³⁴⁰ dada la interpretación diferenciada en el ámbito local del internacional.

En España de acuerdo al artículo 53 de la norma fundamental, sólo los derechos sociales a la educación, sindicación y huelga tienen protección como derechos fundamentales de manera similar a los artículos 15 al 29 titulados «de los derechos fundamentales y las libertades públicas», y esto determina que en la jurisdicción constitucional, y en menor medida en la ordinaria, la tutela de los derechos sociales presente una protección deficitaria.

Frente a esto, se tiene igualmente que conforme a la disposición del artículo 10.1 y 10.2 de la Constitución española se acoge a la interpretación de la dignidad humana entorno a la Declaración Universal de Derechos Humanos, con lo cual la vía supranacional se encuentra habilitada en cuanto al carácter interpretativo de los derechos de índole constitucional. En atención a esto he de desarrollar en un apartado posterior cómo se ha interpretado estas disposiciones constitucionales.

Como corolario de este apartado, considero necesario referenciar que los contenidos de los instrumentos internacionales establecen las pautas en las que debe enmarcarse la interpretación de los derechos humanos y la tutela de ellos como garantías políticas y jurídicas. Hay que mencionar en ese sentido el PIDESC, en el orden internacional universal, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010 (en adelante CDF), así como la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta Social Europea en tanto que miembro del Consejo de Europa. Todos ellos podrían ser instrumentos de guía para la reinterpretación y reformulación que a escala interna se hace de la valoración de los derechos sociales, particularmente en atención al mínimo esencial, ya que la fuente directa de creación de derechos se deriva únicamente de la Constitución.

Las múltiples lecturas evidencian que en la actualidad numerosos autores claman aún por un necesario consenso a escala nacional sobre el carácter de los derechos sociales. Para Ponce

³⁴⁰ JIMENA, L., *La Jurisprudencia del Comité Europeo de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 24.

será preciso, pues, para hacer realidad el Estado social desde el derecho, cambiar, ante todo, esa *path dependency* mental, tarea en la que ya están trabajando meritoriamente numerosos *iuris publicistas* españoles en los últimos años.³⁴¹

5. Derechos sociales y operatividad de las garantías dispuestas en el Estado español

La naturaleza de los derechos sociales fundamentales de rango constitucional describe un doble carácter objetivo y subjetivo que demarca el alcance de éstos en las diversas esferas públicas, y análogamente posibilita diversos tipos de exigibilidad política y jurídica, lo cual abre paso al tratamiento de las garantías que se desprenden de estos derechos. Podría entenderse esta interrelación de los derechos fundamentales objetivos y subjetivos junto con su exigibilidad como un desarrollo que puede darse en paralelo, pero que constituyen contingentes necesarios que sugieren la activación de garantías (sean estas normativas, jurisdiccionales o institucionales), con lo cual se cierra el círculo de la efectividad de los derechos sociales como derechos fundamentales.

5.2. Dimensión objetiva

La dimensión objetiva de los derechos sociales fundamentales refiere a las actuaciones debidas por todos los poderes públicos a los que se dirige la norma constitucional conforme organización de poderes estatal existe. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español sobre los elementos objetivos del ordenamiento jurídico español se encuentra en la STC 25/1981 donde se apunta: «Los derechos fundamentales son elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en un Estado de Derecho y, más tarde, en un Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución». En la misma línea Añón refiere que «es su carácter de normas objetivas que

³⁴¹ La autora señala a la interpretación tradicional restringida de los derechos fundamentales como un obstáculo frecuente para hacer efectivos los derechos sociales y, en definitiva, el Estado social y democrático de Derecho, es la negación de que los derechos sociales sean auténticos derechos subjetivos. PONCE SOLÉ, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 111, 2017, p. 74.

expresan un conjunto de valores o decisiones básicas de una sociedad consagrados en el texto constitucional, que informan la producción, interpretación y aplicación del Derecho y que se erigen como parámetro del juicio abstracto de constitucionalidad [...]»³⁴². La interpretación de los mismos como elementos objetivos del ordenamiento debe servir para reforzar la validez de los derechos fundamentales como derechos humanos, «su significado como principios objetivos nunca deberá ser dissociado de esa idea nuclear».³⁴³

El aspecto objetivo de los derechos sociales fundamentales describe actuaciones debidas por los diferentes poderes públicos vinculados, con lo cual tienen la obligación de ejecutar acciones. Esto supone también la consecuente prohibición de inacción de los poderes públicos.

5.2.1. Exigibilidad política legislativa

El Tribunal Constitucional Español en la STC 53/1985 señala la obligación especial del legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los impulsos y líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa. Por tanto, la dimensión objetiva depara al legislador como principal obligado el cumplimiento de la garantía de legalidad. Esto implica el desarrollo de los derechos a través de la ley y entraña, igualmente, el respeto por parte del legislador del contenido esencial. El desarrollo legislativo supone una disposición a ser cumplida conforme a la naturaleza de la labor legislativa. En efecto, el legislador debe delimitar y regular el contenido del derecho, o sea, establecer el alcance y regular los contenidos axiológicos constitucionales. Esta relación entraña la configuración legal del contenido constitucional, al decir de Torres del Moral, «en este sentido, nada impide que el legislador les dé plena realización en forma de derechos, que serán entonces derechos de configuración legal, pero con fundamento constitucional. Ya hay ejemplos en materia de sanidad, de consumo, de personas con discapacidad, etcétera».³⁴⁴

³⁴² AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 60.

³⁴³ TAJADURA, J., *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 44.

³⁴⁴ TORRES DEL MORAL, A., «El Estado social y la evolución del constitucionalismo social» en TEROL, M, y JIMENA, L., (directores), *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 61.

Igualmente, la garantía de legalidad comporta un límite a los parlamentarios, cuya garantía es el contenido esencial y la reserva de ley. El artículo 53.1 CE detalla la obligación del legislador de enmarcar sus labores al contenido esencial de los derechos. En lo que hace a la operatividad y la valoración del contenido mínimo de los derechos sociales cabe establecer que el núcleo esencial es entendido como el contenido de los derechos constitucionales que no puede ser transgredido y se materializa a través de la protección constitucional. La importancia que encierra la cláusula de «núcleo esencial» es que determina la realización de los derechos. En el caso de los derechos sociales, el núcleo esencial posee un valor especial dado que determina la acción de los poderes públicos o prestación estatal. Este aspecto es tratado en profundidad por Pisarello, quien explica que «el contenido mínimo o esencial de los derechos estipulados en sede constitucional comporta para los órganos institucionales una serie de obligaciones que no pueden desconocer: desde la obligación de no regresividad arbitraria y el correlativo deber de progresividad, hasta la prohibición de discriminación en razón del sexo, el color, el idioma, la religión, la opinión, la posición económica, el origen nacional o cualquier otra condición social».³⁴⁵ Sin embargo, señala Añón que «aunque en nuestro sistema constitucional [el español] la garantía constitucional del contenido esencial [denominado por otros núcleo esencial], no sea extensible a todos los derechos sociales ubicados en el capítulo III de la Constitución de 1978»³⁴⁶, existen muestras de que el Tribunal Constitucional en las primeras sentencias (STC 32/1981; STC 26/1987, FJ 4; STC 76/1988, FJ 4; STC 37/1994 FJ 3) se ha pronunciado en favor del resguardo del núcleo intangible frente a la libertad de configuración del legislador, a veces identificada con la libertad de suprimir prestaciones. En otras palabras, «es el fin perseguido por los mandatos constitucionales sobre los derechos sociales lo que queda sustraído del juego de las mayorías políticas».³⁴⁷

En la práctica normativa, la regresividad se determina, conforme explica Añón, a través de un análisis comparativo de la nueva regulación y la norma que ésta ha modificado a fin de evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios reconocidos

³⁴⁵ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 117.

³⁴⁶ AÑÓN, M. J., y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 68.

³⁴⁷ AÑÓN, M. J., y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 68.

por la anterior.³⁴⁸ Cabe agregar que la vulneración de la prohibición de regresividad normativa —sea norma modificadora de rango legal o reglamentario— puede consistir en una reversibilidad de los derechos sociales que los elimine o que simplemente rebaje la cantidad o calidad de prestaciones asociadas a los mismos. [Y cita como ejemplo de ello] el Real Decreto-Ley 20/2011 de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público —que ha derogado la renta básica de emancipación de los jóvenes—, o la reforma del plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012 (Real Decreto 1713/2010, que suprime diversas medidas de fomento en este ámbito).³⁴⁹ En este mismo sentido se tiene el Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones —apenas atenuado por su reforma parcial—, norma que, entre otras medidas, excluyó del derecho a la atención sanitaria pública a determinados colectivos, entre ellos los nacionales de otros países en situación de irregularidad administrativa (art.1).³⁵⁰

Otra faceta de la garantía de la legalidad se observa en las disposiciones que prescriben las formas en que se ha de desarrollar el derecho en cuestión. En este sentido conforme explica Tajadura, «en muchos casos los mandatos a los poderes públicos para que actúen de una determinada manera o para que se abstengan de hacerlo, son preceptos de naturaleza programática, de los que no cabe deducir derechos exigibles por los ciudadanos»³⁵¹. Como materialización de esta postura de los derechos fundamentales se encuentra el artículo referente al derecho a la educación (art.27 CE) que especifica la manera en que se efectivizará el derecho a la educación (derecho universal gratuito). Estos supuestos, sin disponer el desarrollo normativo, entrañan igualmente la garantía por parte del legislador de facilitar su implementación.

³⁴⁸ AÑÓN, M. J., «¿Hay límites a la regresividad de derechos?», *Derechos y Libertades*, N.º 34, *Época II*, enero 2016, p. 63.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 64.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 64.

³⁵¹ TAJADURA, J., *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 44.

5.2.2. La exigibilidad frente a la administración general o poder ejecutivo

Este modo de exigibilidad se traduce en el diseño, mantenimiento y creación de políticas públicas y programas de cara a asegurar y acercar, a través de servicios públicos o medidas administrativas, los derechos sociales a toda la población. Un claro ejemplo de ello en España son las medidas administrativas. De acuerdo a Torres del Moral la eficacia del propio Estado social deviene de esta función cuando afirma que «ciertamente, su función es más bien la de: instaurar un sistema de solidaridad nacional (la seguridad social); plasmar la función de procura existencial y de prestación de servicios a fin de proporcionar o facilitar una cierta calidad de vida (sanidad, medio ambiente, consumo); mandar a los poderes públicos que atiendan a sectores de la población situados con desventaja en la sociedad (personas con discapacidad, juventud e infancia); mandarles que atiendan al grupo considerado básico de esta sociedad (la familia), [mujeres, personas privadas de libertad, migrantes, personas en situación de refugio y asilo, personas LGTBI], etcétera»,³⁵² (la cita es a modo de ejemplos ilustrativos, no taxativos). En esta esfera también adquiere relevancia el diseño y ejecución de políticas, programas, proyectos y medidas, particularmente en el ámbito económico para la satisfacción de los derechos fundamentales, como muestra de ello se encuentra la ejecución de medidas referidas al concepto de libertad en tanto igual libertad para todas las personas (art. 9.2) y la prohibición de discriminación (art. 14) , puesto que el Estado se encuentra llamado a crear las condiciones para que la libertad pueda desarrollarse en términos reales, atendiendo a que las diferencias, sobre todo en el plano económico y social, posicionan a las personas en situaciones diferentes para su pleno desarrollo. Ejemplo de ello es el artículo 158 CE donde se establece que «en los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español». Esto supone la ejecución de medidas presupuestarias suficientes para garantizar y hacer efectivo un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español,

³⁵² TORRES DEL MORAL, E., «El Estado social y la evolución del constitucionalismo social», en TEROL, M, y JIMENA, L., (directores), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 60 y 61.

lo cual se materializa a través de la LOFCA. Añón³⁵³ explica que jurisprudencialmente se ha definido «esencial» como la aptitud del servicio para ser condición material del ejercicio y disfrute de bienes constitucionales (STC 51/1986). Lo decisivo para esta calificación es, pues, que el servicio sea necesario para la satisfacción de derechos fundamentales y de bienes o intereses constitucionalmente protegidos (STS 14/4/2009). [y con ello] la determinación de la financiación de los servicios públicos considerados esenciales, básicos, fundamentales o de interés general, según las distintas denominaciones plasmadas en las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad delimita igualmente la acción del legislador. Respecto a la aludida igualdad, esta labor legislativa se constata con lo mencionado y citado por Tenorio, quien señala que «en la evolución en pos de la igualdad efectiva, hay una primera fase en la que se aplicó la igualdad real y efectiva del art. 9.2 CE ensayando la igualación entre hombre y mujer “hacia arriba” de modo que se hizo disfrutar al varón de beneficios previstos en la legislación para mujeres, es el caso de las STC 81/1982, de 21 de diciembre, (horas extra); 98/1983, de 15 de noviembre, (turnos nocturnos); 103/1983, de 22 de noviembre, (viudos); y 38/1986, de 7 de noviembre (varones discriminados).³⁵⁴

5.2.3. Exigibilidad semipolítica

En esta esfera se cuenta con instituciones como la Defensoría del Pueblo, como supervisora de las demás instancias administrativas, también se encuentra legitimado para plantear tanto recursos de inconstitucionalidad como de amparo. Ejemplo de inconstitucionalidad se vio en la impugnación de leyes, como cuando se recurrió la LO 7/1985, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros (STC 115/1987) o la Ley del parlamento de Canarias que establecía el sistema electoral del archipiélago por una hipotética vulneración del principio de proporcionalidad (STC 225/1998). El Tribunal Constitucional entendió positivamente esta interpretación extensiva de la legitimación activa del Defensor, al pronunciar que posee legitimación en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su cometido

³⁵³ AÑÓN, M. J., «¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?», *Derechos y Libertades* N.º 34, Época II, enero 2016, p. 70.

³⁵⁴ TENORIO, P., «El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social y los derechos sociales», en TEROL, M. y JIMENA, L., (editores), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 131.

constitucional (STC 274/2000). Por su parte, el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura establecido por la Ley Orgánica 1/2009 crea un Consejo Asesor como órgano de cooperación técnica y jurídica para ejercer las funciones previstas en la mencionada esfera. Operativamente, actúa de Adjunto cuando el Defensor delega estas funciones. Esta dinámica se replica en la esfera autonómica española.³⁵⁵ Recientemente se han creado instancias como el Alto comisionado contra la pobreza infantil y el Alto comisionado para la agenda 2030 creados por Real Decreto 419/2018, de 18 de junio, por el que se reestructura la presidencia del gobierno. Dichos órganos conforman el gabinete con rango de subsecretaría y conforman el gabinete del Gobierno, aunque aún no se tiene resultados de ambos, las labores que los atañen son una respuesta directa a las recomendaciones emitidas por los órganos de instrumentos internacionales sobre la base del análisis de la situación, en particular de la pobreza en orden infantil y con una marcada línea de progresividad en desarrollo social la dependencia correspondiente a la agenda 2030. Los ejemplos citados son a modo ilustrativo y referencial a aquellas instituciones que refuerzan las garantías de los derechos sociales, por tanto no deben interpretarse estos ejemplos de modo agotado.

5.2.4. Exigibilidad jurisdiccional

La dimensión objetiva de los derechos sociales presenta una faceta que se cumple en el ámbito jurisdiccional a través de la interpretación en abstracto de la Constitución. Esta labor la posee de manera exclusiva el Tribunal Constitucional cuyas funciones y organización se rigen por la Constitución española (Capítulo IX) y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, en adelante LOTC, la cual establece en el art. 1 «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente ley orgánica». En este sentido, se entiende que éste no forma parte de la jurisdicción ordinaria y es independiente de cualquier otro órgano constitucionalmente instituido, por tanto se

³⁵⁵ A través de los Estatutos de Autonomía o por leyes específicas equivalentes, algunas comunidades autónomas replican el diseño estatal, desarrollando la función de defensa de los derechos constitucionales y el control de la Administración autonómica, y, en ciertos casos, también la local.

constituye en el único órgano cuya finalidad es el control de la Constitución y debe por tanto vigilar su cumplimiento.

Para ello se encuentra habilitado el «recurso de inconstitucionalidad». Este procedimiento posee la nota característica de que no se encuentra motivado por la aplicación de alguna norma al caso concreto, sino que el control se realiza en abstracto y sólo puede ser interpuesto por el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta senadores y diputados respectivamente, y en ciertos casos los gobiernos y parlamentos autonómicos de manera posterior a la publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE). El efecto que posee el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de las leyes es la nulidad de éstas, por tanto se considera que las mismas no pertenecen desde ese momento al ordenamiento jurídico español. Existe también la posibilidad de que los tratados y convenios sean sometidos al análisis constitucional anterior a su entrada en vigor atendiendo a la responsabilidad en la que podría incurrir el Estado en caso de la declaratoria posterior de inconstitucionalidad. El efecto de esta declaración es vinculante, es decir, se debe acatar el sentido en el que se pronuncia el Tribunal Constitucional (art. 95 CE y 78 LOTC).

En lo que respecta a los derechos sociales constitucionales, importa mencionar que, al tratarse de un recurso habilitado para el control constitucional de leyes posteriores a la Constitución, la supervisión se da respecto a la labor legislativa que pudiese desconocer, violar o menoscabar algún derecho de naturaleza social. En este sentido, será considerado de manera especial los límites y principios impuestos a los legisladores en el desarrollo de los derechos, por tanto posee especial consideración en este ámbito el análisis del contenido esencial y de la no regresividad incursos en todo derecho fundamental de índole constitucional.

La obligación de no regresividad constituye uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el poder judicial a escala local. En efecto, el enfoque conceptual, de la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos,

sociales y culturales.³⁵⁶ Este precepto depara un desafío especial en la esfera jurisdiccional que muchas veces debe pronunciarse ante actos u omisiones que suponen violaciones a derechos básicos de las personas, y en ese sentido debe pronunciarse. El contenido esencial, presupuesto básico del principio de no regresividad, encuentra cabida en el derecho español en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español que ha señalado que «[...] la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven un menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (STC 57/1994, FJ 3 A). Sin embargo, se tienen ejemplos de que el mismo Tribunal Constitucional ha omitido esta postura estableciendo sentencias contrarias a ello como el caso de la STC 49/2015, por la cual, si bien denota la existencia de límites de reversibilidad, el pronunciamiento no es favorable a ello, dado que refiere a la discrecionalidad presupuestaria la decisión sobre medidas que afectan a derechos sociales priorizando la Ley de Presupuestos del Estado.³⁵⁷ También menciona Noguera que, «a nivel local tampoco parece haber acogido el criterio de irregresividad o irreversibilidad, esto es, la idea de que, si bien los derechos prestacionales no imponen una obligación de “avanzar”, sí establecen una prohibición de “retroceder”. Del art. 50, relativo a la protección de los ancianos, no se deduce el deber de mantener “todas” y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual STC134/1987)».³⁵⁸ En octubre de 2015, el Abogado del Estado, en nombre del presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana, donde se incluye la atención sanitaria a grupos en situación de vulnerabilidad. El Tribunal Constitucional sentenció en

³⁵⁶ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 96.

³⁵⁷ Esta afirmación es expuesta en detalle por Julie Ponce en PONCE, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista española de derecho constitucional*, N.º 111, 2017, pp. 83 y ss.

³⁵⁸ NOGUERA, A., «EL Estado social y el tratamiento de los derechos sociales», *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, NOGUERA, A., y GUAMÁN, A., Directores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 200-2001.

diciembre de 2017 que el mencionado Decreto-Ley debe declararse inconstitucional y nulo por vulneración del art. 149.1.16 CE.³⁵⁹

Frente a la postura del Tribunal Constitucional sobre la no regresividad, la jurisdicción ordinaria ha puesto límites a acciones legislativo-administrativas. Cabe señalar el caso sobre mecanismos que dan cabida a la privatización de asistencia sanitaria pública en la Comunidad de Madrid, que finalmente fue objeto de paralización, mediante autos del juzgado del contencioso-administrativo número 4 de Madrid de 2 de septiembre de 2013 y del Tribunal Superior de Justicia de fecha 11 de septiembre de 2013.³⁶⁰

5.3. Dimensión subjetiva

La heterogeneidad es un rasgo común de todos los derechos fundamentales, por ello, los rasgos «multidimensionales»³⁶¹ se identifican en todos los derechos de configuración constitucional (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).

El carácter subjetivo implica la potestad individual o colectiva de las personas para la realización de los derechos subjetivos de las personas, así como para reclamar o exigirlos de manera directa o indirecta ante los órganos obligados por la norma fundamental. En cuanto a este aspecto el Tribunal Constitucional español ha entendido que «Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia».³⁶²

El carácter subjetivo importa en el sentido de que conlleva que el sistema jurisdiccional despliegue actuaciones con miras al respeto, la protección y garantía de los derechos sociales

³⁵⁹ Para mayores referencias remitirse a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español al respecto en <http://www.ecestaticos.com/file/d566be3a57a3984c91379059e78fef65/1513682548-sentenciasanidaduniversal.pdf>

³⁶⁰ Para mayores detalles remitirse a PONCE, J., <http://eapc-rmdp.blog.gencat.cat/2013/10/02/la-privatizacion-de-la-sanidad-el-caso-de-madrid-entre-derecho-politica-economia-y-buena-administracion-juli-ponce/>.

³⁶¹ Expresión utilizada por autores como Pisarello, Hierro, Añón para referir el carácter poliédrico de los derechos sociales.

³⁶² Tribunal Constitucional español STC 25/1981.

de las personas garantizando de esa manera los derechos de libertad e igualdad. En este punto remito la cabal importancia que se toma en el ámbito del derecho subjetivo la utilización de la esfera jurídica para el abordaje de los valores o bienes que conllevan los derechos y que, conforme a varios autores, constituyen el punto de inflexión para la interpretación en un sentido amplio y desde un enfoque de derechos basado en la dignidad de las personas conforme se detalla el enfoque de los derechos subjetivos en el Capítulo I *ut supra*. Se advierte, sin embargo, que «La relevancia otorgada por los derechos sociales a quienes forman parte de determinados grupos deriva del presupuesto de que así se puede satisfacer mejor las necesidades de aquellos a quienes se intenta proteger. Pero, en todo caso, no se trata de proteger a los grupos en cuanto tales, sino a los individuos en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad».³⁶³ Esta motivación lleva a que autores como Vaquer propugnen más bien «leer la Constitución a la luz de la cláusula del Estado social y de las funciones de los poderes públicos de cara a garantizar la igualdad y la libertad».³⁶⁴

5.3.1. La exigibilidad jurisdiccional

Ésta alude al aspecto subjetivo de los derechos sociales, es decir, a la capacidad que poseen todas las personas y los grupos para exigirlos o reclamarlos de manera directa o indirecta a los poderes públicos ante las instancias jurisdiccionales previstas por la norma constitucional. La exigibilidad en el ámbito jurisdiccional presenta dos vías, de un lado la ordinaria, y de otro, la extraordinaria. Los derechos sociales como derechos subjetivos universales³⁶⁵ revisten la obligatoriedad de ser atendidos por las instituciones judiciales cuando sea requerida su intervención, y esto es extensible a cualquier instancia judicial ordinaria (exigibilidad jurisdiccional ordinaria). La exigibilidad jurisdiccional opera igualmente de

³⁶³ PÉREZ LUÑO, A., «Los derechos sociales y su significación actual», *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia. Cuadernos de democracia y derechos humanos*, ZAPATERO, V. y GARRIDO, M. I., (editores), Universidad de Alcalá Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2009, p. 44.

³⁶⁴ Para mayores detalles remitirse a PONCE, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 111, 2017, pp. 73 y ss.

³⁶⁵ La universalidad de los derechos sociales significa, simplemente, que si cualquier sujeto se encuentra en una situación de necesidad [...] será debidamente protegido por el derecho, AÑÓN, M. J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 66.

manera directa pero con carácter extraordinario cuando la acción judicial actúa en la esfera del Tribunal Constitucional (exigibilidad jurisdiccional extraordinaria), [...] por la vía de excepción a través de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE).³⁶⁶

La tutela de los derechos fundamentales prevista en el ordenamiento jurídico español prevé un sistema de dos vías. De un lado, a través del procedimiento ordinario de amparo especial y de una instancia extraordinaria a través del amparo constitucional en el ámbito del Tribunal Constitucional.

La justiciabilidad de los derechos sociales en el derecho español se encuentra determinada particularmente por el Art. 53 de la CE. Este orden de ideas supone que nos referiremos a los diversos grados de protección que se desprenden del mismo conforme la clasificación realizada por Pérez Tremps: 1. Protección excepcional; 2. Protección ordinaria; y 3. Protección debilitada. Esta misma lógica es seguida por la Prof. De la Iglesia quien reseña que de justiciabilidad reforzada serían los derechos sociales de la Sección Primera, de justiciabilidad plena, [aunque no operativamente reconocida, o más bien dejada de lado, por el TSC] los de la Sección Segunda de este capítulo; por último, desde la perspectiva de las garantías constitucionales, serían de justiciabilidad atenuada o diferida a la ley los recogidos en el *Capítulo III del Título I. De los principios rectores de la política social* y que son la mayor parte de los derechos sociales que refiere la Constitución española de 1978.³⁶⁷

5.3.1.1.El procedimiento de amparo ordinario

Este procedimiento se encuentra regulado a partir de la creación de un procedimiento de protección de los derechos fundamentales antes contenido en la Ley 62/1978 de protección jurídica de los derechos fundamentales, en adelante LPJDF, y ahora en la Ley 29/1998 que regula el procedimiento contencioso administrativo. Supone la existencia de un

³⁶⁶ DE LA IGLESIA, A., «La fragmentación de la exigibilidad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español», *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, TEROL, M., y JIMENA, L., Editores, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 121.

³⁶⁷ DE LA IGLESIA, A., «La fragmentación de la exigibilidad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español», *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, TEROL, M., y JIMENA, L., Directores, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 119.

procedimiento especial en vía contencioso-administrativa obligatorio y previo al amparo constitucional. Esta legislación reemplaza en sus arts. 6, 7, 8, 9 y 10 a la 62/1978, y mantiene el carácter preferente y urgente, pero ampliando el tratamiento del objeto del recurso, contemplando la lesión de los derechos tutelables en amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. El título V estipula el proceso ante esta instancia, estableciendo en el art. 14 «El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos previstos en el art. 53.2 CE, se regirá, en el orden contencioso administrativo [...]». Posee además la importancia de establecer la petición de medidas cautelares de cara a la suspensión del acto lesivo, en tanto evita que la violación del derecho fundamental se patentice antes de que se lleve a cabo, aunque el procedimiento no es sumario, sino más bien se rige por los plazos y procedimientos del contencioso administrativo. Independientemente de ello, los amparos promovidos en esta instancia suponen una vía que viene a constituirse en anterior al procedimiento especial ante el Tribunal Constitucional. Importa señalar que las sentencias emanadas sobre el amparo para la protección de derechos de índole fundamental y en tanto social, constituyen un avance destacable para la defensa de los derechos de carácter social, que se diferencia sustantivamente del ámbito constitucional.

El ámbito ordinario considera a los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos de aplicación directa, esta posición difiere de la postura del Tribunal Constitucional significando un cambio en el paradigma de los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales. A manera de ejemplo, en el ámbito contencioso administrativo se reconoció la legitimación directa de las personas con discapacidad (STS/1986 - RJ 1986/4396); sobre el derecho al medio ambiente (STS/1989 – RJ 1989/3233). También el derecho a la vivienda tiene acogida de manera directa (STS 1998 – RJ 1998/6149); (STS 2002 – RJ 2002-4826).

5.3.1.2. Amparo constitucional

El amparo constitucional se utiliza como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Existe posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional español promoviendo la acción de amparo, que en realidad actúa como instancia de casación, dado que el mismo debe pasar con anterioridad por el proceso ordinario y agotar las instancias que dan lugar a ello. Asimismo, La protección se da sobre la base del art. 53 de la CE y, en este sentido, importa señalar que el contenido de los derechos sociales queda replegado a una suerte de invocación indirecta, cuando para su protección se invoca la protección de otro derecho fundamental por conexión con éste. De esta manera, la exigibilidad jurisdiccional indirecta opera cuando se alude a la consideración de los derechos sociales como nexos o vinculados a otros derechos fundamentales de primer orden. El catálogo de derechos de la CE es cerrado, [...] no contiene cláusulas de apertura. [...] Ello no impide, sin embargo, que indirectamente, y con carácter excepcional, pueda ampliarse el catálogo sobre la base de la interpretación extensiva y evolutiva de las figuras expresamente reconocidas.³⁶⁸ Existen casos en que el Tribunal Constitucional español ha habilitado la tutela de la dimensión subjetiva al derecho al medio ambiente del artículo 45 a través del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (arts. 18.1 y 2); de esta manera el TCE se pronunció a través de la STC 119/2001, incorporando la jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 8 del CEDH. Aunque he de señalar que ésta no es la postura constante del TCE, dado que, «la reiterada negativa a analizar la legislación hipotecaria bajo el prisma del derecho a la vivienda (STC 4/81, Auto TC 113/ 2011 de 19 de julio) [1]»,³⁶⁹ determinó que el juzgado mercantil de Barcelona presentase una cuestión prejudicial ante el TJUE en el caso Aziz, en lugar de hacerlo como una cuestión de inconstitucionalidad.

En otros casos, que son mayoritarios, el Tribunal Constitucional ha reservado la calificación de derechos fundamentales a los derechos susceptibles de amparo con base en el art. 53.2 CE, es el caso del principio de presunción de inocencia (STC 56/1982, de 26 de julio, FJ 2). De otro lado, el Tribunal Constitucional ha considerado como característica esencial de los

³⁶⁸ ESCOBAR, G., *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, España, 2012, p. 462.

³⁶⁹ PONCE, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista española de derecho constitucional*, N.º 111, 2017, pp. 85 y ss.

derechos fundamentales la aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas: STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 17; 15/1982, de 23 de abril, FJ 8; 16/1982, de 28 de abril, FJ 1; 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1; 39/1983, de 16 de mayo, FJ 3; 31/1994, 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1; 39/1983, de 16 de mayo, FJ 3; 31/194, de 31 de enero, FJ 7.³⁷⁰ Por otro lado, en relación al principio de protección familiar (art. 39) sostiene que «es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado» (STC 222/1992) con lo que se concluye que el Tribunal Constitucional entiende la no vinculación de los principios en una posición que limita a los derechos sociales de índole fundamental.

5.3.1.3.La cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad tiene cabida cuando los jueces y magistrados poseen dudas sobre la inconstitucionalidad de la legislación que deberían aplicar. A través de este mecanismo, los jueces someten a consideración del Tribunal Constitucional el análisis sobre la constitucionalidad de aplicación de legislación a un caso concreto. En este sentido, el TC debe dictar sentencia, la cual versará sobre el caso particular.

Como ejemplo de esto se puede citar el reconocimiento por conexión entre derechos laborales y sindicales, donde también el Tribunal Constitucional propugna el respeto de los instrumentos de índole internacional. Es el caso en que la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sometió a la cuestión de inconstitucionalidad el Decreto-Ley 2/2010 de Andalucía y el Decreto-Ley 8/2010 del Gobierno del Estado, por considerar que ambos vulneraban el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, al dejar sin efecto las retribuciones pactadas para el año 2010. Para este tribunal «La eficacia vinculante de los convenios forma parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva que constituye, a su vez, contenido esencial de la libertad sindical y, en consecuencia, un convenio colectivo en vigor no puede ser dejado sin efecto mediante un

³⁷⁰ TENORIO, P., «El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social y los derechos sociales», *Tratado sobre protección de derechos sociales*, TEROL, M., y JIMENA, L. Directores, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 129.

decreto ley y sí tan sólo mediante una ley». Esta cuestión fue inadmitida por el Tribunal Constitucional español.

En otro caso, por ejemplo, declaró en cuanto al principio de exclusividad jurisdiccional y derecho a la tutela judicial efectiva la «nulidad del precepto que prescinde de la voluntad de una de las partes en el sometimiento a arbitraje cualquier controversia que pueda suscitarse» (sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018). Esta cuestión de inconstitucionalidad 2578-2015 fue planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con respecto al artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. En este caso se ha entendido que tal regulación es decir el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, es inconstitucional y nulo ya que el mismo podría colisionar con los artículos 24.1 y 117.3 CE. En este caso el órgano judicial considera que, de tener que exigirse “un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial”, se supeditaría “el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra y este tener que contar con el consentimiento de la contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión quebrantaría la esencia misma de la tutela judicial”³⁷¹.

6. Posibilidad de reinterpretación de los derechos sociales en la doctrina y jurisprudencia española a la luz del Estado social de derecho

El análisis de los derechos sociales de contenido constitucional sugiere tres interpelaciones que se dan en torno a la interpretación de los mismos como derechos fundamentales, en su aspecto subjetivo y en lo que hace su protección.

El catálogo sobre derechos sociales contenidos en el Título I, particularmente, en los Capítulos II y III, dan cuenta de la posibilidad de interpretación de los contenidos de derechos sociales enunciados que poseen aplicación directa; sin embargo en el mismo texto constitucional español, el artículo 53 establece una jerarquía de grados para la garantía de estos derechos, distinguiendo entre derechos fundamentales, derechos sin calificación de

³⁷¹ Sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018, Fallo, párr.2.

fundamentales, y los principios rectores.³⁷² Esta disposición denota el distanciamiento existente entre el reconocimiento constitucional entre estos derechos y sus garantías. Todo ello en detrimento de la unidad estructural de los supuestos tipificados e introduciendo por la pluralidad de reglamentaciones y medios de tutela la consiguiente incertidumbre respecto a su real significación, dice Pérez Luño [...].³⁷³ Para Balaguer, como consecuencia de ello «los [derechos] de inspiración propiamente socialista, no gozan de la especial protección de su invocación directa ante los tribunales, ni existe un contenido esencial en los mismos que, en principio vincule al legislador, sino que su efectiva aplicación y disfrute sólo puede venir de su desarrollo mediante la legislación ordinaria y la interpretación judicial».³⁷⁴

Sin embargo, hay posturas que restan importancia a este hecho. Así, para Cascajo, este artículo no viene a significar otra cosa que la especificación de la labor de los legisladores cuando señala que «en realidad lo que el art. 53.3 viene a decir es que “la declaración de derechos se divide en función del mayor o menor margen de maniobra del que dispone el legislador a la hora de desarrollarla”».³⁷⁵

La interpretación dogmática clásica —mayormente difundida— entiende, como sostiene Bastida, que «la interpretación de la Constitución sólo puede ser interpretación de aquel *deber ser* jurídico, no del imperativo político o filosófico que en ella quiera adivinarse. De otro modo, mal podría el órgano jurisdiccional competente razonar en términos jurídicos la inconstitucionalidad de cualquier norma».³⁷⁶ Sin embargo, detalla que el contenido esencial de los derechos sociales sí que debe tenerse en cuenta, pero al proponer un análisis

³⁷² En este sentido expresa Escobar Roca que la configuración del catálogo de derechos sociales en la norma fundamental supone la distinción de tres tipos de derechos sociales: los derechos que se encuentran establecidos de manera explícita, que no poseen mayor atención en este apartado; de otro lado se encuentran los derechos deducibles «que comportan una interpretación extensiva y evolutiva de las figuras expresamente reconocidas», como es el caso del derecho de autonomía reconocido a las personas con discapacidad; y por último derechos transversales, cuyo origen se basa en la interpretación de un aserie de normas y principios establecidos en la Constitución. Para mayores detalles remitirse a ESCOBAR, G., *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, España, 2012, pp. 460 y ss.

³⁷³ PÉREZ LUÑO, A., «Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española», *Documentación administrativa*, N.º 271-272 (enero-agosto 2005), pp. 32-33.

³⁷⁴ BALAGUER, F., *Manual de Derecho Constitucional Tomo II*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 349.

³⁷⁵ CASCAJO, J. L., «Ponencia: Derechos sociales», en CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMINGUEZ, A., y NAVARRO, V. (coordinadores), *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 26.

³⁷⁶ BASTIDA, F. J., VARELA, J. L. y REQUEJO, J., *Cuestionario comentado de derecho constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 157.

hermenéutico tan cerrado de las normas, la apreciación propuesta no da margen para que los mismos sean considerados en un plano de realización plena.

De un lado, hay quienes, como Bastida, interpretan que el contenido esencial debiera ser interpretado conforme a la dignidad pero desde un alcance cerrado, dado que ello podría dar pie a deformaciones que podrían conducir a inconstitucionalidades fáciles; por lo que remitían a que ello no se debería considerar más que en atenta expresión del texto constitucional en los casos señalados por la C.E a través del artículo 53 mencionado arriba.

Muchos autores se posicionan frente a esta tesitura promoviendo la superación de este fraccionamiento. En esta línea Cascajo refirió oportunamente que en vez de refugiarse en la fácil coartada que supone una lectura simplista del 53.3 CE, hay que «considerar el modo a través del cual los desarrollos normativos han ido moldeando (quizás alternando las altas con las bajas) un régimen jurídico hecho de luces y sombras...pero al que no podemos acercarnos con la claudicante impresión de que es un ámbito ajeno a la fuerza normativa de la Constitución y al sistema de valores y fórmulas políticas que le dan fundamento».³⁷⁷ En esta misma línea, De la Iglesia sostiene que «Los derechos sociales son inescindibles de la dignidad de la persona, y precisamente por ello, la justiciabilidad de los mismos siempre puede tener un carácter especialmente reforzado en ciertos supuestos, cuando esta conexión se presente más evidente».³⁷⁸

De un lado, quienes como Bastida sostienen que los derechos sociales no son derechos fundamentales señalan que «La fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la Constitución, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia indisponible por el legislador».³⁷⁹ Para este autor los derechos sociales no serían derechos fundamentales, dado que atribuye a la determinación del texto constitucional el carácter, o a la interpretación

³⁷⁷ CASCAJO, J. L., «Ponencia: Derechos sociales», en CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMINGUEZ, A. y NAVARRO, V., (coordinadores), *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 26-27.

³⁷⁸ DE LA IGLESIA, A., «La fragmentación de la exigibilidad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español», en TEROL, M., y JIMENA, L., (directores), *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 123.

³⁷⁹ BASTIDA, F., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007, p. 138.

cerrada que se podría hacer de la dignidad humana, al tiempo que establece que los derechos fundamentales poseen un núcleo intangible que constituye un límite, dado que las interpretaciones podrían crear muchas incertidumbres y deformar el verdadero sentido de los derechos de libertad e igualdad democrática, así como de la dignidad, y señala además que «Los derechos fundamentales son los recogidos en los Capítulos I y II en cuanto participan de las dos notas básicas del carácter fundamental de los derechos ya mencionados, la disponibilidad del derecho por su titular y la indisponibilidad de su existencia por el legislador».³⁸⁰ Agrega además que «la mayor o menor fundamentalidad dependerá de su mayor o menor grado de participación en la Constitución como norma fundamental del ordenamiento y fuente directa de relaciones jurídicas».³⁸¹

Ante esto he de señalar que es el fin de los derechos sociales lo que determina su relevancia en la conformación del Estado social y que precisamente ello los posiciona como derechos de primer orden. Esta argumentación se ve reforzada cuando señala Cascajo «En efecto no parece de recibo que el principio de vinculación a la Constitución opere de forma distinta según se trate de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, o bien de los Principios rectores del Capítulo III porque la fuerza normativa de la Constitución (art. 9.1 CE) se proclama respecto a toda ella y no sólo en relación con algunas de sus partes o contenidos». Esto da la pauta de la necesidad de aplicar el principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Asimismo, se sugiere la utilización de ese principio de indivisibilidad en la esfera del derecho constitucional para una interpretación que dé lugar a las posiciones sostenidas y recomendadas por los órganos internacionales sobre derechos sociales de cara a que se avance en el ámbito de las garantías de estos derechos en el plano jurisdiccional.

Debe considerarse además que la defensa de la dignidad humana conforme estipula el artículo 10.1 del texto constitucional y el mandato de interpretación de las actuaciones de los poderes públicos se conforme sobre lo establecido en los tratados y convenios internacionales y la Declaración Universal de Derechos Humanos 10.2; así como que la remisión al núcleo o

³⁸⁰ BASTIDA, F., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en ALEXANDER, R., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007, p. 139.

³⁸¹ BASTIDA, F., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en ALEXANDER, R., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007, p. 147.

contenido esencial de los derechos denota que el propio ordenamiento jurídico presupone una interpretación amplia del contenido de los derechos constitucionales en el marco de la dignidad de las personas y remite además a la interpretación conforme la doctrina del derecho internacional.

Un caso que demuestra la apertura, aunque sea limitada, de la CE es el que hace referencia al reconocimiento del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, que tampoco se encuentra reconocido como tal por la CE, pero de la interpretación de la misma se puede deducir la existencia de un derecho fundamental, y así lo ha hecho el propio legislador (art. 1.1 y 9.1).[...] el artículo contiene un mandato de actuación («Los poderes públicos realizarán...») pero del precepto puede deducirse, sin excesivos problemas, un derecho fundamental. En este caso se realiza la interpretación en atención al art. 10 CE y podría ser el argumento más fuerte, ya que el derecho que se reconoce deriva de la dignidad de la persona y del derecho internacional.³⁸² Hay ejemplos, como el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad que se ha operado teniendo como mira no sólo el derecho internacional, sino el valor de la dignidad de la persona. Este planteamiento supone simplemente el hecho de ceñirse al contenido axiológico de los preceptos constitucionales dejando de lado el formalismo riguroso que hasta ahora, fundado en un legalismo sin sentido, desconoce los valores que imprimen el sentido y otorgan el carácter social que debiera de realizarse en un Estado social sustantivo que asegure la vida en condiciones dignas a todas las personas. El Tribunal Constitucional a través de la sentencia STC 236/2007, entre otras muchas, establece de manera inequívoca la dignidad de la persona como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador.³⁸³

³⁸² Para mayores detalles remitirse a ESCOBAR, G., *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, España, 2012, pp. 466 y 467.

³⁸³ MARRADAS, A., «Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional», *UNED revista de derecho político* N.º 97, septiembre-diciembre 2016, pp. 219-242.

En efecto, podría afirmarse que los mayores obstáculos y limitaciones se encuentran en la esfera de las garantías jurídicas disponibles para reclamar el cumplimiento o las vulneraciones de los derechos sociales. Ello no obsta a que en otras esferas de poderes estatales se desconozca e incumpla la letra de los derechos sociales. Cuanto menos, importa señalar que la realidad del Estado español no da muestra de notables diferencias en lo que hace a las acciones desplegadas por los poderes públicos para garantizar los derechos civiles y políticos con los sociales; en tanto sí existen notables divergencias en el tiempo que se examina su protección judicial. En esta esfera se identifica una importante necesidad de reinterpretación en cuanto a los niveles de protección de derechos sociales para su reclamo, sea para reforzar los niveles de efectividad como en el sentido de limitar la regresividad, y por tanto conservar los aspectos sociales que determinan la calidad de vida a través de la reforma constitucional.

Esto es así dado que en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en un sentido que socava los derechos sociales, otorgándoles el carácter de meros principios rectores, otros negando su carácter fundamental y vinculante, e incluso desconociendo el respeto de los contenidos mínimos esenciales cuando de irreversibilidad se trató. Ello se produce además de espaldas e incluso de manera contraria a la corriente de la casuística del continente europeo, posicionándose en sentido opuesto a los avances y las directrices de la Unión Europea, y contraponiendo ello a los compromisos internacionales asumidos a través de los tratados y convenios internacionales cuyo cumplimiento el Estado debe implementar a escala local no sólo por medio de políticas legislativas y administrativas, sino trasladándolo de manera transversal a políticas judiciales. Además, esto podría generar mayor incertidumbre e inseguridad jurídica en el devenir de un Estado social democrático amplio y sustantivo que fuera respetuoso con la dignidad de todas las personas.

Quienes defienden esta postura sostienen que «El TC se esmera en dejar claro que, pese a los cambios mencionados, el proceso de concreción constitucional por el legislador es distinto del que él debe realizar. La STC 1/1981, y la STC 94/1998 «El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional [...]. Las preferencias

ideológicas y políticas son legítimas para el legislador y, en cuanto ciudadano, para el recurrente, pero no deben introducirse por ningún resquicio en nuestro razonamiento».³⁸⁴

Ponce³⁸⁵ señala que «ha sido sobre todo el entendimiento preponderante en nuestro país del concepto de derechos sociales (negando que sean auténticos derechos subjetivos), lo que ha condicionado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, así como el papel desempeñado por las leyes de presupuestos anuales los factores que, en realidad, han dañado el contenido social de nuestra Constitución, más que el texto literal de la misma».

La Constitución española posee un amplio contenido de derechos sociales, los cuales, sin embargo, no han evolucionado en cuanto a su interpretación y aplicación en el plano jurisprudencial. Podrían interpretarse estas dificultades como producto de la fragmentación literal del texto constitucional que genera que las reclamaciones sean difusas, con la consecuente fragilidad de garantía. Sin embargo, superado este estadio y aunque existen cambios³⁸⁶ que se aprecian particularmente en la consideración de la estructura de los derechos sociales como derechos subjetivos y como derechos reclamables en instancias jurisdiccionales como puede ser lo contencioso administrativo, tampoco se vislumbra que exista un criterio mayoritario consolidado favorable a los derechos sociales en contraposición a la histórica consideración devenida de la cultura jurídica española y del Tribunal Constitucional desde la vigencia de la carta de derechos fundamentales del año 1978.

En el ámbito del derecho contencioso administrativo posee una incipiente cultura de acogida al sentido imprimido por el PIDESC (es decir desde la consideración unitaria de los derechos humanos en su conjunto, como de la dignidad de la persona en la esfera de su desarrollo tomando como base las obligaciones estatales de respeto, protección y promoción). Es así que en España, la protección de derechos sociales en la esfera contencioso administrativa se

³⁸⁴ BASTIDA, F, y otros, *Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p.64.

³⁸⁵ PONCE, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 2017, p. 70.

³⁸⁶ La concepción más tradicional de los derechos sociales en España está afortunadamente cambiando desde hace algún tiempo, puesto que cada vez más autores destacan cómo la estructura de los derechos sociales es la de auténticos derechos subjetivos públicos que, como mínimo, articulan la pretensión (defendible judicialmente de forma inmediata) de ser respetados, protegidos y satisfechos con la máxima diligencia posible por los poderes públicos (destacando en esa dirección, por ejemplo, Escobar Roca). PONCE, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 111, 2017, p. 70; *Ibidem*, p. 75.

presta a través de la institución de la responsabilidad patrimonial que viene a reparar los daños que se causan como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Si bien el Tribunal Constitucional español ha mostrado una apertura a través de la interpretación de instrumentos internacionales como el caso de la tutela de la dimensión subjetiva por vía de la conexión con otro derecho fundamental, el caso del derecho al medio ambiente a través del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio que, si bien constituyen un avance en cuanto al litigio en aras de la justiciabilidad para el reconocimiento por la vía indirecta o por el nexo de los principios rectores de la política social y económica con otros derechos fundamentales reconocidos, ello no es sinónimo de que la realización de los derechos sociales considerados desde la esfera constitucional se encuentren en un ritmo de avance proveniente del TC.

Esta inmovilización del Tribunal Constitucional genera que en la doctrina, numerosos autores sostengan que la multiplicidad de acciones que generan los derechos sociales conduce a la necesidad urgente de una reinterpretación de éstos, propugnando un cambio de enfoque, no sólo desde la finalidad de los mismos en el sistema normativo constitucional; sino también en la expresión que se impone atendiendo al sentido que la presencia de ellos imprime al carácter del Estado social y democrático de Derecho.

Más allá del obstáculo que supone la minusvalía que se desprende del ámbito jurisdiccional del Tribunal Constitucional español, es preciso señalar que esto genera consecuencias que podrían interpretarse como una denegación directa del Estado social de derechos por parte de un poder público que constantemente antepone razones ideológicas y económicas a valores constitucionales que atienden al bienestar y la vida digna de las personas, cuyo devenir es determinado por posturas ajenas a realidades humanas, en total contraposición al mandato constitucional de servicio para el bienestar social.

Es importante señalar que hemos de tener en cuenta la normatividad de los valores que rigen la norma fundamental, y en este sentido propugnar la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad por infracción de los valores constitucionales como una cuestión paliativa y temporal. Conviene recordar que el recurso de inconstitucionalidad «contra leyes

y disposiciones normativas con fuerza de ley» [art. 161.1.a] de la Constitución], puede fundarse en «la infracción de cualquier precepto constitucional» (art. 39.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y, por tanto, también en la infracción de los valores constitucionales.³⁸⁷ Teniendo presente que esto no obsta a la inseguridad jurídica que arrojaría el hecho de que tal situación no se modificara, por lo que reitero, las propuestas de reconstrucción no deberían ser dejadas de lado.

El tardío avance en la doctrina española de los derechos sociales como derechos humanos de primer orden tiene su cuota de peso en la garantía degradada de los derechos sociales. Sin embargo, es en el ámbito jurisprudencial donde se instala el foco de la preocupación cuando se dirige la mirada a su interpretación.

Frente a ello, en la actualidad «cada vez autores destacan cómo la estructura de los derechos sociales es la de auténticos derechos subjetivos públicos que, como mínimo, articulan la pretensión (defendible judicialmente de forma inmediata) de ser respetados, protegidos y satisfechos con la máxima diligencia posible por los poderes públicos [...] y, [...] deben ser dotados económicamente de lo posible, cuando precisen gasto público (puesto que habrá ocasiones en que con una simple regulación podrán hacerse efectivos, por ejemplo, reservas de suelo para vivienda protegida) y su regresividad debe estar adecuadamente motivada y está limitada en lo que respecta a su núcleo mínimo,³⁸⁸ como se ha expresado en el capítulo referente a las obligaciones. En cuanto a la interpretación, algunos autores como Gordillo y Zorrilla mencionan además que “existe una creciente tendencia en la doctrina a eliminar las diferencias conceptuales entre derechos de primera generación (o civiles y políticos) y derechos de segunda generación (o sociales y económicos), el debate propiamente jurídico positivo se centra en la posibilidad de la aplicación directa de disposiciones sociales que a menudo vienen configurados como el pariente pobre” de los derechos constitucionales».³⁸⁹

³⁸⁷ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 293.

³⁸⁸ PONCE, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 111, 2017, p.75.

³⁸⁹ ZORRILLA, M., y GORDILLO, L., «Garantías institucionales de los derechos sociales», en CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMÍNGUEZ, A. y NAVARRO, V., (coordinadores), *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 184.

Ahora bien, el contenido de derechos sociales de orden constitucional se da como un paso más de la necesidad de las personas de regular el poder del Estado en el marco de la seguridad como un *continuum* de la dignidad humana. Una extensión de la lógica de seguridad y cuidado de las personas no sólo desde el ámbito de resguardo contra las agresiones o atropellos y el respeto a la integridad física (en el sentido de los derechos civiles y políticos); sino la seguridad económica y el bienestar para el desarrollo de una vida en condiciones adecuadas a las necesidades que sostengan y aseguren una existencia digna.

Siguiendo a Cascajo, quien afirma que «no se puede sostener ya la idea de la Constitución como foto fija al margen de la evolución que se ha producido en todos los órdenes y de sus múltiples aperturas a otros ordenamientos jurídicos con los que resulta obligado contar»,³⁹⁰ se sugiere la necesidad de avanzar en el diseño de mecanismos de garantía de los derechos sociales. Esta línea es compartida por numerosos autores que postulan un «blindaje» de los derechos sociales mediante la vía de la reforma del texto constitucional.³⁹¹ A su vez, reitero la importancia de la propuesta de Cascajo ya mencionada, pero de relevancia para esta tesis que debiera irse a la búsqueda de un estatus constitucional unitario que incluya también la siempre difícil cuestión de las garantías.³⁹²

Con todo podría concluirse que la complejidad de configuración que poseen los derechos sociales no es un tema que sólo tenga lugar en el derecho español, sin embargo supone para el mismo, y para quienes deban interpretar y aplicar el derecho, un desafío que vendría de la mano del entendimiento de los fines de los derechos sociales en una democracia sustantiva que no se enmarquen sólo en la literalidad pura de la norma fundamental que pretende servir de guía instrumental para la justicia social.

³⁹⁰ CASCAJO, J. L., «Ponencia: Derechos sociales», en CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMINGUEZ, A., y NAVARRO, V., (coordinadores), *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 p. 38.

³⁹¹ Para mayores detalles dirigirse a PONCE, J., Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 111, 2017, p. 75.

³⁹² CASCAJO, J. L., «Ponencia: Derechos sociales», en CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMINGUEZ, A., y NAVARRO, V. (coordinadores), *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 43.

7. Garantías extra institucionales

Esta exigibilidad supone el actuar por iniciativa popular. Existen países en que la normativa constitucional permite, por ejemplo, propuestas legislativas, también se da el caso más frecuente de las sesiones asamblearias públicas a través de las que se someten cuestiones de índole social a un diálogo con grupos y personas de la sociedad civil, ante todo cuando se presentan proyectos de ley. En general las movilizaciones sociales constituyen una manera de asegurar el respeto de los derechos humanos. Las acciones civiles pueden ir desde manifestaciones públicas, solicitud de medidas políticas, legislativas o, igualmente, cuando realizan una vigilancia constante del cumplimiento o no de los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de la elaboración de informes a órganos de supervisión de derechos humanos se tiene que en el último periodo informado la sociedad civil ha manifestado que «el Gobierno central ha impedido sistemáticamente el desarrollo de leyes autonómicas que pretendieran, o bien dar una mayor protección de garantía que la legislación nacional, o bien eliminar elementos discriminatorios contrarios al derecho Internacional de los Derechos Humanos».³⁹³ Citan como casos, por ejemplo: Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, por la función social de la vivienda en la Comunidad Valenciana; aprobado recurrir por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en Consejo de Ministros del 3 de noviembre de 2017; o el Decreto Ley 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda. Recurso 49522016 admitido por Tribunal Constitucional.

También las iniciativas desde organizaciones no gubernamentales o clínicas jurídicas de derechos humanos de presentar *amicus curiae* en el marco de procesos judiciales donde un tercero presenta elementos ante los jueces y magistrados que deben decidir sobre un asunto determinado. Si bien en el Estado español se han tenido iniciativas privadas, sin embargo fueron rechazadas por el TC.

³⁹³ Informe Conjunto de las organizaciones de la sociedad civil española al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Revisión 2012-2016, p. 13. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/ESP/INT_CESCR_CSS_ESP_30397_S.pdf

Así, por ejemplo, se detalla que estas actividades son el resultado de conquistas históricas, de luchas muchas veces encarnizadas, inacabadas y reversibles. La ampliación de los derechos, la satisfacción creciente de las necesidades básicas que permiten expandir la autonomía individual y colectiva de las personas, han dependido siempre de la eliminación, tanto de viejos privilegios, como de antiguos derechos convertidos en privilegios. Y es que si los derechos no tienen sentido sin deberes, es igualmente evidente que no puede haber sujetos con deberes, con obligaciones, sin sujetos capaces de obligar.³⁹⁴

8. Exigibilidad en orden a las escalas

Vista la exigibilidad en el ámbito estatal, he de detallar el ámbito supranacional, regional e infranacional. Existen dos instancias que vienen a complementar, desde el ámbito internacional y regional, la tutela de los derechos sociales a escala local.

8.1. Garantías supranacionales

La primera es la vía del Consejo de Europa, creado en virtud del Convenio de Roma de 1950. Este mecanismo se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los estados miembros de este organismo regional adoptaron en 1961 la Carta Social Europea (CSE) o Carta de Turín que contiene una lista de 19 derechos sociales en el ámbito principalmente laboral y de la salud. En 1988 se adoptó un protocolo adicional que incluye los derechos a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión sin discriminaciones por razones de sexo; el derecho de los trabajadores a la información y consulta dentro de la empresa; el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral en la empresa; y el derecho a protección social de las personas ancianas. En 1996 se adoptó la Carta Social Europea (revisada), hasta alcanzar los 31 derechos sociales.

³⁹⁴ APARICIO, M., y PISARELLO, G., «Los Derechos humanos y sus garantías: nociones básicas», en en BONET, J., SÁNCHEZ, V. *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens, 140-161, 2008, p. 159.

España es Estado parte de la CSE (1961) y de su Protocolo (1988), pero no de la Carta revisada de 1996. Sin embargo, ha acogido los 19 preceptos de la CSE y los cuatro protocolos, y está obligado por ellos. En cambio, no está obligado a derechos como a la protección frente al despido; al derecho de los trabajadores a la tutela en caso de insolvencia de su empleador; al derecho a la dignidad en el trabajo; al derecho de los trabajadores con cargas familiares a la igualdad de oportunidades y de trato; al derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder; al derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo; al derecho a protección frente a la pobreza y la exclusión social; ni al derecho a la vivienda.

En cuanto a la supervisión internacional de la CSE, es importante destacar que existen dos mecanismos de control. De un lado, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que a pesar de ser independiente y estar compuesto por expertos realiza recomendaciones y conclusiones a los Estados que no son vinculantes. Este Comité tiene dos tipos de competencias; una es facultativa y muy pocos Estados la han aceptado, por lo que la efectividad presenta algunas disparidades, en tanto los Estados se acojan o no a sus facultades. De otro lado, se cuenta con el TEDH, si bien en un principio emitía resoluciones de cara a las protecciones de derechos civiles y políticos, ello se fue ampliando conforme el criterio de unidad de interpretación de los derechos humanos. En este sentido, el TEDH ha entendido en casos que implicaban violaciones de derechos sociales. Así, se tienen precedentes resolutivos sobre protección de derechos sociales a partir del año 1979 (caso Airey contra Irlanda).³⁹⁵ De acuerdo con López Guerra, «este enfoque ha dado lugar a una ampliación e interpretación del Convenio que ha tenido profundas consecuencias en la protección de los derechos “de la segunda generación”». ³⁹⁶ Existen diversas maneras a través de las que el TEDH ha incluido la

³⁹⁵ «El Tribunal es consciente de que el progreso en la puesta en práctica de los derechos económico y sociales depende en gran manera de la situación- sobre todo la situación económica- existente en el Estado del que se trate. Por otra parte, el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de cada momento (ver sentencia citada Marckx, p.19 para.41), y está diseñado para salvaguardar al individuo de forma práctica y efectiva en las áreas sobre las que el Convenio versa(...). Si bien el Convenio establece esencialmente los que son derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones de naturaleza social y económica. Por ello el Tribunal estima, en la misma forma que la comisión, que el mero hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse en la esfera de los derechos económicos sociales no debe ser factor decisivo contra esa interpretación; no hay una división estanca que separe esa esfera de la del ámbito protegido por el Convenio».

³⁹⁶ LÓPEZ, L., «La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en TEROL, M. y JIMENA, L., *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 298 y 299.

protección de los derechos sociales en el ámbito del Convenio Europeo³⁹⁷ a partir de proyección o efecto indirecto general de los derechos civiles y políticos; como efecto reflejo, o de manera directa a través de los derechos como sindicación y pensiones que han sido incorporados en el marco de los protocolos que se sucedieron. Además, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal (a la vista de la práctica de otros tribunales internacionales) ha conducido a establecer el carácter vinculante y no meramente indicativo de la adopción de esa medida.³⁹⁸ En algunos casos el TEDH puede dictar incluso medidas cautelares que tienen un importante sentido de efectividad.³⁹⁹

En el caso de España se tienen condenas provenientes del TEDH en casos como Muñoz Díaz c/ España 2009, (derecho a la propiedad, no discriminación e igualdad) por el reclamo de privación de prestaciones por viudedad a una mujer adulta mayor. En el caso Sánchez Navaja c/ España 2001, la jurisprudencia del TEDH recurrió a la interpretación de la libertad sindical como instrumento para el reconocimiento de derechos laborales y beneficios sociales. Otro caso especialmente destacable es López Oltra c/ España sobre violación del derecho a domicilio, vida privada y familiar, en conexión con derechos al medio ambiente saludable y

³⁹⁷ Cabe señalar entre ellos, la proyección o efecto indirecto general de los derechos civiles y políticos. La jurisprudencia ha sido aplicada en lo que hace al derecho al debido proceso en conexión con los derechos sociales, en el derecho a la no discriminación y en el derecho a la propiedad. Asimismo, se ha incluido a los derechos sociales en el marco de intereses jurídicamente protegidos que pueden delimitar y modular los derechos expresamente reconocidos en el Convenio como «efecto reflejo». Además, el tratamiento de derechos que se constituyen en un cause o camino instrumental para su defensa, en lo que respecta al derecho de asociación de carácter sindical y los que se encuentran vinculados a este. Por último, de manera directa, la protección puede darse en el caso de los derechos incorporados por los posteriores protocolos al Convenio, como puede ser el derecho a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado o pensiones por ancianidad que abordan aspectos de derechos sociales desde un enfoque relacionado con acciones progresivas basados en la dignidad de la persona.

³⁹⁸ LÓPEZ GUERRA, L., «El sistema europeo de protección de derechos humanos», en BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES, A. (coordinadores), *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p.173.

³⁹⁹ Detalla López Guerra que efectivamente, y frente a precedentes iniciales en otro sentido (así, en el caso Cruz Varas c. Suecia¹⁸, relativo a la fuerza vinculante de medidas adoptadas por la Comisión) el Tribunal, en forma consistente, ha considerado que el no seguimiento por parte del Estado demandado de sus indicaciones referentes a la adopción de medidas provisionales constituye una violación del artículo 34 del Convenio, según el cual, por un lado, se reconoce el derecho al acceso al Tribunal, y por otro se establece que los Estados firmantes «se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho». Así, en el caso Mamatkulov y Askarov c. Turquía¹⁹ el Tribunal estimó que se había producido la violación del artículo 34 del Convenio debido a que, pese a la indicación en contra del Tribunal en aplicación del artículo 39.1 del Reglamento, el gobierno turco había procedido a extraditar a Uzbekistán a varias personas que habían presentado una demanda ante el peligro de verse allí sometidas a malos tratos. LÓPEZ GUERRA, L., «El sistema europeo de protección de derechos humanos», en BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES, A. (coordinadores), *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p.173.

el derecho a la salud en tanto la instalación de una fábrica de tratamiento de residuos en la localidad de Lorca (España), dada la constatación del TEDH de que «las emanaciones de sulfuro de hidrógeno procedentes de la planta sobrepasaban el límite autorizado», de modo que «podían generar un peligro para la salud de los habitantes de las viviendas próximas, y por último, que podría haber un nexo de causalidad entre dichas emanaciones y las afecciones que sufría la hija de la demandante».⁴⁰⁰ Similar es el caso *Moreno Gómez c/ España* sobre violación a la privacidad y familiar y derecho a un medio ambiente saludable por ruidos nocturnos procedentes de discotecas y bares instalados cerca de su domicilio con autorización del municipio valenciano. Asimismo, en el caso *Manzanas Martín c/ España* en la que el TEDH ha considerado una discriminación hacia los ministros del culto evangélico en relación con los sacerdotes y religiosos de la Iglesia católica, en la aplicación del artículo 1 del Protocolo Primero, al no haber previsto con ocasión de su integración en el Sistema de la Seguridad Social un régimen transitorio que permitiera computar como cotizados a efectos de la pensión de jubilación periodos de ejercicio de su ministerio anteriores a dicha integración. La decisión *Jiménez Ruiz* del año 2017 por acuerdo de solución amistosa entre las partes, que refiere a la negativa en reconocerle una pensión de viudedad en base a la falta de notificación al juez de su reconciliación tras haberse separado judicialmente, podía atentar contra el principio de no discriminación reconocido en el artículo 14 del Convenio, junto al derecho a la propiedad garantizado por el artículo 1 del Protocolo 1.

Resoluciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del sistema universal de derechos humanos:

En la esfera del sistema universal de protección la adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina la competencia del Comité DESC para dictaminar sobre comunicaciones relativas presuntas violaciones del mencionado protocolo desde el 5 de mayo de 2013. Si bien el trabajo del Comité en esta esfera es incipiente, se cuenta con dictámenes que responsabilizan al Estado español que trata de manera particular sobre el derecho a la vivienda digna. Tales son los casos de *Mohamed Ben Djazia and Naouel Bellili*, con dictamen de junio de 2017 por

400 TEROL, M., «La España de los derechos sociales en las Europas y las reformas estatutarias», en TEROL, M. y JIMENA, L. (coordinadores), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 158 y 159.

desalojo de vivienda de los recurrentes en calidad de arrendatario como resultado del proceso judicial iniciado por la arrendadora por violación de los derechos que los asisten en virtud del artículo 11, párr. 1, del Pacto por el Estado parte. El mismo caso para la comunicación de I.G.D. contra el Estado español y López Rodríguez contra el Estado español. En los dictámenes del mencionado Comité y en las observaciones al Estado español se solicita a las autoridades la reparación del daño ocasionado a las víctimas y la adopción de medidas de efectividad para el pleno goce del derecho a la vivienda digna, en particular de grupos en riesgo de exclusión social. Asimismo, el Comité subraya la necesidad de establecer mecanismos de actuación coordinada entre las instituciones públicas para la debida atención temporánea de casos que enfrentan las personas en relación al derecho a la vivienda digna, más aún cuando ello suponga además la presencia de menores de edad que quedarían en situación de desamparo.

8.2. Garantías infraestatales

Las garantías infraestatales en el caso del Estado español tienen lugar y operan en la esfera de las comunidades autónomas. Es muy importante establecer este tipo de garantías, en particular en casos en que la administración central, o el poder ejecutivo, tomen medidas contrarias a la garantía de los derechos sociales.

En este apartado en particular he de centrarme en las acciones que han sido adoptadas por las diferentes comunidades autónomas del Estado español para la garantía de derechos de índole social. La nota particular que presentan estas acciones locales es que han sido recurridas por el gobierno central. Entre ellas se tiene, por ejemplo, la relacionada con el derecho a la vivienda en Cataluña a través de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión social, o el Decreto Ley 6/2013, de 9 de abril de la comunidad de Andalucía sobre medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, o medidas tendientes a la calidad de vida de las personas como el caso de la comunidad de Aragón a través del Decreto-Ley 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social, en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda.

Capítulo IV: Régimen jurídico de los de los derechos sociales en la constitución paraguaya: su exigibilidad política y jurídica

1. Derechos sociales en el marco constitucional paraguayo

1.1. Breve reseña

La evolución constitucional del Estado paraguayo de manera formal se refleja desde la Constitución de 1870. Sin embargo, esta Constitución sancionada carece de una elaboración como poco soberana del poder constituyente,⁴⁰¹ porque surge como producto de un Estado constituido en situación posterior a una reciente guerra a partir de la que el país se encontraba bajo el gobierno de países del entorno (Argentina, Brasil y Uruguay). Posterior a ello se aprueba la Constitución de 1940 con algunos aportes sociales, y normas autoritarias en la parte orgánica en la línea del gobierno de ese tiempo. A esta le sucede la Constitución del año 1967. Importa señalar que hasta 1954 el país atraviesa por décadas de profunda inestabilidad gubernamental que marcan el contexto social y político paraguayo. Este periodo finaliza con la asunción al poder de una dictadura militar que gobernó durante 35 años, hasta el año 1989.

Los antecedentes constitucionales formales, o en términos de derecho constitucional, datan tanto de la Constitución de 1870, donde se establece un catálogo de derechos, libertades y garantías, aunque de tinte liberal, como de la Constitución del año 1967. Esta última se presenta como un cuerpo normativo que replica y adiciona derechos, libertades y garantías a los ciudadanos; pese a ello, el periodo de su vigencia no se caracteriza por el respeto de estos derechos, sino que, al contrario, se posiciona por la sistemática violación del texto constitucional en función del sistema de gobierno dictatorial que marca el contexto político hasta el año 1989 en que cae el régimen y se instaura la democracia como sistema de gobierno.

⁴⁰¹ LEZCANO CLAUDE, L., *Historia constitucional del Paraguay (periodo 1870-2012)*, en <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/08/15/169/>, recuperado el 15/05/2018.

Como resultado de la incipiente democracia surge la modificación de la norma fundamental y se conforma una comisión nacional constituyente democrática y plural. Como producto de este proceso surge la actual Constitución paraguaya que tiene vigor desde 1992 como norma fundamental del Estado paraguayo.

La actual Constitución presenta un carácter social y democrático. El contenido se caracteriza por la amplia acogida del derecho internacional de los derechos humanos en su parte dogmática con un amplio catálogo de derechos, libertades y garantías.

La sección correspondiente a la articulación normativa orgánica expresa como sistema de gobierno el republicano sobre la base del equilibrio de tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, a diferencia del sistema presidencialista reforzado de su predecesora.

El preámbulo expresa que «el pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente», se otorga dicha norma fundamental trasladando al reconocimiento de la dignidad humana el aseguramiento de la libertad, la igualdad y la justicia, con base en la reafirmación de los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, la ratificación de la soberanía e independencia nacionales y la integración a la comunidad internacional, lo cual se refleja en el contenido normativo.

El ideal del Estado social de carácter democrático supuso para el Estado paraguayo la asunción de obligaciones de diversa índole social como la salud, educación o vivienda, por citar algunos, que deparan al nuevo modelo de Estado una modificación sustancial en materia institucional para reforzar las áreas destinadas a los servicios sociales. Ello supone además, el rescate de los derechos civiles y políticos y de la memoria histórica y cultural reciente, con lo cual, el desafío del Estado paraguayo poseía dos vertientes de importancia que constituirían la guía del accionar estatal de forma unitaria. Así, los derechos civiles y políticos, como los sociales, se encuentran reflejados como derechos de primer orden.

Sin embargo, la obligación estatal de cumplimiento con los fines del Estado social de derecho expresados en la normativa fundamental, al igual que en la mayoría de las democracias recientes de Latinoamérica, en el Paraguay no tiene un desarrollo acorde con ello. En el Estado paraguayo el actuar se vuelca principalmente al desarrollo de los derechos civiles y

políticos, en tanto que los derechos sociales quedan relegados a una suerte de circunstancias dependientes del enfoque ideológico de los gobiernos de turno que se van sucediendo. Sin embargo, la principal característica de la realización de los derechos sociales es la discontinuidad en las políticas públicas de enfoque social o el establecimiento de éstas con carácter deficitario ante las necesidades de la sociedad. En efecto, los sistemas económicos no se ocupan mayormente por reflejar en las partidas presupuestarias la igualdad de condiciones de desarrollo a todas las personas que integran la sociedad, lo cual se da en contraposición al marco normativo constitucional.

A más de veinticinco años de su vigencia, la norma fundamental paraguaya no presenta reparos de contenido democrático y social, los problemas que enfrenta se vinculan a la restrictiva interpretación jurídica y política de la indivisibilidad del conjunto de derechos que se enuncian, y de otro lado, de la negación de carácter principal de las disposiciones supranacionales que acoge la norma fundamental, ambas devenidas de concepciones jurídicas y políticas de ideología tradicional y restrictiva. En efecto, los apartados orgánicos presentan problemas vinculados a la interpretación de los enunciados de carácter internacional y social de manera restrictiva devenida de la doctrina, que influye en la ejecución y aplicación de la normativa fundamental para el cumplimiento de las obligaciones de carácter social en el diseño e implementación efectivos de políticas públicas.

2. Constitución paraguaya y derechos humanos presentes desde una reconstrucción unitaria

La reforma constitucional de 1992 acoge los derechos humanos en un sentido amplio en el articulado del esquema jurídico-político. La recepción de tratados y convenios internacionales se ve favorecida en disposiciones de los capítulos que versan sobre derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales en la normativa jurídico-política, teniendo como referencia que los mismos carecían de presencia en la Constitución de 1967. Aunque todavía quedó mucho por adaptar —siendo de alguna manera explicable que los constituyentes no asimilaban los textos de estos instrumentos ya vigentes de manera más amplia, en razón al limitado entendimiento de estos derechos por parte la comunidad jurídica

y política—;⁴⁰² sin embargo, se pudieron mejorar los estándares de protección.⁴⁰³ Al respecto puntualiza Villagra que durante los trabajos de la Constituyente, el congreso debatió y ratificó los dos tratados generales de derechos humanos del ámbito de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N.º 5/92) y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (Ley N.º 4/92); las dos convenciones contra la tortura, tanto de la OEA como de la ONU, ya estaban ratificadas [...]; así mismo, la convención sobre los derechos del niño Ley N.º 57/90[...] y la convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer había tenido lugar antes de 1989, como Ley N.º 1215/86. De esta manera cinco de los seis tratados principales de Naciones Unidas y el más importante del sistema interamericano ya habían sido ratificados con todas sus disposiciones esperando la adecuación de la legislación interna a los mismos.⁴⁰⁴

La dignidad de la persona humana, así como la igualdad y la libertad como valores acogidos de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se encuentran consignados en diferentes capítulos del sistema constitucional reformado en el año 1992.

La Constitución replica, por ejemplo, la terminología de la Declaración Universal de Derechos Humanos al expresar «Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios» (art. 46 de la Constitución paraguaya —en adelante CP—).

La normativa constitucional explicita que no existe cabida para ningún tipo de discriminación. Junto con ello establece el imperativo del Estado de reparar, remover las

⁴⁰² Las Universidades Nacional y Católica hasta entonces no tenían en sus currículos la materia de Derechos Humanos; sólo se estudiaba en la cátedra de Derecho Internacional Público, como una lección entre veintinueve, la protección internacional de los derechos humanos. Ni estudiantes, ni abogados, ni magistrados, ni legisladores estaban familiarizados con el sistema universal e interamericano de protección de derechos humanos. Aunque en menor grado, de alguna manera, hasta hoy persiste esa falencia. VILLAGRA, S. «La Constitución paraguaya y alguna conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentarios a la Constitución Nacional. Tomo II*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002, p. 218.

⁴⁰³ *Ibidem*, p.217 y 218.

⁴⁰⁴ VILLAGRA, S., «La Constitución paraguaya y alguna conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentarios a la Constitución Nacional. Tomo II*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002, pp.217 y 218.

barreras que pretendan sostenerla y que deberá hacer frente a los factores que las mantengan y propicien.

Un aspecto muy interesante del capítulo referente a la igualdad basada en la dignidad de la persona humana es que en el mismo texto constitucional se establece la manera en que la misma ha de garantizarse. En efecto, el artículo 47 especifica la garantía debida por el Estado a todos los habitantes de la república en relación, es decir el carácter universal, con: 1. la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. la igualdad ante las leyes; 3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad; y, 4. la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

En esta línea Mendonca señala que en el marco del Estado social de derecho constituido jurídica y políticamente desde el año 1992, «la igualdad ante la ley ha de ser complementada con la corrección de las desigualdades económicas y sociales, de modo a asegurar condiciones vitales mínimas. Los valores de la libertad y la igualdad sufren, pues, una redimensión significativa con el paso del Estado liberal al Estado social».⁴⁰⁵ Importa puntualizar aquí que las garantías constitucionales descritas permiten invocar estos derechos cuando las personas o grupos se vean en situación de acudir a estratos judiciales por violación de sus derechos. Sin embargo, a la fecha existe un proyecto de ley contra toda forma de discriminación presentado en el año 2007 que fue rechazado en 2014 y hasta la fecha no se ha vuelto a proponer su tratamiento.

Otro aspecto relevante en lo que hace a la igualdad en la sociedad paraguaya es la disposición del artículo 48 que depara para los gobiernos la obligatoriedad de abordar aspectos relacionados con la igualdad entre hombres y mujeres con un imperativo de resultado a que la misma se logre de manera efectiva en el ámbito civil y económico cuando establece: «El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional» (art.48).

⁴⁰⁵ MENDONCA, D., «Constitución y política económica y social», *Comentarios a la Constitución Nacional, Tomo IV*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2012, p. 293-323.

Como se expone, la igualdad supone para el diseño y la implementación de la política pública estatal un imperativo de importancia trazada en la Constitución nacional, lo cual debe traducirse en las diversas esferas otorgando de manera especial «*protecciones sobre desigualdades injustas*», las cuales en orden a la igualdad real y material «*no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios*» (el énfasis incorporado corresponde al párrafo final del artículo 46 CP). En atención a este precepto constitucional, de manera reciente, la Dirección Nacional de Propiedad Intelectual ha denegado el registro de la marca Miss Cola Paraguay⁴⁰⁶, entendiendo que «la mencionada marca presupone una alusión al establecimiento de un rol que atenta contra la dignidad de la persona y a la igualdad de género».⁴⁰⁷ Dicha decisión fue confirmada en el fuero contencioso administrativo en la interpretación de que «la nomenclatura violaba derechos constitucionalmente consagrados en orden a la igualdad de hombres y mujeres, y constituiría un obstáculo al desarrollo y la dignidad de las mujeres», aduciendo además que ello «contravenía la normativa nacional y derechos consagrados en tratados y convenios internacionales ratificados por el país».⁴⁰⁸ Este caso ilustra además la aplicación directa de tratados y convenios relativos a la protección de derechos humanos que tiene cabida en el derecho local.

La reconstrucción unitaria⁴⁰⁹ de los derechos humanos supone entender el conjunto de derechos humanos presentes en la norma constitucional desde la indivisibilidad e interdependencia que se encuentra establecida en la doctrina internacional en materia de derechos por lo que los derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales poseen los mismos valores y sirven al mismo fin. Supone además considerar el imperativo que rige desde la convención de Teherán de comprender a los derechos humanos que se han sucedido y positivado en su unidad como conjunto, lo cual se refuerza a través de la convención de Viena de 1991, ambos acogidos por el Estado paraguayo.

La forma del Estado y del gobierno descrita en el artículo primero otorga la pauta del sentido unitario del Estado social que impone como basamento de sus fines la dignidad de la persona

⁴⁰⁶ Resolución N.º 246 de diciembre de 2015

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ por tanto la Resolución apelada fue rechazada por el Tribunal de Cuentas de lo Contencioso Administrativo en la SD N° 212 de julio de 2017 que deniega el registro público de la marca.

⁴⁰⁹ Esta denominación fue acuñada por Pisarello en «Los derechos sociales y sus garantías», pp.111 y ss.

al expresar que «Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana». Silvero califica de oportuna la visión del Estado como «un conjunto unitario sistematizado de órganos estructurados para elaborar y aplicar el Derecho...».⁴¹⁰ [Y agrega que] sólo en el ámbito del Derecho es donde la idea de un orden estatal justo para una sociedad en conflicto puede realizarse. No es casual, por ello, que la Constitución de 1992 constituyera a la República del Paraguay en Estado de Derecho, luego de décadas de conflictos de justicia irresueltos.⁴¹¹

A escala local la reconstrucción unitaria supone entender la dignidad como fin de la justicia social desde los derechos de libertad e igualdad enunciados. A ello debe entenderse el sentido de la presencia de la calidad de vida (art. 6) y la primacía del interés general en orden al particular al decir del texto constitucional «En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general. Todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen esta Constitución y la ley» (art.128). En este sentido afirma Pisarello que «[...] la adscripción de una determinada expectativa —la de vivir de manera digna y segura, la de conservar la salud, la de decidir de manera autónoma lo propios planes de vida, etc.— al catálogo de derechos civiles y políticos o al catálogo de los derechos sociales no pasa de tener un simple valor ordenatorio y clasificatorio. Una conceptualización rigurosa, por el contrario, obligaría a admitir un *continuum* entre unos y otros [derechos civiles y derechos sociales], sin que ni las obligaciones que entrañan ni el carácter más o menos indeterminado de su formulación ni su supuesta dimensión individual o colectiva puedan convertirse en elementos para una diferenciación tajante. [...]».⁴¹²

⁴¹⁰ SOLER, J., *Introducción al Derecho Paraguayo*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954, p. 119.

⁴¹¹ SILVERO, J., «Quince años de Estado constitucional y democrático en Paraguay», *Comentarios a la Constitución nacional. Tomo III.*, Corte Suprema de Justicia. 2007, p.71

⁴¹² PISARELLO, G., *Derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p.76 y 77.

3. Configuración de los derechos sociales en la Constitución paraguaya

El artículo que da inicio a la normativa constitucional paraguaya establece la naturaleza del Estado como una república representativa y establece la forma de gobierno republicana y representativa. Menciona igualmente la primacía del orden constitucional y legal y establece el fundamento de la nación en el reconocimiento de la «dignidad humana». «La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana» (art.1).

Al decir de Mendonca «la aspiración del Estado social de transformación de la sociedad exige un rol activo del Estado para lograrlo. Este rol se manifiesta, preponderantemente, en el ámbito de los derechos sociales, puesto que, en general, las prestaciones y acciones positivas que exige la mayoría de tales derechos las ejecuta el Estado o dependen, en gran medida, de él».⁴¹³

Apunta Benítez que la visión europea del Estado social de derecho se vincula con la clase obrera y sus formas de lucha. Ello obedece al desarrollo del sistema capitalista en ese continente y el grado de industrialización a que ha llegado el mismo. Pero la visión latinoamericana más bien vincula al Estado social de derecho con protección de los sectores marginales de las ciudades, de los trabajadores agrícolas del campesinado sin tierra y/o de intereses difusos como la de los discapacitados, del ambiente, la familia, de la niñez, de la tercera edad, de la clase pasiva, [de los pueblos indígenas], etc. Esta última visión obedece al menor grado de desarrollo industrial de este continente [continente americano del sur], a la marginalidad social del campo y de los cinturones de pobreza que rodean a las grandes ciudades de América Latina.⁴¹⁴

⁴¹³ MENDONCA, D., «Ingeniería constitucional y gobernabilidad democrática», *Novapolis* N.º 07, Mayo 2004, p. 38. Para mayores detalles ver MENDONCA, D., *Estado social de derecho. Análisis y desarrollo de una fórmula constitucional*, CIDSEP-Fundación Konrad Adenauer, Asunción, 1999.

⁴¹⁴ BENITEZ, J. M., «El Estado social de derecho», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, p. 15.

En este contexto, el Estado paraguayo no es la excepción. El acento social que los constituyentes imprimen en el texto fundamental podría sugerir la importancia de que mediante la intervención de un Estado democrático fuerte y de carácter social las brechas de desigualdad entre ricos y pobres se vean aminoradas. Otro aspecto que determina ese enfoque a escala local es la desproporción en la tenencia y titularidad de tierras en manos de pocos, dado que históricamente en el país las actividades económicas que caracterizan a la economía fueron la agricultura y la ganadería. Conviene advertir en este sentido, que la nueva normativa fundamental de 1992 se aboca al tratamiento del aprovechamiento de los latifundios improductivos, de manera que la brecha respecto a tenencia y propiedad de tierras y propiedad de tierras mal habidas (expropiadas durante la dictadura de 1954-1989), así como de territorios originarios indígenas, puedan ser restituidos y distribuidos de manera más equitativa entre la sociedad.

Importa señalar como lo hace Mendonca que debe tenerse presente que los derechos sociales tienen como objetivo principal superar las desigualdades materiales de las personas individuales y de los grupos que conforman, mejorar sus condiciones de vida y asegurar su participación en la vida política, económica, social y cultural.⁴¹⁵

El ordenamiento constitucional paraguayo presenta un extenso catálogo de derechos económicos y sociales. En la parte orgánica se presentan dentro del Título II correspondiente a los «derechos, deberes y garantías» enunciados los de contenido social en diversos capítulos titulados como derechos. Este es el caso del derecho a un ambiente saludable (artículo 7), derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas (artículo 64), derecho a la salud (artículo 68), derecho a la educación y de sus fines (artículo 73), derechos laborales (artículo 92), derechos económicos y reforma agraria (artículo 115) y derecho a la vivienda (artículo 100). También se refieren los enunciados al derecho a la cultura (artículo 81), y a la seguridad social (artículo 95), entre los que cuentan el derecho a la vida y la integridad física y psíquica (artículo 4), y particularmente el derecho a la calidad de vida (artículo 6).

⁴¹⁵ MENDONCA, D., «Ingeniería constitucional y gobernabilidad democrática», *Novapolis* N° 07, Mayo 2004, p. 38. Para mayores detalles ver MENDONCA, D., *Estado social de derecho. Análisis y desarrollo de una fórmula constitucional*, CIDSEP-Fundación Konrad Adenauer, Asunción, 1999.

Independientemente de los derechos sociales enunciados, el orden constitucional contiene además un apartado sobre el valor consignado al desarrollo de la personalidad a través de la calidad de la vida de las personas. El artículo refiere sobre el deber de actuación conjunta de los poderes públicos de «promover» ésta mediante praxis y políticas, y su contenido expone la transversalidad debida por el Estado en la implementación al establecer que las medidas deberán estar guiadas por «factores condicionantes» entre los que menciona la pobreza, la discapacidad y la edad, de manera independiente a que algunos de estos colectivos — personas con discapacidad y personas adultas mayores— encuentran tratamiento de manera individual en la normativa fundamental. Este artículo conlleva la particular nota de poner el acento en la condición de pobreza, lo que podría entenderse debido a que la misma constituye un flagelo que afecta a la mayor parte de la población del país. Igualmente, el artículo alude a la puesta en marcha de factores que favorezcan al vínculo de la calidad vida y el desarrollo con cuidado del entorno ambiental. «La calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad. El Estado también fomentará la investigación sobre los factores de población y sus vínculos con el desarrollo económico social, con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes» (art.6).

La política económica y de desarrollo se encuentra contemplada en el ordenamiento constitucional. En efecto, en el Capítulo VI se consignan las bases del desarrollo económico de crecimiento ordenado y equilibrado del régimen económico en tanto utilización racional de los recursos disponibles, el deber del Estado de aseguramiento del bienestar de la población y la creación de fuentes nuevas de trabajo entre otros. «La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional» (art.176). En cuanto los planes de desarrollo se establece la obligatoriedad para el sector público y su vinculación al sector privado (art. 177).

En cuanto a la adhesión a tratados y convenios internacionales de derechos humanos el artículo 145 que establece el orden jurídico supranacional: «La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso». El Estado paraguayo al reconocer el orden jurídico supranacional se somete voluntariamente a los órganos judiciales y cuasijudiciales del ámbito internacional. Esta nota conlleva la particular importancia de que rige ello en materia especialmente de tratados y convenios internacionales de los que el Estado sea parte. Sin embargo, esta interpretación no es comúnmente entendida en este sentido, dado que el artículo 141 menciona que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137».

De acuerdo con la norma fundamental paraguaya la supremacía constitucional se presenta frente a toda normativa internacional al establecer que «La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado [...]» (art. 137). Como se verá más adelante, la interpretación de este artículo supone en la doctrina y jurisprudencia opiniones encontradas.

El Estado paraguayo acoge el derecho internacional de los derechos humanos en sendas leyes. Incorpora el del Protocolo PIDESC por Ley N.º 4/92 en el ámbito regional, acoge el Pacto de San José de Costa Rica por ley N.º 1/89 y el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales por Ley N.º 1040/97.

He de puntualizar sin embargo, que a la fecha de elaboración de este apartado el Estado paraguayo aún no se acoge al Protocolo Facultativo del PIDESC, pese a las reiteradas recomendaciones emitidas al Estado por los órganos de control de cumplimiento de derechos humanos del sistema universal.

4. Derechos sociales y operatividad de las garantías dispuestas en el Estado paraguayo

Los enunciados de derechos humanos presentes en la Constitución paraguaya dan cuenta de la amplitud con la que el ordenamiento nacional acoge al conjunto de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales como principios que han de guiar el diseño, la planificación de políticas públicas y la interpretación jurídica.

El carácter poliédrico de los derechos fundamentales presente en todos los enunciados constitucionales sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales imbrica los valores axiológicos conforme a los que se configura todo Estado social y democrático de Derecho, además, la unidad de su conjunto funge de parámetro para encaminar la consecución de los fines democráticos de justicia y paz social.

4.1. Dimensión objetiva

Los derechos humanos consagrados en la normativa fundamental paraguaya poseen dos aspectos principales. De un lado, el aspecto objetivo que comprende el lineamiento que ha de guiar las labores de producción, interpretación e implementación del derecho. Igualmente éstos entrañan la función de constituirse en elemento primordial para dilucidar juicios sobre cuestiones recaídas en la esfera constitucional. Conviene advertir que el aspecto objetivo hace referencia igualmente a las garantías primarias que serían aquellas que establecen o delimitan el contenido de los derechos al tiempo que imponen una serie de obligaciones dirigidas tanto a otros poderes públicos como a actores particulares.⁴¹⁶

De manera a encaminar el desarrollo de este apartado a la reconstrucción de una tesis sobre la efectividad de los derechos sociales he de remitirme al esquema de garantías elaborado por Pisarello.⁴¹⁷ Este orden de ideas supone establecer la primera distinción de cara a la

⁴¹⁶ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 114.

⁴¹⁷ Pisarello expone en su obra *Los derechos sociales y sus garantías* una tesis garantista para la consecución de los derechos sociales basada en el carácter unitario, participativo y multinivel de donde plantea los siguientes elementos para una reconstrucción: a) reconstrucción unitaria, es decir, debería partir de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos civiles y políticos y económicos sociales, tanto en términos axiológicos

exigibilidad de los derechos sociales conforme a los sujetos obligados, a su tutela principal en garantías institucionales (políticas y jurisdiccionales) y extra institucionales; garantías estatales y sociales; en orden a las escalas de garantías (infraestatales y supraestatales).

Conforme a la organización estatal, los derechos sociales implican obligaciones dirigidas a los poderes públicos y en ese sentido deparan para las instituciones públicas acciones positivas, negativas y de progresión con miras al goce real de las personas de los derechos de índole social. Al mismo tiempo las personas se encuentran legitimadas para ejercer la tutela directa de sus derechos sociales. Este aspecto describe la faceta de la sociedad civil que interviene en la exigibilidad de los derechos sociales por diversas vías. Esta esfera supone establecer las vías institucional y extra institucional.

La exigibilidad institucional está dada por los poderes públicos del Estado que, conforme al imperativo constitucional, son los primeros llamados a la garantía de los derechos de las personas. De acuerdo a ello, la Constitución paraguaya regula las funciones que suponen el ordenamiento jurídico político a cada uno de los poderes existentes. Este sentido permite establecer una serie de distinciones para las garantías de cara a las funciones diferenciadas que posee cada institución. Esto nos lleva a una subdivisión en orden a que las funciones sean políticas o semipolíticas y jurisdiccionales o semijurisdiccionales, lo cual permitiría a la vez establecer la exigibilidad con mayor precisión.

En el Estado paraguayo el poder público se organiza conforme dispone el artículo 3 de la norma fundamental paraguaya que explicita: «[...] El gobierno es ejercido por los poderes legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del poder público. La dictadura está fuera de ley». Explica Sosa que «Ello significa que la soberanía popular se ejerce no solo a través del poder legislativo, electo en elecciones populares, o a través del poder ejecutivo, también electo por el mismo sistema, sino mediante los tres poderes que, en

como estructurales.[...]; b) Reconstrucción compleja de garantías respecto de los sujetos encargados de protegerlos cuanto en lo relativo a las escalas en que dicha tutela debe tener lugar; y c) en cuanto a las escalas en que actúen los mecanismos de tutela. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp.111 y 112.

su conjunto, representan el pueblo soberano».⁴¹⁸ De esta manera se conforma la unidad y el carácter interdependiente de los tres poderes del Estado que deben guiar su actuar conforme este espíritu. Este orden de ideas remite de manera clara a lo dispuesto por el art. 3° de la norma fundamental referente a la división del «gobierno» [...]. La expresión «gobierno» está tomada en su sentido lato y no en el uso restringido que se da al término como equivalente a la actividad administrativa, propia del poder ejecutivo, en toda su extensión, desde los llamados «actos de gobierno» o «políticos», de gran trascendencia, a los actos de más simples consecuencias.⁴¹⁹

El ordenamiento constitucional paraguayo en diversos capítulos correspondientes a cada uno de estos poderes describe la manera en que los mismos han de operar en el cumplimiento de los fines del Estado social de índole jurídico-político. Ello se encuentra detallado de la siguiente manera: en el Título II correspondiente a la estructura y función del Estado, dedicando el Capítulo I (arts. 182 a 225), al poder legislativo; el Capítulo II (arts. 226 al 246), al poder ejecutivo y el Capítulo III (arts. 247 al 276), al poder judicial.

Acorde a las disposiciones constitucionales, corresponde al poder ejecutivo de forma principal la administración general del país (Art. 238, inc. 1), el poder judicial posee competencia para decidir en los actos de carácter contencioso (Art. 248) y al poder legislativo le corresponde, principalmente, el desarrollo de la tarea legislativa, vale decir la creación de normas de carácter general, obligatorias para todos los habitantes, las leyes (Art. 202, inc. 2). Esa tarea la realiza el órgano legislativo con una gran dosis de autonomía y discrecionalidad, sólo limitada por las superiores normas establecidas en la Constitución, tanto en su letra como en su espíritu.⁴²⁰

⁴¹⁸ SOSA, E., «La función del Poder Judicial en la Constitución de 1992», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, pp. 324 y 325.

⁴¹⁹ LEZCANO, L., *El control de constitucionalidad en Paraguay*, recuperado de <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/05/28/el-control-de-constitucionalidad-en-el-paraguay/>, extraído en fecha 12 de mayo de 2018.

⁴²⁰ SOSA, E., «La función del Poder Judicial en la Constitución de 1992», en E. CAMACHO y L. LEZCANO (compiladores), *Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, pp. 324 y 325.

4.1.1. Exigibilidad política o legal y semipolítica:

El orden de las garantías institucionales políticas y semipolíticas comporta establecer que se dirige a la labor de los poderes legislativo y ejecutivo, así como de otras instituciones autónomas de índole político y administrativo.

El ordenamiento constitucional paraguayo en diversos capítulos correspondiente a cada uno de estos poderes describe la manera en que los mismos han de operar en el cumplimiento de los fines del Estado social de índole jurídica-política.

El término «ley» está tomado en su sentido lato, comprensivo de la norma jerárquicamente superior, la Constitución, a la cual se someten las todas las normas secundarias que se «sancionan en su consecuencia» conforme lo dispone el Artículo 137, que consagra el principio de la supremacía de la Constitución. Ésta a su vez contiene, en su Parte I, la consagración de principios fundamentales, derechos, deberes y garantías que no pueden ser desconocidos por la norma secundaria.⁴²¹

El principal poder estatal llamado a la garantía de los derechos sociales es el órgano legislativo, dada la obligación de la tarea legislativa de operativizar los postulados constitucionales. En efecto, la descripción semántica de los derechos sociales de orden constitucional contenidos en diversos capítulos presupone un desarrollo legislativo, así lo explica Sosa: «En nuestro sistema, en el que la actividad legislativa consiste en la creación de normas generales, debe advertirse que la Constitución contiene normas de carácter muy general, sobre todo en lo referente a las declaraciones fundamentales, a los derechos, deberes y garantías [...]».⁴²² Se señala que el carácter de normas programáticas con la que se interpreta a la mayor parte de las disposiciones sociales, denota que el devenir de la cultura judicial interpreta mayormente los enunciados constitucionales de índole social como preceptos — que deben ser reglamentados para su operatividad— lo cual constituye un obstáculo a salvar por la doctrina y la jurisprudencia para hacer efectiva su operatividad.⁴²³

⁴²¹ SOSA, E., «Los reglamentos administrativos y su relacionamiento con la ley en el marco de la Constitución», en LEZCANO, L., y CAMACHO, E. (coordinadores), *Comentarios a la Constitución Nacional. Tomo III*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007, 227.

⁴²² *Ibidem*, p.214-215.

⁴²³ Lezcano explica que el carácter programático que poseen las normas fundamentales constituye una limitación en cuanto al efectivo goce de derechos consagrados. Y ante ello propone para una futura modificación

En este sentido se pronuncia Benítez⁴²⁴ explicando que «un examen somero de las normas y principios enumerados [sobre los derechos sociales] indican, *prima facie*, la escasa o nula operatividad de estas normas, lo cual ha puesto en duda el valor práctico de la doctrina del «Estado Social de Derecho». A su vez, afirma Seall que «al carecer de operatividad dichos principios se convierten en normas llamadas programáticas que por definición son cláusulas por las cuales el Poder Constituyente señala un programa o plan a los órganos del Poder Constituido, especialmente al Legislativo. En consecuencia, requieren de una ley reglamentaria».⁴²⁵

En efecto, ésta es la manera en que opera el carácter objetivo de los enunciados sociales al tiempo de su desarrollo normativo. De acuerdo a la opinión de Benítez podrían constituir un impulso hacia la operatividad de sus principios en caso de que el poder constitutivo asumiera su responsabilidad de implementarlo con la ley reglamentaria, v.g. la definición del delito ecológico convierte en operable el derecho a los habitantes a un ambiente saludable por medio de la acción popular para la defensa de los intereses difusos (art. 8).⁴²⁶

Sobre el particular, debe señalarse una crítica que probablemente el transcurso del tiempo, por lo menos en alguna medida, le ha dado la razón, y es la existencia de artículos constitucionales de carácter meramente programático, cuyo cumplimiento efectivo se ha tornado imposible. Es este un tema que ha sido objeto de estudio en muchas constituciones de América Latina en las cuales se ha introducido una larga normativa, que desde el punto de vista teórico resultaba impecable, pero cuya aplicación no era factible por la falta de recursos económicos de los Estados comprometidos. A ello debe agregarse por supuesto, la ausencia de interés de los gobiernos, incluyendo muy especialmente a los del Paraguay, para

al texto fundamental que debe avanzar en lo que es la tendencia actual: convertir a dichas normas en operativas en el mayor grado posible. LEZCANO, L., *Historia constitucional del Paraguay (periodo 1870-2012)*, recuperado el 15/05/2018 de <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/08/15/169/>

⁴²⁴ BENITEZ, J. M., «El Estado social de derecho», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, p. 25.

⁴²⁵ SEALL, C., Ponencia «La pobreza perspectivas del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Simposio anual de obispos de la conferencia episcopal paraguaya. Ypacaraí, 31 de julio de 1995. Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, p. 25.

⁴²⁶ BENITEZ, J.M., «El Estado social de derecho», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, p. 26.

poner en vigencia obligaciones gubernativas que exigían voluntad política y recursos económicos, y en los casos en que se contara con éstos, eran y son desviados hacia otros destinos.⁴²⁷

No es una excepción que el carácter heterogéneo que describe el contenido de los derechos sociales, sea un condicionante de la implementación a escala local, puesto que en el ámbito paraguayo el avance legislativo no significó un desarrollo similar de los derechos de índole social referenciados en la normativa fundamental. Para autores como González existe un componente ineludible al tiempo de la interpretación constitucional de cara a la primacía de los derechos de corte social al señalar que «sin duda el Estado Social de Derecho, desde el punto de vista constitucional se vincula con la incorporación de normas de contenido social y económico a su texto, con la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de tales normas, y la adopción del principio de la solidaridad. Sin embargo, la expresión tiene un significado que pareciera que no se ha tomado en cuenta en nuestro país y está relacionado con la manera de resolver dudas en materia de interpretación de las normas constitucionales o jurídicas en general y en tal sentido siempre deben tomarse en cuenta los intereses de la comunidad y lograr un equilibrio entre el interés individual y el social, sin que en caso alguno aquél pueda sobreponerse a éste. Tal interpretación se encuentra además reforzada con la norma del art. 128 de la Constitución que consagra que en ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general».⁴²⁸ Este aspecto señalado por el mencionado autor expone una situación que revela un importante elemento que debe necesariamente vincularse al tiempo de valorar el contenido social fundamental de cara a otorgar las garantías estatales debidas en el ámbito de los derechos sociales y en el marco del Estado social de derecho.

Otro aspecto que hace a la labor coordinada de los poderes estatales es la facultad que posee el legislativo en orden a la modificación y aprobación de la propuesta de ley de presupuesto anual de la nación. En esta esfera se denota la amplitud de facultades otorgadas al poder legislativo que sin duda es de particular influencia en la incorporación o exclusión de la

⁴²⁷ GONZALEZ, C., «El Estado social de derecho en la Constitución de 1992 y sus antecedentes», *Comentario a la Constitución. Tomo III*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007, pp. 38-39.

⁴²⁸ GONZALEZ, C., «El Estado social de derecho en la Constitución de 1992 y sus antecedentes», *Comentario a la Constitución. Tomo III.*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007, p. 42.

efectividad de los derechos sociales reflejada en las partidas presupuestarias destinadas a las carteras del Estado encargadas del diseño e implementación de las praxis referentes a cuestiones sociales.

Ante el incumplimiento de la labor de legislar en cuestiones de índole constitucional, conviene especificar que, si bien no existe una cláusula de resguardo, de acuerdo al artículo 45 CP que trata sobre «los derechos y garantías no enunciados» la exigibilidad de los derechos fundamentales, en particular los sociales, puede tener cabida en el ámbito jurisdiccional como se demostrará posteriormente. Sin embargo, importa señalar que desde el poder judicial no existe un pronunciamiento sobre la omisión de la labor legislativa, en similares términos a lo acontecido en otros países como Brasil donde se prevé la figura constitucional del *mandato de ejecución*⁴²⁹ o la *tutela constitucional* colombiana, frente a ello, se apela a la utilización del amparo. Para Mendonca Bonnet «la Corte no puede ordenar la realización de un acto omitido, sino declarar la inconstitucionalidad de su omisión. Debido al carácter declarativo que poseen las sentencias de inconstitucionalidad, éstas carecen de eficacia en cuanto a disponer la actuación de otros poderes. A ello se suma que basándose en el principio de separación de poderes y equilibrio se restringe el pronunciamiento en orden a los actos de otros poderes.⁴³⁰ Frente a esta ausencia, el mismo concluye en la posibilidad de la utilización del amparo por que toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley [...]».

La exigibilidad proveniente del poder ejecutivo o administración general depara para los gobiernos acciones concretas que materialicen a través programas y políticas los enunciados constitucionales con carácter general. En este sentido afirma Mendonca que los derechos sociales «requieren una decidida actuación estatal para su realización y, por lo tanto, carecen de entidad sin la decidida voluntad de del Estado para concretar su materialización.⁴³¹ La ejecución de las labores administrativas depara para las instituciones del poder ejecutivo la

⁴²⁹ La figura del *Mandato de ejecución* dispone que la persona pueda solicitar al poder judicial libre la orden al poder legislativo ante la demora del mismo, estableciendo en el caso un plazo para que cubra dicha omisión.

⁴³⁰ Para mayores detalles ver MENDONCA, J. C., «La supremacía constitucional y su control», *Centro de Estudios Constitucionales*, pp.121-124.

⁴³¹ MENDONCA, D., «Ingeniería constitucional y gobernabilidad democrática», *Novapolis N.º 07*, Mayo 2004, p. 38.

elaboración de decretos, resoluciones y reglamentos para la puesta en marcha de sus acciones. También se asigna al presidente de la República el poder de veto de las leyes sancionadas y aprobadas por el legislativo, constituyendo éste un aspecto cooperativo o en ciertos casos un límite al poder de los legisladores. Respecto a la realización de políticas económicas con enfoque social, Daniel Mendonca apunta que «resulta razonable suponer que la dirección del proceso económico se halla dentro de la esfera de competencia del poder ejecutivo. En la mayor parte de los países, el gobierno ha asumido la orientación de la política económica, justificando esa asunción en razones técnicas y políticas. Se sostiene que las decisiones de política económica requieren conocimientos especiales y una celeridad que no poseen las institucionales parlamentarias».⁴³² En este sentido la CP dispone el deber del presidente de la República, como representante del poder ejecutivo, de la elaboración de la propuesta de presupuesto anual, que debe ser presentada al poder legislativo para su debate y estudio, con posibilidad de modificación para su final promulgación (art. 238, inc.14). En orden a la ejecución de programas y políticas de índole social se tiene la Ley N.º 3728/09 que establece la pensión alimentaria para personas adultas mayores en situación de pobreza.⁴³³ Dispone que la institución responsable de la aplicación de la presente Ley es el Ministerio de Hacienda Dirección de Pensiones no Contributivas. Otro modo de implementación de políticas públicas, en este caso de Sentencias internacionales, es a través de la creación de una instancia nacional, la Comisión Interinstitucional, responsable de la ejecución de acciones necesarias para el Cumplimiento de Sentencias y Acuerdos Internacionales (CICSI), vigente a partir del Decreto N.º 1595 de febrero de 2009.

En orden a la exigibilidad semipolítica o legal se encuentran las instituciones de carácter autónomo con funciones de control de las instituciones como la Defensoría del Pueblo⁴³⁴ la cual puede recibir quejas y denuncias, solicitar informes a las instituciones públicas, así como realizar investigaciones y solicitar las acciones a las instituciones responsables para el

⁴³² MENDONCA, D., «Constitución y política económica y social», *Comentarios a la Constitución Nacional, Tomo IV*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2012, p.316.

⁴³³ Artículo 1º.- Todo paraguayo natural, mayor de sesenta y cinco años de edad y en situación de pobreza, residente en el territorio nacional, recibirá del Estado una pensión mensual no menor a la cuarta parte del salario mínimo vigente

⁴³⁴ El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la profesión de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva.

restablecimiento de los derechos humanos cuando considere conveniente y, por último, posee la facultad de emitir votos de censura a representantes del Estado cuando considere oportuno. A su vez, el Mecanismo Nacional de Prevención contra la tortura, órgano creado por ley en el año 2012 posee facultades de control de derechos humanos, en ese sentido puede emitir informes y recomendaciones destinadas a las instituciones públicas, así como ejercer acciones judiciales e iniciativas legales en el marco de la mejora de las condiciones de vida de las personas. El Ministerio Público posee facultades de control para la garantía de los derechos humanos ejerciendo sus funciones de oficio y en representación de las personas en el ámbito de los derechos humanos. Ejerce al mismo tiempo, a través de las unidades de delitos económicos y anticorrupción, labores destinadas a velar por la transparencia, el Ministerio de la Defensa Pública a su vez ejerce la representación ante instancias judiciales de personas en particular, de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, y posee facultad para accionar incluso ante instancias internacionales cuando las violaciones de derechos humanos provengan de agentes del Estado.

4.2. Dimensión subjetiva

En orden al carácter poliédrico de los derechos fundamentales, el aspecto subjetivo describe la posibilidad material que poseen las personas y grupos de accionar judicialmente cuando consideren que sus derechos se encuentran menoscabados o en peligro inminente de ser desconocidos. La justicibilidad de los derechos de orden social fundamental encuentra cabida en el ordenamiento jurídico-político paraguayo a través de las garantías constitucionales consagradas que serán desarrolladas en el sentido del mismo esquema seguido para la exigibilidad política. Cabe agregar que este aspecto describe asimismo a las garantías secundarias dado que son las técnicas de tutela consistentes en la previsión de controles y de vías de reparación en el caso de la ausencia o insuficiencia de las garantías primarias.⁴³⁵

⁴³⁵ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 114.

4.2.1. Exigibilidad jurisdiccional y semijurisdiccional

El órgano por excelencia encargado de prestar garantías judiciales es el poder judicial, el cual se encuentra administrado por la Corte Suprema de Justicia. La normativa constitucional depara a este poder el ejercicio de funciones estipulados en el Capítulo III a los que agrega el cumplimiento de «otros deberes y atribuciones que fijen esta Constitución y las leyes» (art. 259). Esta disposición, afirma Mendonca Bonnet, depara al poder judicial [la posibilidad] de tener atribuciones emanadas no solamente de la Constitución sino también de la ley común; por lo que el ámbito de sus deberes y atribuciones podría ampliarse ilimitadamente, siempre que sea dentro del marco constitucional».⁴³⁶

Las garantías establecidas para hacer efectivos los derechos y libertades fundamentales a partir de la reforma constitucional de 1992 se distinguen en cuatro: la inconstitucionalidad; el *habeas corpus*; el amparo y el *habeas data*. En materia de derechos sociales conviene establecer que operan la inconstitucionalidad (art. 259 CP) de competencia de la Sala Constitucional de la Corte o el pleno de la Corte, y el amparo, cuya competencia es exclusiva de los juzgados de primera instancia de los diferentes fueros judiciales (art. 134 CP y art. 566 C.P.C.). La Constitución paraguaya establece que las garantías constitucionales serán reglamentadas por ley. Afirma Silvero que el aporte de la Constitución de 1992 se cristalizó en el ámbito del acceso a la justicia a través de las garantías constitucionales⁴³⁷ puesto que anteriormente, en la Constitución de 1967, poseían un carácter muy reducido y alejado de las garantías personales desde un enfoque de derechos humanos.

En este apartado me centraré en dos garantías constitucionales que se vinculan al plano de la justiciabilidad de los derechos sociales, la inconstitucionalidad y el amparo constitucional.

⁴³⁶ MENDONCA, J. C., «El equilibrio del poder en la Constitución de 1992», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, p. 37.

⁴³⁷ SILVERO, J., «Justicia constitucional y amparo», *Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 587.

4.2.1.1. Inconstitucionalidad

Respecto a la operatividad de la inconstitucionalidad, la CP establece, al regular las garantías constitucionales, que la Corte Suprema de Justicia, en adelante CSJ «posee la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en la Constitución y en la ley» (art. 132 CP). Así mismo detalla que «La Corte Suprema de Justicia estará integrada por nueve miembros. Se organizarán en salas, uno de las cuales será constitucional [...]» (art. 258). Igualmente dispone que «Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: 1. conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución “en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso”, y 2. decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución» (art. 260 CP).

Conforme detalla en la Ley N.º 609/95 «Ley que organiza la Corte Suprema de Justicia» el procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.

De acuerdo al código de procedimientos civiles, el control de constitucionalidad se rige por el contenido del Código Procesal Civil Ley N.º 1337/88 «ello regirá en materia de leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos. En tanto, se legitima a «toda persona lesionada en sus legítimos derechos como por instrumentos normativos que infrinjan en su aplicación principios o normas constitucionales tiene facultad para promover la acción de inconstitucionalidad» (art. 550, inc. 1.1.).

En orden a la operatividad de las garantías constitucionales, las vías que habilitan al control de constitucionalidad conforme se trate de actos normativos o de actos jurisdiccionales:

- a) actos normativos («normas jurídicas», art. 132; «instrumentos normativos», «leyes», art. 260). Este control puede plantearse desde dos aristas:

4.2.1.1.1. Como una cuestión independiente a través de la acción de inconstitucionalidad (vía directa):

La acción de inconstitucionalidad se resuelve de acuerdo a la Constitución paraguaya y al código de procedimientos civiles contra leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos. Cuando la normativa cuestionada suponga actos provenientes de los demás poderes del Estado (legislativo y ejecutivo) debe darse intervención a la Fiscalía General del Estado. El pronunciamiento de Acuerdo y Sentencia que determine la inconstitucionalidad del precepto normativo impugnado genera la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso. SD N.º 28 /2018 estableció la inconstitucionalidad y, en consecuencia, declaró la inaplicabilidad del artículo 1º de la Ley N.º 4252/2010 que modifica los arts. 3º, 90 y 10º de la Ley N.º 2345/2003 «De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal. Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público», con relación al accionante en razón a que la misma afectaba a la calidad de vida de las personas, la equiparación de haberes jubilatorios, derechos de las personas adultas mayores, de la igualdad de las personas, de las garantías de la igualdad, del régimen de jubilaciones, de la jerarquía del orden constitucional, derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad laboral.⁴³⁸

2.2.1.1.2. Como un incidente en la tramitación de un juicio

La excepción de inconstitucionalidad, amparo (art. 582, modif. C.P.C.), consulta (art. 18 C.P.C.):

La excepción de inconstitucionalidad opera de manera indirecta o incidental respecto de normativas cuando podría alegarse durante la tramitación de un proceso judicial. En este caso, la cuestión de constitucionalidad puede ser alegada por iniciativa de las partes intervinientes en aquel (actor o demandado, reconveniente o reconvenido, recurrente o recurrido) y en relación con un acto normativo reputado inconstitucional. La cuestión debe

⁴³⁸ SD N.º 28 /2018 Acción de Inconstitucionalidad: «Antonio Marcos Roman Sosa c/ Art. 1 de la Ley N.º 4252/2010 que modifica los artículos. 3, 9 y 10 de la ley N.º 2345/2003». Año: 2017 — N.º 60.

ser decidida no por el juez de la causa, sino por la Corte Suprema de Justicia (o la Sala Constitucional). En este caso el pronunciamiento declara la inaplicabilidad de la norma al caso sometido por su carácter inconstitucional. En la tramitación de un juicio de amparo cabe la posibilidad de presentar una acción de inconstitucionalidad. En estos supuestos, el juez debe remitir de manera urgente los antecedentes para la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la cual debe pronunciarse respecto al tema para la continuidad de la tramitación. Aunque existen opiniones dispares al respecto dado que el art. 134 sobre la garantía del amparo enuncia que «El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida». El hecho de constituirse en un remedio urgente para el restablecimiento de un derecho violado o de un peligro inminente que constituyen la esencia de tal garantía se vería afectado por la demora que implica el correr traslado a la sala constitucional de la corte para la resolución de ésta. A ello se debe sumar que conforme a las disposiciones constitucionales respecto de la inconstitucionalidad se alude al poder judicial en su conjunto para la solución, con lo cual la práctica establecida por la legislación que organiza la Corte Suprema de Justicia 609/95 que remite el procedimiento al código de procedimientos civiles podría cuestionarse en lo que hace a las remisiones sobre inconstitucionalidad, pero particularmente tratándose de inconstitucionalidades en el marco de un juicio de amparo sería a todas luces desconocer el principio de inmediatez, que constituye el núcleo de la figura del amparo. En efecto, el Art. 582. CPC dispone que «El juez podrá pronunciar expresamente la inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos u otros actos normativos de autoridad, cuando ello fuere necesario para la concesión del amparo. La apelación, en este caso, será resuelta por la Corte Suprema de Justicia». Lezcano propone y demuestra con un ejemplo que ello podría tener espacio en el caso en que, resuelta la tramitación del juicio de amparo y resuelta la inconstitucionalidad por el propio juez ordinario, la inconstitucionalidad podría ser invocada, en todo caso, como una acción de inconstitucionalidad ante la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de manera posterior para que se resuelva sobre la inconstitucionalidad de la sentencia dictada en ocasión del amparo resuelto por el juez que entendió en la acción de amparo, con lo cual, dada la posibilidad de revisión ulterior, los jueces pueden decidir en el marco de sus funciones constitucionales.

Por último, en el caso de la consulta de oficio la legislación procesal civil autoriza por el art. 18⁴³⁹ a los jueces y tribunales remitir de oficio las causa a la CSJ una vez que ella se encontraren en estado de sentencia, a los efectos del control de constitucionalidad cuando, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa invocada pudiera resultar contraria a las reglas constitucionales. En este sentido, se advierte que el criterio de los jueces y magistrados ante una eventual inconstitucionalidad normativa debe ceder al pronunciamiento que realice sobre ello la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, lo cual podría significar una contradicción de la propia regulación de la figura constitucional a la propia norma fundamental que establece que los jueces deberán decidir no aplicar una legislación cuando ésta fuese inconstitucional. Afirma Lezcano que, si bien esta remisión aparece como una potestad de los juzgadores, del contexto general del ordenamiento jurídico se deduce que no pueden adoptar la decisión de dejar de aplicar una norma inferior sin que exista pronunciamiento del máximo órgano judicial.⁴⁴⁰ Existe sin embargo, posiciones opuestas en la misma sala constitucional de la CSJ ante estos casos. En su voto particular la preopinante Bareiro expresó que «Estando taxativamente establecidas por la Constitución las facultades de esta Sala y no encontrándose comprendida entre ellas la de evacuar consultas, ésta es inexistente. Una ley, aun de la importancia del Código Procesal Civil, no puede fijar deberes y atribuciones que los convencionales constituyentes en su momento decidieron no incluir. Es más, ni siquiera autorizaron la remisión a una ley para la fijación de otras facultades no previstas en el texto constitucional, postura que la misma CSJ reafirma en sesión ordinaria del 14 de abril de 2015 sentada en Acta Punto 8 en contestación al oficio N° 17/2015 de los Miembros del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sexta Sala de la Capital, por el cual consultan respecto a la vigencia del art. 90 de la Acordada N° 58 del 20 de diciembre de 1985, en el cual se dispuso que el turno de los Amparos en cuanto a la sustanciación y competencia en los recursos de apelación se regirá por el turno de rúbrica de los Tribunales, o, si fue modificado por la Acordada 593/09, debiendo por ello estas causas ser sorteadas».

⁴³⁹ El artículo 18, inc. a, del Código Procesal Civil establece lo que comúnmente se denomina «consulta». Dice el mencionado precepto: «Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales». El artículo 200 de la Constitución de 1967 se refería al control de constitucionalidad.

⁴⁴⁰ LEZCANO, L., *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley paraguaya, 2000, p. 32.

«Se resuelve hacer saber que la Corte Suprema de Justicia no es órgano de consulta. En consecuencia, la de evacuar consultas referida a la Sala Constitucional de la Corte lisa y llanamente no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico».⁴⁴¹

4.2.1.2. Efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad

El valor que se establece constitucional y legalmente a los Acuerdos y Sentencias que declaran la inconstitucionalidad normativa posee un límite importante a la efectiva garantía de las personas al carecer de alcance general, puesto que el pronunciamiento sólo posee efectos *inter partes*. Esto constituye un obstáculo importante al goce pleno de los derechos, puesto que supone el acceso a la justicia, con las limitaciones que ello depara, a toda persona que se vea afectada por alguna normativa. En este sentido expresa Silvero que «esta limitación de la declaración de inconstitucionalidad al caso concreto, *inter partes* o *erga omnes*, permite que dichos instrumentos inconstitucionales mantengan su vigencia normativa y continúen aplicándose. Entonces, en materia de justicia constitucional la misma es de tipo individual sin que la administración de justicia tenga la potestad de librar a la sociedad de un acto de arbitrariedad del Congreso o de la injusticia cometida por el poder ejecutivo. Las leyes y decretos ya declarados inconstitucionales siguen formando parte del ordenamiento legal y manteniendo sus efectos nocivos a pesar de la existencia del pronunciamiento judicial en su contra. La justicia constitucional todavía no alcanzó la etapa de expulsar definitivamente del orden jurídico las normas ya juzgadas como contrarias a la Constitución. Es indudable que el principio de la supremacía constitucional se resiste considerablemente en estos casos y desarrolla sólo efectos muy limitados⁴⁴². Esta situación irresuelta aún en la esfera constitucional paraguaya resta de manera importante al fin de la figura de la inconstitucionalidad, puesto que además de situarse como un proceso de difícil recurso para todas las personas, presenta la situación de un lado que la norma o precepto injusto continúe dañando a las personas, y de otro, supone la multiplicidad de interpretaciones de la Sala Constitucional de la Corte, que debe decidir en cada caso particular, lo cual además se presta a presiones al poder judicial dependiendo del poder de los actores o no y por tanto a la

⁴⁴¹ ASD/ CSJ N.º 18: 2018 Consulta constitucional en el juicio: «Ramón Luis Álvarez c/ Instituto de Previsión Social (I.P.S.) s/ Acción de Amparo constitucional» Año 2014, N.º 1161.

⁴⁴² SILVERO, J., «Justicia constitucional y amparo», en *Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 587.

injusticia. Un caso que ilustra el problema es el de las solicitudes de inconstitucionalidad de la Ley 2856/06 «que sustituye las leyes 73/91 y 1802/01 de la Caja de Jubilaciones y pensiones de empleados bancarios del Paraguay». Puede notarse que pese a las concesiones de inaplicabilidad de la Ley 2856/06 a los casos recurridos, la CSJ no puede declarar la nulidad de la mencionada legislación. Existen antecedentes [pasados] en los cuales se ha declarado la nulidad de leyes y resoluciones del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el art. 137 CP relativo a la supremacía constitucional, donde se especifica que carecen de validez todas las disposiciones o actos de la autoridad opuestos a lo establecido en ellas.⁴⁴³

Esta afirmación refiere a que en un periodo de tiempo pasado, la Corte Suprema, en un intento por salvar esta cuestión, decidía sobre la nulidad de leyes inconstitucionales dictadas por el Congreso, para lo cual el pleno de la Corte se pronunciaba sobre la inconstitucionalidad con efecto anulatorio de cara a otorgar carácter general *erga omnes*. Sin embargo, esta posición fue dejada de lado por los representantes sucesivos del cuerpo colegiado, luego de que a inicios del año 2000 se alegara en juicio político contra el exministro de la CSJ, Luis Lezcano Claude y otros, el impulso de esta práctica de la sala constitucional como uno de los motivos para su remoción del cargo; sin embargo, es también plausible a partir de este hecho la ausencia de independencia del poder judicial de manera general, y particularmente en casos de atención a recursos de inconstitucionalidad.

b) actos jurisdiccionales («resoluciones judiciales», art. 132; «sentencias definitivas o interlocutorias», art. 260): En caso de las declaraciones de inconstitucionalidad referentes a actos jurisdiccionales el procedimiento judicial se puede iniciar tanto por acción ante la Sala Constitucional de la CSJ como por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte. El Código Procesal Civil dispone en el Art.556.- «Acción contra resoluciones judiciales. La acción procederá contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando: a) por sí mismas sean violatorias de la Constitución; o b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución en los términos del artículo 550». En el caso de la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias dictadas por los magistrados judiciales se declara la nulidad de

⁴⁴³ MENDONCA, D., y MENDONCA, J. C., «La justicia constitucional en Paraguay», en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional N.º 1*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 299.

las mismas (art. 260). Los actos judiciales calificados de inconstitucionales por los Acuerdos y Sentencias de la Sala Constitucional de la CSJ son declarados nulos, por lo que se produce con efecto *ex tunc*.

1) Amparo Constitucional:

El recurso de amparo para garantizar la operatividad de los derechos fundamentales, se encuentra establecido en la Constitución nacional y opera conforme su regulación en el Código procesal civil. La norma fundamental dispone que «Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley. El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral. El Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes. La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado». Por su parte, el código de procedimientos civiles establece en cuanto al mismo que «Será competente para conocer en toda acción de amparo cualquiera juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto, omisión o amenaza ilegítimo tuviere o pudiese tener efectos. Cuando un mismo acto, omisión o amenaza afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas las demandas el magistrado que hubiere prevenido, disponiéndose, en su caso, la acumulación de autos». (Art.566.- Juez Competente.). De esta enunciación se desprende que la competencia exclusiva en las acciones de amparo está reservada a los jueces de primera instancia. Así mismo, se entiende la posibilidad de constituirse en una acción popular, a través de la acumulación de causas similares ante el mismo juzgado, pero ello no lo convierte en amparo de tipo colectivo. Los efectos que dimanar de las sentencias tienen como fin reparar la lesión o evitar el peligro inminente ante la violación de derechos o garantías constitucionales. La resolución hace cosa

juzgada respecto de lo que se reclama en el juicio de amparo, de manera independiente, por tanto no causa estado, dado que deja subsistentes las acciones que pudiesen corresponder a las partes. Para autores como Mendonca el amparo constituye ineludiblemente un pedido explícito de declaración de inconstitucionalidad del acto lesivo o de la omisión lesiva, o el riesgo inminente.⁴⁴⁴

En los casos en que la acción de amparo refiera a inconstitucionalidad de leyes y demás normativas administrativas, el CPC en el artículo 582 establece que el mismo juez ante quien se presenta el recurso debe entender sobre ello. «El juez podrá pronunciar expresamente la inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos u otros actos normativos de autoridad, cuando ello fuere necesario para la concesión del amparo. La apelación, en este caso, será resuelta por la Corte Suprema de Justicia». Cabe señalar que la CSJ ha reafirmado la imposibilidad de constituirse en órgano de consulta en el año 2015 expresado en acta de sesión ordinaria Punto 8 en contestación al oficio N° 17/2015 de los Miembros del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial. Distinguiendo entre acción directa (acto u omisión inconstitucional), y acción indirecta (violatorio de un derecho o garantía constitucional por fundarse en normativa inconstitucional) el órgano jurisdiccional encargado de conceder el amparo debería ser competente para declarar la inconstitucionalidad en cualquiera de los casos porque, sea directa o indirectamente, el acto sería inconstitucional y esto es lo que importa a la Constitución para que la garantía cumpla su finalidad. Naturalmente que en el segundo caso, el juez tendría que declarar, explícita o implícitamente, la inconstitucionalidad del instrumento normativo en el que se funda el acto.⁴⁴⁵ De todas maneras, hoy día debe concluirse que, por lo menos en los casos contemplados en la [ley 600/95]⁴⁴⁶, el juez sólo

⁴⁴⁴ Explica Mendonca que «En atención a que el amparo está dado eventualmente para la protección de derechos y garantías constitucionales, en tal caso implica ineludiblemente un pedido explícito de declaración de inconstitucionalidad del acto lesivo, o de la omisión lesiva. El derecho o garantía que se sostiene haber sido afectado por un acto o por una omisión, o que se encuentra en peligro inminente de serlo, exige una distinción, que se basa en la propia Constitución: por un lado un acto, por otro lado una omisión, por otro lado un peligro inminente de violación. Obviamente lo primero que cabe decir es que en los dos primeros casos la lesión constitucional ya se ha consumado, mientras que en el tercer caso no se ha consumado todavía, pero existe el peligro inminente de que se consume. Lo cual hace que el amparo, en las dos primeras, tenga por objeto reparar la lesión constitucional ya ocurrida, mientras que en la tercera tenga por objeto evitarla». MENDONCA, J.C., «La supremacía constitucional y su control», en *Centro de Estudios Constitucionales*, Asunción, 2009, p.102.

⁴⁴⁵ MENDONCA, J. C., «La supremacía constitucional y su control», *Centro de Estudios Constitucionales*, Asunción, 2009, p.103

⁴⁴⁶ De acuerdo con el art. 582 del CPC modificado en el año 95 se facultaba al juez a efectuar la declaración de inconstitucionalidad y, en caso de apelación ésta se concedía «per saltum», directamente a la CSJ, respetando

está facultado para declarar la inconstitucionalidad directa del acto, cuando en sí mismo es contrario a la Constitución; pero no lo está cuando el acto se funda en uno de los tres instrumentos normativos enunciados por la ley y supuestamente afectado de inconstitucionalidad —inconstitucionalidad indirecta—.⁴⁴⁷ Ante lo expuesto considero necesario señalar que en la SD N.º 497/97 la CSJ decidió considerar la cuestión de fondo sin atender a los «formalismos» de la Ley 609/95 confirmando nuevamente el pronunciamiento del Juez y del Tribunal de alzada —dado que el juez del amparo resolvió la cuestión de inconstitucionalidad, obviando lo establecido en la Ley 609/95 que fue confirmada en apelación—. Con lo cual existen antecedentes de que la propia CSJ ha entendido que en el marco de la acción de amparo no es dable la inconstitucionalidad de sentencias que aplican y resuelven de manera directa e indirecta la inconstitucionalidad, tanto en el sentido de la concesión de la garantía del amparo como en la inconstitucionalidad de normativa.

Las apelaciones de las sentencias de amparos que deciden cuestiones referidas a inconstitucionalidad de leyes, se encuentra habilitada la vía procesal de la apelación. Resuelto el amparo cualquiera de las partes puede recurrir al tribunal de apelación del fuero correspondiente y solicitar la revisión de fallo anterior, incluso el mismo podría llegar, como en el ejemplo citado arriba a instancias de la sala constitucional de la CSJ quien finalmente decidirá el caso, declarando inconstitucional la sentencia de amparo por cuestiones de fondo o confirmándola.

su competencia en materia de inconstitucionalidad. La nueva normativa depara «Si para decidir sobre la acción de amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el juez una vez contestada la demanda, elevará en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte, la que en la mayor brevedad declarará la inconstitucionalidad si ella surgiere en forma manifiesta. El incidente no suspenderá el juicio que proseguirá hasta el estado de sentencia.

⁴⁴⁷ MENDONCA, J.C., «La supremacía constitucional y su control», en *Centro de Estudios Constitucionales*, Asunción, 2009, p.104

5. Posibilidad de reinterpretación de los derechos sociales a la luz del Estado social de derecho

La garantía de los derechos sociales fundamentales depara en la esfera jurisdiccional la interpretación, aplicación y control del ordenamiento normativo establecido en el sistema jurídico-político nacional. Los apartados anteriores poseen un análisis interpretativo final de cara a contrastar las posiciones del poder judicial y las interpretaciones doctrinales frente a la Constitución nacional. De acuerdo al análisis realizado surgen dos temas que presentan elementos que favorecerían la interpretación de los derechos sociales fundamentales: la primera relacionada a los sujetos autorizados para decidir en casos de inconstitucionalidad, la segunda asociada al control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de los derechos sociales.

5.1. Sujetos autorizados para decidir en casos de inconstitucionalidad

El sistema constitucional paraguayo dispone que la nación paraguaya se constituye en un *Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado* (art. 1 CP). El sistema de *separación, equilibrio, coordinación y recíproco control* (art. 3) entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial conforman el régimen republicano acogido. Sosa afirma que la Constitución consagra la obligación de los órganos del Estado de someterse a la ley; en su artículo 257 dispone: «Los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley, teniendo como parámetro de ley suprema a la Constitución paraguaya».

Cuando el artículo 247 CP enuncia que la custodia de la Constitución se encomienda al poder judicial, alude a este poder en su conjunto, vale decir que ello se extiende a los tribunales y juzgados de la manera en que se encuentra pertinentemente estipulado en la misma Constitución. En este sentido, Lezcano afirma que se reconoce pues, al poder judicial en su conjunto, no solamente a la Corte Suprema, el carácter de custodio de la Constitución.⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ LEZCANO, L., *El control de la constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2000, p. 29.

Al decir del texto fundamental «La interpreta, la cumple y la hace cumplir» (art. 247) se infiere que toda interpretación constitucional debe provenir de esta esfera gubernamental, tomando siempre como referencia —punto de partida y llegada— la propia Constitución en el orden en que la misma presupone. El sentido otorgado por el artículo 256 demanda que *toda sentencia judicial debe estar fundada en la Constitución y en la ley*; «el principio de supremacía de la Constitución y el orden de la prelación [consagrado en el artículo 137]⁴⁴⁹, indican a las claras que la norma jurídica que debe ser aplicada en primer lugar y sobre cualquier otra es la Constitución. A su vez, el Código de Organización judicial «obliga a los Jueces y Tribunales a aplicar la Constitución, los Tratados Internacionales, los Códigos y otras leyes, los Decretos, Ordenanzas municipales y Reglamentos en el orden de prelación enunciado» (art. 9).

El ordenamiento fundamental depara el control constitucional a la Corte Suprema de Justicia conforme a lo dispuesto en los artículos 132 y 259 CP. Cabe señalar que en otro apartado la norma fundamental refiere que debe hacerlo la Sala Constitucional. Mendonca señala que esto fue resuelto por la Ley 609/95 que vino a establecer la coherencia entre tales disposiciones al crear el mecanismo merced al cual cualquiera de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia puede pedir que la Corte resuelva la cuestión sometida a una Sala mediante decisión plenaria. Se puede solicitar pues, que el pleno sea el que se pronuncie de acuerdo con la ley citada [...]. Esto equivale a una suerte de «ampliación de sala», en el sentido de que cualquiera de ellas deberá integrarse con el total de Ministros de la Corte.⁴⁵⁰ Esto puede darse en los casos que son sometidos a la sala constitucional de la CSJ, sin embargo, resta aún resolver la cuestión cuando ello tiene lugar en fueros ordinarios o de apelación, pues la legislación procesal civil, que rige el procedimiento, limita a los mismos. En efecto, del contexto general del ordenamiento jurídico se deduce que los jueces no pueden

⁴⁴⁹ Artículo 137 - De la supremacía de la Constitución: La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución.

⁴⁵⁰ MENDONCA, J.C., «La supremacía de la Constitución y su control», en *Centro de Estudios Constitucionales*, Asunción, 2009, p. 99.

adoptar la decisión de dejar de aplicar una norma inferior sin que exista pronunciamiento del máximo órgano judicial.⁴⁵¹

Cuando en primera instancia, amparo, o segunda instancia se identifica una normativa como contraria a la norma fundamental, existe una limitación para jueces y magistrados de resolverlo. Esta limitación viene dada por el Código Procesal Civil cuando establece la figura denominada «Consulta»: «Los jueces y tribunales podrán, aún sin requerimiento de parte a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, [...] siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a las reglas constitucionales» (art.18). En el juicio de amparo el CPC establece ello para casos de «ley, decreto o reglamento» (art. 582). Estos artículos del CPC generan un problema debido a que contradicen la disposición constitucional referente a la forma de tramitación de los juicios en la que se alude a la inaplicabilidad de leyes contrarias a los preceptos del ordenamiento fundamental al establecer el deber de *fundar todas las sentencias en la Constitución en primer lugar* (art. 256).⁴⁵² La contraposición enunciada es la que genera aún controversias a escala de la actuación, pues los magistrados de las instancias ordinarias deben aguardar en ambos casos el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se tiene que, en el contexto general práctico, esto es lo que impera.

Frente a ello, existen posiciones que difieren en mayor o menor medida. De un lado, para Mendonca Bonnet, en el caso de los amparos, atendiendo al texto literal del CPC, la remisión sólo debe regir en casos de leyes, decretos y reglamentos, quedando la posibilidad abierta a magistrados de instancias ordinarias de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad. Si bien ello salvaría varias normativas contrarias a la Constitución, esta interpretación apegada al texto del CPC obvia que la norma fundamental es clara en cuanto a la jerarquía que en ella

⁴⁵¹ LEZCANO, L., *El control de la constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2000, p. 32.

⁴⁵² Artículo 256 - De la forma de los juicios. Los juicios podrán ser orales y públicos, en la forma y en la medida que la ley determine. Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre. El proceso laboral será total y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración.

se establece, lo cual se debe considerar con mayor interés en casos de cuestiones de control constitucional.

Cabe, además, agregar que existe jurisprudencia en la que en estos casos, los magistrados, aludiendo a los preceptos constitucionales, han decidido en los casos de control de constitucionalidad. Las sentencias dictadas, siempre pueden ser recurridas a la Sala constitucional de la CSJ,⁴⁵³ con lo cual esta podría confirmarlas o declarar su nulidad, con lo cual, la revisión por parte de la CSJ de los casos, da lugar a los magistrados a continuar con estas decisiones sobre el control constitucional. Esto tuvo lugar en el A y SD N° 497/97 donde la sala constitucional expresó que «En el presente caso, si bien se ha suscitado una cuestión de inconstitucionalidad, no se ha seguido el procedimiento prescripto en la Ley N.º 600/95, y el expediente llega a consideración de esta Corte después de haber concluido el juicio de amparo en el dictamiento de dos sentencias coincidentes [...]. En este caso, la corte no sólo no cuestionó el accionar del juzgado, sino que además se abocó al estudio de fondo de las cuestiones. Otro caso en el que tuvo lugar la misma práctica es en Acuerdo y Sentencia N.º 208/1995 «Acción de inconstitucionalidad en el juicio Roberto Leslie Antebi; Nestor Airaldi, Fernando Villalba y/o Cadelpa sobre Amparo». En este caso el ministro preopinante Sapena se expresó en favor de atender la acción de inconstitucionalidad de las sentencias recurridas no por una cuestión de forma, sino porque el hecho de conceder que el análisis de la misma daría pie a una demora judicial nueva, que acabaría siendo remitida a la corte por imperio de la Ley 600/95 «[...] no podemos limitarnos a hacer o no hacer lugar a las acciones de inconstitucionalidad, pues esto conduciría a un ridículo e irrazonable círculo vicioso que se cerraría cuando dentro de un año volvamos a recibir el mismo expediente para estudiar el mismo caso [...]»⁴⁵⁴. Si bien en el Acuerdo y Sentencia, se declara la nulidad de la misma, ello no se dio en razón de haber omitido los magistrados resolver las cuestiones inconstitucionales de manera directa, sino atendiendo a discrepancias en la interpretación sobre el fondo de la cuestión. Como puede verse, en ambos casos, la CSJ no sólo no ha objetado la actuación de forma prevista en la Ley 600/95, sino que además pasó directamente

⁴⁵³ El art. 560 CPC postula la Corte Suprema de Justicia «si hiciera lugar a la inconstitucionalidad, declarará nula la decisión impugnada, mandando devolver la causa al juez o tribunal que le siga en orden de turno al que dictó la resolución para que sea nuevamente juzgada [...]».

⁴⁵⁴ LEZCANO, L., *El control de la constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2000, p. 37.

a considerarlas como si se presentasen a través de la vía de la acción de inconstitucionalidad ante la propia CSJ.

Lezcano interpreta que «si un juez tuviera que aplicar las distintas normas que integran el derecho positivo nacional, de acuerdo con el orden de prelación de las mismas, al encontrarse con una colisión entre un precepto constitucional y uno legal, haría prevalecer el primero. Es decir, en la práctica, el resultado sería el mismo: la inaplicabilidad de la norma inferior al caso concreto sometido a jurisdicción». Asimismo, agrega que «en cuanto no se admita esta posibilidad, será muy estrecho el marco dentro del cual el magistrado podrá proceder la real aplicación de la Constitución».⁴⁵⁵ Podría considerarse que esta interpretación debería imperar en la actuación e interpretación; sin embargo, en la actualidad aún a escala de Ministros de la Corte existen posturas encontradas, mientras que algunos incluso rechazan las «consultas» conforme al art. 18 CPC basados en que la CSJ, la Corte atiende sólo en juicios y a ello suma la obligatoriedad de los magistrados de juzgar conforme a la Constitución. Para otros sí tiene cabida la «consulta», aun en casos como los amparos sobre denegación de atención a la salud, aunque la posición sea favorable a la persona que acciona, como en el caso del Acuerdo y Sentencia / CSJ N.º 18:2018 Consulta constitucional en el juicio «Ramón Luis Alvarez c/ Instituto de Previsión Social (IPS) s/ Acción de Amparo constitucional» año 2014, N.º 1161. En este caso, dos de los miembros otorgaron la consulta basados en el art. 258 CPC en oposición a una que se expresó sobre la jerarquía del orden constitucional y la obligación de jueces y magistrados de decidir en juicios de amparo conforme a la Constitución nacional y la no atención de consultas de la CSJ que sólo la obliga a operar en casos de acciones o excepciones de inconstitucionalidad en el marco de juicios, desconociendo la validez de la consulta estipulada en el CPC y agregando además que una norma inferior no puede venir a contradecir los preceptos constitucionales de mayor jerarquía.

Por último, conviene establecer que, de acuerdo al sistema establecido por la Constitución de 1992, se faculta al poder judicial conformado tanto por la Corte Suprema de Justicia como por Jueces y Tribunales, para la interpretación y aplicación. Con lo cual, la normativa inferior devenida del código de procedimientos civiles en orden a la inconstitucionalidad no cabría

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 34.

ser aplicada. Esto, sin embargo, posee la importante limitación de las interpretaciones dispares que se dan en la esfera de la propia Corte suprema de Justicia.

5.2. Posibilidad de reinterpretación en orden al control de constitucionalidad por violación de los derechos y garantías fundamentales y el control de convencionalidad

El control de constitucionalidad en el caso de derechos enunciados fundamentales a través de una ley u otro instrumento normativo, como también por omisión de actos constitucionalmente valorados, da lugar al control de constitucionalidad. Como hemos reseñado en el apartado anterior el poder judicial en su conjunto se encuentra habilitado a ello y esta idea es fundamental para guiar el análisis frente a la aplicación práctica del poder judicial en esta materia.

Menciona Mendonca que el control no puede ir más allá que la declaración de inconstitucionalidad, ya que la Corte no está facultada para pronunciar sentencias de condena. Y agrega que «conviene dejar en claro que la facultad de control de inconstitucionalidad respecto de normas programáticas debe ser usada por la Corte Suprema de Justicia, con máxima sujeción al principio de independencia de los poderes, para que los demás poderes no queden supeditados al judicial, con mengua del equilibrio exigido por la propia Constitución. Sólo debe ser usada con el objeto de que los actos legislativos y ejecutivos o su omisión estén dentro del marco de vigencia de la Constitución».⁴⁵⁶

En orden a la garantía de los derechos fundamentales, un avance en el sentido de la interpretación de los derechos sociales de contenido constitucional tanto para su interpretación como para invocación, se encuentra expresado a través del artículo 45 CP «La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para

⁴⁵⁶ MENDONCA, J.C., «La supremacía constitucional y su control», en *Centro de Estudios Constitucionales*, Asunción, 2009, p. 121.

menoscabar algún derecho o garantía»⁴⁵⁷. Sin duda corresponde a una tendencia proveniente de una interpretación amplia entre los que he de referenciar al exministro de la Corte Suprema de Justicia, Sapena y Villagra, así como Lezcano, quienes apelan a la consideración de los valores axiológicos y la supremacía de los derechos humanos en orden a la garantía de los derechos fundamentales. De un lado, apunta Villagra que el problema en el momento en que se ha redactado la Constitución paraguaya, se debió al amplio desconocimiento en materia de derechos humanos de muchos constituyentes, lo cual supuso un efecto negativo en la operatividad que pudiesen tener en el ámbito local los derechos humanos y, particularmente, los de carácter social no se vieron favorecidos como los civiles por una cultura jurídica que mayormente responde a una tradición de interpretación clásica que, como ya se ha puntualizado en capítulos anteriores, responde a motivos históricos e ideológicos no concluyentes.

Remitiéndose al contenido del artículo sobre derechos y garantías no enunciados, explica Villagra que «esta falta de reglamentación [de los derechos fundamentales] no impide en manera alguna el ejercicio de los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales».⁴⁵⁸ «La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía» (art. 45 CP). A su vez, de cara a la supranacionalidad la aplicación directa de los instrumentos internacionales por

⁴⁵⁷ El sentido que los constituyentes imprimieron a este artículo encuentra su razón en la constante evolución de los derechos humanos en el contexto humano basado en la dignidad de las personas como factor ineludible al tiempo de su consideración. Así lo expresó el constituyente Luis Alfonso Resk al mencionar «Brevemente como hay dos textos, siendo miembro de la Sub-Comisión 1, solamente querría ratificar este texto teniendo en cuenta que él mismo se marca en una línea coherente desde el comienzo veníamos nosotros proclamando los Derechos Humanos en su primera, segunda y tercera generación y a más de las tres generaciones de los derechos emergentes, derechos como inherentes a la personalidad humana. Aquí no hace sino ratificar aquellos que por un otro motivo no están contenidos y que van surgiendo paulatina y progresivamente. La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no deben tenderse como negación de otros que siendo inherente a la personalidad humana no figuren expresamente en ellas, es eso lo que queremos destacar. Hay una suerte de cohesión y por tanto cualquier derecho que en el mañana fuere descubierto, pues debemos considerarlo aunque nos conste como un derecho respetable y digno de ser promovido». Comisión redactora. Diario de Sesiones N.º 15, marzo de 1992. <http://www.bacn.gov.py/constitucion/comision-redactora/cr-03-20-sesion-nro15.htm#Art%C3%ADculo45> [Extraído 05/06/2018].

⁴⁵⁸ VILLAGRA, S., «Constitución Paraguaya y algunas conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales», en *Comentarios a la Constitución. Homenaje al décimo aniversario. Tomo III*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002, pg. 230.

los poderes públicos y en particular por el poder judicial debiera partirse de que la constitución paraguaya consagra los principios y valores que fundan los derechos contenidos en los tratados y convenios internacionales. Para Sapena la supranacionalidad en materia de integración regional se ha de encarar en el sentido de que las normas concernientes a derechos humanos integran el bloque constitucional. En los casos en que la interpretación de una ley presenta problemas, se la compara con la constitución, con otras leyes con los principios generales del derecho⁴⁵⁹. La solución ante la cuestión de la posibilidad de que un juez paraguayo pudiese aplicar normas de un tratado internacional nuevo, podría tener cabida dado que los principios consagrados por los anteriores, ya de hecho están incorporados a la constitución y reforzados a través del artículo 45 y por la cláusula constitucional que establece que los tratados y convenios internacionales solo podrán ser modificados por el procedimiento aplicable a la constitución que refuerza su carácter⁴⁶⁰. A estas afirmaciones además se debe agregar que el artículo 45 comporta la prohibición de negación de derechos y garantías, aun cuando estos no se encuentran expresados de manera detallada por leyes inferiores.

Ahora veremos también que la constitución paraguaya establece que los tratados internacionales sólo pueden ser modificados por el procedimiento aplicable a la constitución, para explicar esto hemos de partir de las posiciones que cuestionan la aplicación de convencionalidad.

Un aspecto que ha influido en la operatividad de los derechos sociales refiere a la interpretación semántica y taxativa en la que concluyen algunos autores, dada la disposición del artículo 137 que establece la supremacía constitucional sobre los tratados y convenios internacionales «La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados [...] y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía [...]». Para quienes, como Moreno, destacan la importancia de la presencia de los derechos humanos en el ordenamiento constitucional, e incluso

⁴⁵⁹ SAPENA, R., “Ponencia de derecho constitucional”. Corte Suprema de Justicia. Comisión de la Unión Europea, Asunción – Paraguay, 2001, p.47 y 48.

⁴⁶⁰ SAPENA, R., “Ponencia de derecho constitucional”. Corte Suprema de Justicia. Comisión de la Unión Europea, Asunción – Paraguay, 2001, p.47 y 48.

considerándolo desde la teoría dualista, interpretan sin embargo que en todo caso se debe atener a la jerarquía establecida en la normativa constitucional. Así lo señala: «Se debe entender que así como se parte en el orden interno de una norma básica que es la Constitución nacional, en el derecho internacional se parte de normas básicas, que son los tratados internacionales, que se suscriben y enmarcan en lo que aquellas disponen. Pero es nuestro criterio que ambas coexisten, se complementan y no se contraponen. Y cuando existe un conflicto entre una norma del derecho internacional y otra del derecho interno, debe recurrirse necesariamente al orden de prelación de normas, fijado ya en la Constitución nacional, primando la que tiene mayor jerarquía».⁴⁶¹ Esta interpretación, si bien no desconoce la importancia de los derechos humanos de escala constitucional, al reducirlos a una consideración jerárquica en sentido restrictivo, supone en el resultado un detrimento a los valores y principios que los mismos conllevan, alejándose de esta manera del sentido original que poseen situándose como una interpretación clásica formalista.

Sin embargo, las consideraciones expuestas, más que constituir un factor determinante, implican establecer argumentos desde un enfoque unitario de los derechos humanos que supone un mejor y mayor desarrollo desde la doctrina y la jurisprudencia. El enfoque que reduce los derechos sociales a principios enunciativos como se ha señalado, primeramente, junto con la referencia del orden jerárquico superior de la Constitución contenido en el artículo 137, ha sido interpretado en ocasiones desde un aspecto estrecho de los derechos humanos de índole internacional, desconociendo incluso el carácter que poseen los derechos sociales como derechos casi constitucionales, lo cual contrasta incluso con la cláusula constitucional del valor supranacional de las normas provenientes de instrumentos internacionales. Así lo explica Almirón al expresar «en nuestro caso [paraguay], por mandato constitucional (desde 1992) los tratados de derechos humanos al ser incorporados al derecho interno adquieren un rango casi constitucional por su forma de denuncia, que los equipara así a la Constitución, conforme la redacción del artículo 142, interpretado conforme sistemática constitucional, con el artículo 290».⁴⁶² He de señalar al respecto de la cita, que el

⁴⁶¹ MORENO, A., «La supranacionalidad y la Constitución de 1992», en *Comentarios a la Constitución Tomo III*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007, p. 445.

⁴⁶² ALMIRON, E., «El derecho internacional de los derechos humanos y su alcance constitucional», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentarios a la Constitución Tomo II*, Corte Suprema de Justicia. 2002, p. 199.

artículo reseñado por la autora establece el procedimiento para la denuncia de los tratados, lo cual en el ámbito del derecho internacional público significa la renuncia unilateral a tratados o convenios. En efecto, en la legislación nacional paraguaya «Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución» (art.142). Esta argumentación lleva a equiparar a los derechos contenidos en tratados y convenios a la escala de la propia Constitución no sólo como un reconocimiento que debe traducirse en la esfera de la interpretación primordial frente a otras leyes, sino, además, en el marco de la programación de políticas con enfoque de derechos que debe primar en todas las esferas públicas, independientemente del valor reforzado que poseen éstos frente a la voluntad de los legisladores, la cual se encuentra operativamente limitada en el ordenamiento constitucional en caso de renuncia de los valores y principios que guían los enunciados constitucionales. Existen precedentes en los que el poder judicial aplica de manera directa disposiciones contenidas en tratados y convenios internacionales, aunque ello aún es incipiente en la jurisdicción paraguaya. Para la protección de derechos como el caso en que el Tribunal contencioso administrativo confirmó la prohibición de marcas que atentan contra la dignidad e igualdad de las mujeres sobre la base de que la nomenclatura de una marca violaba derechos constitucionalmente consagrados y se contraponía a derechos consagrados en tratados y convenios internacionales ratificados por el país⁴⁶³. Esto mismo se dio en casos de protección a derechos de personas con discapacidad.

⁴⁶³ por tanto la Resolución apelada fue rechazada por el Tribunal de Cuentas de lo Contencioso Administrativo en la SD N° 212 de julio de 2017 que deniega el registro público de la marca.

6. Exigibilidad extrainstitucional o social

Las garantías extrainstitucionales o sociales son, precisamente, aquellos instrumentos de tutela o de defensa que, sin perjuicio de las mediaciones institucionales que puedan instaurarse, dependen fundamentalmente de la actuación de sus propios titulares. Aunque normalmente consisten en el ejercicio de derechos civiles y de participación dirigidos a reclamar la satisfacción de aquellas necesidades e intereses básicos tutelados por los derechos, también se pueden asumir como [...] formas más intensas de autotutela.⁴⁶⁴

En el ámbito local existen precedentes de casos de iniciativa popular, sea para leyes o políticas públicas, que surgen de personas y colectivos. La normativa fundamental prevé la petición a las autoridades: «Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tienen derecho a peticionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley determine. Se reputará denegada toda petición que no obtuviese respuesta en dicho plazo» (art. 40 CP). Igualmente estas actuaciones pueden operar en el ámbito jurisdiccional en el marco de juicios iniciados para la reparación por violación de algún derecho.

A escala local, en lo que hace a políticas públicas, se conocen iniciativas populares como la ley de sueldos mínimos para trabajadoras domésticas, la conformación de organismos de control de políticas institucionales y públicas en el marco de las personas con discapacidad como la Comisión Nacional sobre Discapacidad (CONADIS). En tanto a escala judicial, las acciones promovidas con el auspicio de organizaciones no gubernamentales como el reclamo para restitución de territorios originarios de pueblos indígenas como Yakyé Axa, con sentencia de la Corte IDH 2006 son algunos ejemplos. Otros ejemplos de participación han tenido lugar para elaboración de plan nacional de derechos humanos, donde las organizaciones no gubernamentales tenían una activa participación a través de la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (CODEHUPY); igualmente esto se

⁴⁶⁴ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 123.

replicó en el marco de la elaboración del protocolo de acceso a la justicia para personas con discapacidad psicosocial 2014, que contó con la participación y aprobación de todas las organizaciones no gubernamentales en materia de discapacidad psicosocial. También el caso de protocolos sobre trato adecuado a personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad privadas de su libertad, entre ellos, el protocolo para personas con discapacidad, para personas LGTBI, para personas con VIH, para personas provenientes de pueblos indígenas, migrantes y mujeres. Importa señalar que éstos se han elaborado en proceso conjunto con las organizaciones y grupos a iniciativa de la instancia institucional pública pertinente, y su aprobación se dio en 2015. Otro mecanismo a través del que los particulares participan es en la elaboración de los informes anuales de la Coordinadora de Derechos Humanos de Paraguay CODEHUPY, con una amplia participación en materia de medición de las políticas en materia de todos los derechos humanos.

7. Exigibilidad en orden a las escalas

Las garantías de los derechos fundamentales en orden a las escalas se encuentran caracterizadas por la serie de acciones que se realizan en el marco del territorio de los Estados. Las democracias modernas enseñan que la organización de los Estados, en la esfera interna, depara una suerte de descentralización de las funciones estatales que hace a la organización política de los mismos. Esto tiene lugar al contemplar las organizaciones políticas internas conforme se trate de Estados distribuidos en provincias o departamentos (caso paraguayo) o comunidades autónomas (caso de España), las cuales poseen atribuciones en la esfera (departamento o comunidad autónoma) con un sistema propio de manejo que supone al mismo tiempo la exigibilidad política y semipolítica, así como la jurisdiccional y semijurisdiccional a su vez. En este sentido, desarrolladas las escalas nacionales, hemos de hacer alusión a las escalas supranacional e infranacional. De acuerdo a lo desarrollado en orden a los sujetos tutelares, hemos dispuesto el desarrollo conforme a los aspectos objetivo y subjetivo y a la exigibilidad que se desprende de cada uno de ellos (políticas y semipolíticas, y jurisdiccionales y semijurisdiccionales). En este apartado he de centrarme en las garantías que, conforme a las escalas de los derechos sociales, complementan a la desarrollada en el apartado anterior.

Conforme a las escalas de garantías multinivel del esquema propuesto por Pisarello, que se toma como parámetro, el desarrollo del estudio supone tres niveles: las garantías estatales, las garantías infraestatales y las garantías supraestatales. De cara a proseguir con la exposición, he de desarrollar en este apartado las garantías referidas a la escala infraestatal y supraestatal.

7.1. Garantías infraestatales

La exigibilidad de derechos sociales en esta escala alude a las obligaciones que se deparan a los órganos descentralizados del Estado y que, de acuerdo a la organización política se encuentran obligados al cumplimiento de acciones u omisiones, así como del progresivo cumplimiento de los derechos fundamentales de cara a los servicios de prestación pública que deben guardar los programas y políticas públicas a escala local respetando los mismos lineamientos establecidos al ámbito nacional.

A los efectos de la estructuración política y administrativa del Estado, el orden jurídico político paraguayo dispone la división del territorio nacional en departamentos, municipios y distritos, los cuales, dentro de los límites de esta Constitución y de las leyes, gozan de autonomía política, administrativa y normativa para la gestión de sus intereses, y de autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos (art. 156). Así mismo, se establece que el gobierno de cada departamento será ejercido por un gobernador y por una junta departamental. Serán electos por voto directo de los ciudadanos radicados en los respectivos departamentos, en comicios coincidentes con las elecciones generales, y durarán cinco años en sus funciones. El gobernador representa al poder ejecutivo en la realización de la política nacional. No podrá ser reelecto. La ley determinará la composición y las funciones de las juntas departamentales (art. 161).

Respecto al control de constitucionalidad en orden a la distribución territorial del poder, no existe un procedimiento específico que regule estos casos.⁴⁶⁵ Sin embargo, la Constitución nacional establece, en lo que hace a la inconstitucionalidad, que la Corte Suprema de Justicia

⁴⁶⁵ MENDONCA, D., y MENDONCA, J.C., «La justicia Constitucional en Paraguay», en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional N.º 1*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p.301.

es el órgano competente para dirimir estas cuestiones. Así lo dispone el art. 259 al expresar que son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: «ejercer la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial, decidir, en instancia única, los conflictos de jurisdicción y de competencia, conforme con la ley; y 9. entender en las contiendas de competencias entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos departamentales y entre éstos y los municipios, [...]». En cuanto a los efectos de las cuestiones, refieren Mendonca y Mendonca Bonnet que, no hallándose regulada la cuestión, no existe un efecto específico previsto.⁴⁶⁶

En lo que hace al poder legislativo, en ocasión de las elecciones locales de gobernadores, se realiza la elección de representantes de la cámara de senadores y diputados que llevarán al ámbito del poder legislativo las materias referentes a sus localidades.

Respecto al poder judicial, éste se encuentra dividido en jurisdicciones dispuestas en todos los fueros a efectos de administrar justicia a escala local-territorial. Este mismo orden se aplica a la labor del Ministerio Público como representante del pueblo a través de los agentes fiscales y también se concreta en la labor del Ministerio de la Defensa Pública de cara a la representación pasiva de las personas por los defensores públicos de carácter civil y penal.

En materia municipal, los municipios son los órganos de gobierno local con personería jurídica que, dentro de su competencia, tienen autonomía política, administrativa y normativa, así como autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos (art. 166 CP) Los municipios se encuentran a cargo de un intendente y de una junta municipal, los cuales serán electos en sufragio directo. La Constitución paraguaya dispone que las atribuciones de las municipalidades, en su jurisdicción territorial y con arreglo a la ley, versarán sobre: 1. la libre gestión en materias de su competencia, particularmente en las de urbanismo, ambiente, abasto, educación, cultura, deporte, turismo, asistencia sanitaria y social, instituciones de crédito, cuerpos de inspección y de policía; 2. la administración y la disposición de sus bienes; 3. la elaboración de su presupuesto de ingresos y egresos; 4. la participación en las rentas nacionales; 5. la regulación del monto de las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados, no pudiendo sobrepasar el costo de los mismos; 5. el dictado de

⁴⁶⁶ MENDONCA, D., y MENDONCA, J.C., «La justicia Constitucional en Paraguay», en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional N.º 1*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 301.

ordenanzas, reglamentos y resoluciones; 6. el acceso al crédito privado y al crédito público, nacional e internacional; 7. la reglamentación y la fiscalización del tránsito, del transporte público y la de otras materias relativas a la circulación de vehículos, y 8. las demás atribuciones que fijan esta Constitución y la ley (art. 168). En orden a las garantías en el ámbito municipal, si bien el gobierno se ejerce en forma conjunta con la junta municipal local, existe la posibilidad de que las personas impugnen las decisiones u ordenanzas sobre la base de que éstas se ejecutarían en franca violación de derechos fundamentales, como el caso de los molinetes en los autobuses públicos en interés de las personas con discapacidad física. En ese sentido, la Ordenanza Municipal N.º 221/91, de la Municipalidad de Asunción, dispuso la prohibición de la utilización de dichos molinetes en orden a garantizar la calidad de vida y otros derechos conexos. Sin embargo, en esta ocasión las empresas de transporte público presentaron una acción de inconstitucionalidad contra la mencionada ordenanza por considerar que la Municipalidad de Asunción carece de facultades normativas sobre el transporte público para continuar implementando dicha práctica. Este es un ejemplo de la denegación de derechos a personas en orden a la ausencia de competencia que tuvo lugar en un periodo reciente y constituye aún una práctica muy utilizada por empresas privadas que poseen licencias de transporte público.

7.2. Garantías supraestatales:

La esfera supraestatal de exigibilidad alude a las instancias que conforman los ámbitos internacionales de derechos humanos. En este sentido, el Estado paraguayo, de acuerdo al ordenamiento fundamental de 1992, se acoge a las instancias de protección de los derechos humanos del sistema universal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y regional de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

En orden al sistema universal de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas el Estado paraguayo aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Referente a los tratados y convenios internacionales dispone de la ley N.º 5/92 que acoge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el pacto internacional de Naciones Unidas sobre derechos económicos, sociales y culturales (ley N.º 4/92) respectivamente. Igualmente otros tratados y convenios internacionales incorporados al orden jurídico interno y de vigencia en el derecho positivo permiten que cualquier persona o grupo de personas pueda

invocar los derechos contenidos en los mismos a escala local e internacional en su defecto. En orden a las ratificaciones se encuentran ratificados también la convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ley N.º 57/90); la convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ley N.º 1215/86); la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ley N.º 69/89/1990) y su protocolo facultativo (ley N.º 2454/2005); la convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (ley N.º 2128 /2003); la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo (ley N.º 3540/2008); la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (ley N.º 3977/2010); la convención internacional sobre protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (ley N.º 3452/2008); el protocolo facultativo sobre derechos civiles y políticos (ley N.º 400/94); el segundo protocolo facultativo sobre derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte (ley N.º 2131/2003); el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, (ley N.º 1897/2002); protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (ley N.º 2134/2003); y el protocolo facultativo de la convención de los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (ley N.º 5770/2016). En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, Paraguay ratificó convenios sobre el trabajo forzoso y su abolición (convenios N.º 29 y 105), sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (87), sobre la política de empleo (122), sobre la rehabilitación y el empleo de personas con discapacidad (159), sobre la protección de niños, niñas y adolescentes ante la explotación laboral (138, 182, 60, 78, 79, 90, 123, 124) y sobre la protección de los trabajadores y las trabajadoras con responsabilidad familiares (156). En referencia a todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos del sistema universal, existen recomendaciones en orden a los órganos de tratados cuyo cumplimiento es obligatorio para el Estado, esto lo abordaré en el siguiente capítulo.

En orden a la competencia cuasi judicial de los órganos de comunicaciones de las Naciones Unidas, existen actualmente tres dictámenes del comité de derechos civiles y políticos sobre comunicaciones emitidas en virtud del protocolo facultativo sobre derechos civiles y

políticos. Estos casos refieren al derecho a la vida y a la integridad física, a la denegación de recurso efectivo y a derechos del niño y familia por lo que me referiré a ellos de manera taxativa.

- 1) Juan Asensi Comunicación N.º 1407/2005. Dictamen del Comité de Derechos Civiles y Políticos del 27 de marzo de 2009. Cuestión de fondo: Derecho de la familia a la protección del Estado; derecho de todo niño a las medidas de protección que su condición de menor requiere Artículos del Pacto: 23, párrafo 1; y 24, párrafo 1.
- 2) Eulalio Blanco. Comunicación N.º 1828/2008. Dictamen aprobado en marzo de 2012.
- 3) Ernesto Benítez. Comunicación N.º 1829/2008. Fecha de aprobación del dictamen: 22 de marzo de 2012. En 2018 se retomó el diálogo para un acuerdo sobre medidas de reparación, pero aún no concluye.

En orden a las recomendaciones emitidas por los mecanismos y órganos de control de seguimiento de tratados y convenios se tiene que el año 2011 se presentó la Primera Propuesta de Plan Nacional de Derechos Humanos, por Decreto N.º 10747 de 2013, se aprobó las políticas públicas en materia de derechos humanos y se puso en fase de implementación el Plan Nacional de derechos humanos. Por Resolución del Ministerio de Justicia N.º 222/2015 se aprobó el impulso de políticas públicas en materia de derechos humanos a través de la disposición de elaboración del Primer informe de cumplimiento de las políticas públicas en materia de derechos humanos contenidas en el Plan Nacional de derechos humanos atendiendo a la recomendación emitida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la recomendación de la relatoría sobre extrema pobreza y derechos humanos. En 2017 se presentó la incorporación de las líneas de acción del Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) con el Plan Nacional de Desarrollo – Paraguay 2030 (PND). La acción contempla establecer acciones sostenibles a través del paso del tiempo, así como la medición de la implementación de las políticas en materia de derechos humanos.⁴⁶⁷ Sin embargo, en

⁴⁶⁷ Actualmente, el Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) se encuentra en proceso de informatización en el Sistema de Gestión por Resultados de la STP, lo que apunta a que en las posteriores planificaciones institucionales se incorporen las acciones estratégicas del PNDH a los Planes Operativos Institucionales a fin de que se visibilicen las acciones. Este proceso permitirá incorporar una pestaña de DDHH en el Tablero de Control Presidencial de los programas implementados en la gestión del Gobierno Nacional.

este punto es importante destacar que el hecho de vincular las líneas de acción del Plan Nacional de derechos humanos con el Plan de Desarrollo pareciera ser un intento para la permanencia de las políticas en materia de derechos humanos. Sin embargo, es preciso señalar que el Plan Nacional de derechos constituye una sistematización de acciones con miras al cumplimiento de las recomendaciones emitidas por los órganos de tratados en materia de derechos humanos cuyo carácter tienen cumplimiento obligatorio. Ello se vería condicionado por la ausencia de permanencia de un plan de gobierno que es temporal y obedece a compromisos políticos. Es preciso hacer hincapié en este punto, pues lo que debe prevalecer se trata de las obligaciones estatales y asegurar la efectividad de ello, por lo que se debiera de elaborar acciones institucionales que aseguren la permanencia del cumplimiento de las recomendaciones a escala nacional e interinstitucional a partir de mecanismos que aseguren su permanencia. Otra política elaborada en directo cumplimiento de una recomendación del sistema universal de protección de derechos humanos es la que refiere a la elaboración del protocolo sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad psicosocial de 2014, y los protocolos de trato adecuado para personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad en los cuales se toma en cuenta las recomendaciones en materia de no discriminación y las particulares de cada grupo vigentes desde 2015 por resoluciones del Ministerio de Justicia.

En cuanto a la medición de cumplimiento en materia de derecho a la salud y a la educación se han elaborado indicadores sobre ambos derechos, cuyo proceso de medición debe ser retomado de cara a al control de resultados de las garantías efectivas al tiempo acorde a esos derechos.

En la esfera regional de derechos humanos, el Estado paraguayo forma parte de la Organización de Derechos Americanos. Adoptó, por tanto, la legislación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y se somete a la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

<http://www.stp.gov.py/v1/destacan-trabajo-de-vinculacion-del-pnd-2030-con-el-plan-nacional-de-derechos-humanos/>. Recuperado 23/06/2018.

Los tratados y convenios aprobados en el sistema regional forman parte del derecho interno. Actualmente se encuentran aprobados los siguientes: convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ley N.º 1/89); protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, ley N.º 1040/1997); protocolo a la convención americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (ley N.º 1557/2000); convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas (ley N.º 933/1996); convención para prevenir y sancionar la tortura (ley N.º 56/1990); convención interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer (ley N.º 104/1951); convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer (ley N.º 876/1963); convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará, ley N.º 605/1995); convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (ley N.º 899/1996); convención interamericana sobre restitución internacional de menores (ley N.º 928/1996); convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (ley N.º 1062/1997); y Decreto N.º 16078 de fecha 08/01/1993 por el que se reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se realiza el depósito del Instrumento de Declaración ante la Secretaría General de la OEA el 26 de marzo de 1993.

La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) generó sentencias internacionales contra el Estado paraguayo sobre diversas materias, entre ellas: Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay con Sentencia de fecha 31 de agosto de 2004 por violación del derecho a la libertad de expresión y circulación, así como al debido proceso. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» vs. Paraguay con Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (muerte de menores en situación de encierro); Caso Goiburú y otros vs. Paraguay con Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (desaparición forzada en el marco del Operativo Cóndor dentro de la Dictadura de 1954-1989); Caso Vargas Areco vs. Paraguay con Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006 (asesinato de menor en cumplimiento del servicio militar obligatorio); Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay con Sentencia de 29 de marzo de 2006 (restitución de territorios originarios y derechos conexos a la vida); Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay con Sentencia de 24 de Agosto de 2010 (restitución de territorios originarios y derechos conexos a la vida); Caso

Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay con Sentencia de 17 de junio de 2005 (restitución de territorios originarios y derechos conexos a la vida).

En orden a los Acuerdos de solución amistosa se encuentran vigentes los siguientes acuerdos que refieren a derechos sociales:

1. Acuerdo de Solución amistosa en Petición N.º 1097/2006 «Miriam Beatriz Riquelme Ramírez», Reconocimiento de responsabilidad del Estado paraguayo por privación arbitraria de la libertad en centro penitenciario de Miriam Beatriz Riquelme Ramírez, realizada durante el periodo de lactancia de su hija Cielito María Esperanza Giménez Riquelme en contraposición de los artículos 7.2, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos al quebrantarse la legislación penal que expresamente lo prohibía.
2. Acuerdo de Solución amistosa en Petición N.º 747/05 «Comunidad Indígena Y`aká Marangatú», el Estado se compromete a dar cumplimiento a la Medida Cautelar promovida en el juicio de Amparo de no innovar sobre el inmueble individualizado como finca N.º 583.
3. Acuerdo de Solución amistosa en Petición N.º 12629 «Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet». Reconocimiento de responsabilidad del Estado paraguayo para la compra directa de tierras de la Finca N.º 17326, apertura de camino a la comunidad, proyecto de desarrollo comunitario de agricultura, construcción de viviendas culturalmente apropiadas para las familias, construcción de una Unidad de Salud Familiar para la comunidad, provisión de alimentos temporaria, provisión de elementos para la construcción de centro educativo de la comunidad, provisión de documentos de identidad e indemnización pecuniaria a las víctimas.

La amplitud de obligaciones dispuestas por las sentencias de la Corte IDH, así como las acciones a ser ejecutadas para el cumplimiento de los Acuerdos de solución amistosa en el marco del Sistema Interamericano de derechos humanos, han generado la conformación de la Comisión Interinstitucional responsable del cumplimiento de las Sentencias Internacionales, por sus siglas (CICSI). Esta instancia se ocupa de ejecutar las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y las Recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

(CIDH). Las decisiones son adoptadas por las máximas autoridades de las instituciones públicas vinculadas al cumplimiento de las obligaciones recaídas en las sentencias y acuerdos de solución amistosa. La primera conformación de la mencionada instancia data del año 2009, posteriormente fue reestructurada por el Decreto N° 10499/2012 y ampliado por el Decreto N° 10744/2012 que expande el ámbito de sus funciones a las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos del Sistema de las Naciones Unidas. Por último, a través del Decreto N° 4367/2015, la comisión fue liderada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y, en 2019, se encarga de sus labores la Vicepresidencia de la República.

Desde esta institución se inició a escala nacional el cumplimiento con carácter multidisciplinario de los puntos resolutiveos de las sentencias contra el Estado paraguayo. Importa señalar que el carácter multidisciplinar tiene cabida dada la complejidad de temas que se abordan en las sentencias. Si bien el cumplimiento de las sentencias se dio en diversos grados, el proceso iniciado desde el CICSI, ha generado un avance no sólo en la esferal del cumplimiento de las sentencias, y fortalecimiento institucional en diversas áreas de derechos humanos, sino que además ha servido de impulso para la propagación de una cultura de derechos humanos y estándares mínimos de cumplimiento de los derechos sociales en la esfera de las instituciones estatales, las cuales, en la mayoría de los casos, han debido nivelar sus presupuestos y servicios.

En este apartado he de reseñar algunas cuestiones más importantes que hacen a los puntos resolutiveos de las sentencias de contenido social, como de acuerdos de solución amistosa, y los correspondientes avances que se dan en orden a su cumplimiento.

1) Comunidad indígena Kelyemategma: Cláusula N.º 6. «El Estado se compromete, en el plazo de doce meses, a la construcción de una Unidad de Salud a la familia, que será aprovechada también por las comunidades indígenas vecinas, con la provisión necesaria de medicamentos y un plan de atención para la Comunidad». Se realizó la construcción de una Unidad de la Familia. El puesto de Salud cuenta con un promotor de la salud contratado por el Ministerio desde el año 2010, quien igualmente es miembro de la Comunidad Indígena. La unidad se encuentra funcionando desde agosto de 2013. Por otro lado la Cláusula 8 mencionaba: «El Estado proporcionará,

en el plazo de doce meses, los elementos para la construcción de un centro educativo el cual tendrá como asiento la Escuela Básica N.º 15.439 “Comunidad Indígena Kelyenmagategma”, garantizando la enseñanza de la Educación Inicial y Escolar Básica, con infraestructura adecuada, rubros suficientes para los/as docentes, provisión de merienda escolar de manera regular a los niños y niñas e implementación de un plan de alfabetización de adultos previa aprobación por la instancia pertinente del Ministerio de Educación y Culto». En cumplimiento de ello, en el marco del Programa Escuela Viva II, recibieron la cantidad de Gs. 60.000.000 para el mejoramiento de espacios educativos y para la construcción de un aula con equipamiento. La obra fue inaugurada en fecha 07/08/13. Los docentes de dicha institución cuentan con rubros de la Cat. L3F (salario mínimo) por turno, seguro médico, IPS, jubilación, escalafón y bonificación por hijo. En cuanto a la donación de la Merienda Escolar, se ha cursado nota a la Gobernación de Pdte. Hayes a fin de que los mismos provean a la citada comunidad. En cuanto a la implementación del Plan de Alfabetización, en asamblea, los miembros de la comunidad han optado por la modalidad formal, impartida por la Dirección General de Educación Permanente. Clausula N.º 9: Conforme al crecimiento poblacional se les dotará de la documentación de identidad personal acorde a la información proporcionada por la Comunidad, medidas que deberán ser implementadas dentro del respeto a sus usos y costumbres. En fecha 14 de enero por nota N.º 058 se solicitó al Director del Registro Civil la elaboración de un calendario de inscripciones masivas y entrega de documentos para nuestros compatriotas de esta Comunidad y al mismo tiempo se solicitó el programa de inscripciones masivas a efecto de dar un óptimo cumplimiento a las sentencias. Dicho informe fue presentado el 11 de junio de 2013 a la Dirección de Derechos Humanos del MJT. El Ministerio del Interior a través de la Dirección de Derechos Humanos remitió por nota DDHH N.º 171/13 de fecha 11/07/13 el informe de la entrega de cédulas a la comunidad a través de la ONG Tierra Viva en fecha 14 de noviembre de 2012.

- 2) Comunidad Indígena Sawhoyamaxa: Punto resolutivo N.º 9 «El Estado deberá efectuar el pago por concepto de daño inmaterial y costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo. El monto es de \$ 5000

por daño inmaterial y \$ 20.000 a cada familia de las personas fallecidas (19 en total) totalizando \$ 380.000». En cumplimiento de ello, la Presidencia del INDI ha procedido a la cancelación total de capital e intereses de las indemnizaciones en concepto de daño inmaterial y material y costas y gastos fijados en este punto, en fecha 07 de julio del año 2011.

- 3) Comunidad indígena Xámok Kasek. Punto resolutivo N.º 11. El Estado deberá, dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, remover los obstáculos formales para la titulación de las 1500 hectáreas en «25 de Febrero» a favor de la Comunidad Xámok Kásek. Para su cumplimiento, el Estado paraguayo ha cumplido con el plazo fijado en el sentido de levantar los obstáculos para la transferencia a la comunidad de la finca de 1500 hectáreas, titulada actualmente a nombre del INDI. En fecha 21 de febrero de 2011, la Presidencia del INDI ha dictado la Resolución N.º 235/011, por la cual se rectifica la Resolución P.C. N.º 30/94, en el sentido de consignar correctamente el nombre de la Comunidad; para la iniciación de este trámite, el INDI, en cumplimiento del Convenio 169 de la OIT «Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes», debía necesariamente obtener la solicitud de la Comunidad Xámok Kásek, la que fue presentada ante la Institución en fecha 14 de febrero de 2011. Previa remisión de los antecedentes al Ministerio de Educación y Cultura, en fecha 10 de mayo de 2011, la Presidencia de la República dictó el Decreto N.º 6565 que rectifica el artículo 1º del decreto N.º 25297 del 4 de noviembre de 1987 «Por el cual se reconoce la personería jurídica de la comunidad indígena Zlamo Kacet, perteneciente a la etnia Maskoi, distrito de Pozo Colorado, departamento de Presidente Hayes», dejándose establecida la denominación y la pertenencia étnica de la Comunidad como «Comunidad Indígena Xámok Kásek», perteneciente al Pueblo Sanapaná, conforme al pedido proveniente de la propia Comunidad.

Por último, cabe señalar a escala regional la conformación de la primera instancia en materia de Políticas Públicas y derechos humanos denominada Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del MERCOSUR, por su siglas IPPDH MERCOSUR, que fue creado a través de la Decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) N.º 14/09, bajo el ámbito de

la RAADH (Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos) y con sede permanente en la ciudad de Buenos Aires, según fue establecido por la Decisión CMC N.º 32/09 con la finalidad de avanzar en materia de políticas públicas con enfoque de derechos en el ámbito territorial de los países integrantes del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Constituye una instancia regional que posee como misión «fortalecer los derechos humanos como un eje fundamental de la identidad e integración regional mediante la cooperación y coordinación de políticas públicas». ⁴⁶⁸

El IPPDH desarrolla acciones de cara a fortalecer los mecanismos y espacios de diálogo y participación para la generación de consensos y acuerdos en el ámbito de la gestión pública en derechos humanos; también para el desarrollo de sistemas de medición, información y seguimiento en derechos humanos; otro componente muy utilizado es la capacitación e investigación en derechos humanos a través de los programas de la escuela internacional; y también el impulso de la cultura y la promoción de derechos humanos y la cooperación Sur – Sur a nivel regional e internacional ⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ <http://www.ippdh.mercosur.int/mision-y-vision/> Recuperado en fecha 06/07/2018

⁴⁶⁹ <http://www.ippdh.mercosur.int/mision-y-vision/> Recuperado en fecha 06/07/2018

Capítulo V: Análisis de la doctrina del sistema universal de protección de derechos humanos en la interpretación, aplicación, y supervisión de los derechos sociales

1. Introducción a la supervisión internacional de derechos sociales.

El derecho internacional de los derechos humanos se encamina a garantizar la realización de todos los derechos humanos, para ello, resulta indispensable el fortalecimiento de la vigilancia de los derechos económicos, sociales y culturales. En los capítulos anteriores se ha sostenido que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos humanos que pueden encontrarse expresados de diversas maneras según los países o los instrumentos que los contengan.

En los primeros capítulos se ha desarrollado las razones que fundamentan los derechos y obligaciones. Estas mismas razones se trasladan al campo de las relaciones internacionales. De esta manera es posible sostener como lo hace García Pascual que «hablar con el lenguaje del derecho significa asumir la prevalencia de la ley sobre intereses espurios, considerar a los interlocutores como iguales y encontrarse cobijado en los propios derechos y limitado por los derechos de los otros»⁴⁷⁰.

La realización del derecho a la vida digna depara la satisfacción de necesidades vinculadas a una serie de derechos como el trabajo, la seguridad social, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación que obligan a los Estados a emprender acciones para su cumplimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

En este capítulo se trabaja en concreto sobre la doctrina del sistema universal de derechos humanos de Naciones Unidas. La elección del estudio de la supervisión desde el sistema universal tiene su razón en el significativo valor teórico, jurídico y práctico que éste posee en la actualidad por la amplia acogida estatal y la jerarquización de los instrumentos universales de derechos sociales en la esfera local. Esto es, la posibilidad que ofrece de

⁴⁷⁰ GARCÍA PASCUAL, C., *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015, p.252. Para un tratamiento a fondo sobre los problemas jurídicos desde la perspectiva global y transnacional puede consultarse Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional.

protección de derechos sociales a través de las ratificaciones e incorporación de sus estándares a los esquemas jurídico-políticos locales. Además, se ha valorado la relevancia conceptual esgrimida por los mecanismos de supervisión de tratados universales en la utilización de sus interpretaciones por tribunales internacionales como la Corte Penal Internacional de Justicia y algunos tribunales internacionales del ámbito supraestatal regional que en sus decisiones hacen referencia y adoptan los conceptos de derechos postulados por estos órganos.

Por otra parte, la interpretación que realiza el comité DESC sobre cada derecho en particular es muy importante porque sirve de parámetro para la formulación del sentido en que el órgano de supervisión emite sus observaciones o recomendaciones finales a los Estados parte del PIDESC. Por tanto, en el trabajo también se analiza la utilización por el propio Comité de los criterios contenidos en las observaciones generales a través de las recomendaciones que emite sobre cada derecho a los países examinados. También se vinculan al estudio las recomendaciones emitidas por otros órganos de monitoreo de cumplimiento de derechos humanos del sistema universal que tratan derechos conexos a los de índole social.

La relación que se hace de la doctrina del mecanismo universal de supervisión de cumplimiento de derechos sociales con su implementación a escala local toma relevancia en razón a la generalizada incorporación de los estándares de derechos humanos provenientes desde esta esfera. Plantear el estudio desde esta perspectiva permite evaluar los avances de cada Estado en materia de derechos sociales. Determinar las posibilidades y limitaciones de exigibilidad que poseen los derechos sociales a escala local permite conocer el grado en que éstos se implementan y si ello es efectivo y eficaz. Igualmente, recurrir a este método es útil para identificar cuáles deberían ser los compromisos prioritarios de los estados en materia de derechos sociales. Es de utilidad también para reforzar la participación democrática, puesto que a través de la inclusión de la sociedad civil ésta tiene la posibilidad controlar la adecuación a estándares de derechos humanos del actuar de los Estados evaluados y verifica si ello sigue la línea de sus reclamos.⁴⁷¹

⁴⁷¹ El comité DESC ha sido el primer comité autorizado para recibir informes de ONG que gocen de estatus consultivo ante el ECOSOC. Hoy en día están autorizados en el CDH, CCR, CEDR y CAT. Otra posibilidad en cuanto al aporte de información lo constituyen las agencias especializadas, que pueden aportar información al CDH, CDESC, CEDR, CCR y CEDAW. Sin embargo, esta última posibilidad no ha dado muy buenos

En los capítulos anteriores se ha demostrado que la exigibilidad de los derechos de índole social ha ido evolucionando y perfeccionándose, y pese a que los obstáculos y denegaciones persisten a diferentes escalas, podría afirmarse que la exigibilidad ha potenciado la realización de los derechos sociales y, por tanto, debe ser fortalecida sistemáticamente. En este capítulo se analizará la manera en que desde los mecanismos universales se supervisa la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y se señalarán los elementos de los que se nutre en la actualidad y otros que podrían ser utilizados.

2. Protección internacional de los derechos humanos: mecanismos regionales y su vinculación a los derechos sociales y a estándares provenientes de los órganos de tratados del sistema universal.

En la actualidad es posible recurrir a la protección internacional de los derechos humanos a través del sistema universal y también por medio de mecanismos regionales existentes en cada continente. Aunque este capítulo se centra en la labor del mecanismo de protección de derechos sociales desarrollado en el marco del sistema universal considero importante mencionar de manera general las características de algunos sistemas regionales de protección de derechos humanos puesto que estos dan plena cabida y amplio tratamiento a los derechos sociales como derechos humanos universales en ámbitos locales.

En la región europea existen dos instancias supranacionales. De un lado los mecanismos dispuestos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de otro, el proveniente de la Unión Europea.

Los tratados y convenios internacionales vigentes son el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, el cual ha sido complementado con sucesivos protocolos. Así, se han adoptado los protocolos

resultados. BREGAGLIO, R., «Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos», en BANDEIRA GALINDO, G. R., URUEÑA, R., TORRES PÉREZ, A. (coordinadores), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 98.

cuyos temas se detallan: Protocolo N.º 1, protección de la propiedad, derecho a la educación y a elecciones libres; Protocolo N.º 4, prohibición de prisión por deudas, libertad de circulación, prohibición de la expulsión de nacionales y prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (1963); Protocolo N.º 6, relativo a la abolición de la pena de muerte (1983); Protocolo N.º 7, garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, derecho a la indemnización en caso de error judicial, derecho a no ser juzgado o condenado dos veces e igualdad entre esposos (1984); Protocolo N.º 11, reestructuración del mecanismo de control. El Protocolo N.º 11 sustituye las modificaciones introducidas por los Protocolos N.º 2, 3, 5 y 8 y deroga el Protocolo N.º 9 (1994); Protocolo N.º 12, prohibición general de la discriminación (2000); Protocolo N.º 13, abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia (2002); Protocolo N.º 14, modificación del mecanismo de control establecido por el Convenio (2004).

A su vez, los mecanismos de exigibilidad política y jurisdiccional dispuestos son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. Cabe señalar que en el derecho español las sentencias del TEDH poseen una doble manera de ser utilizadas, primero como parámetro de interpretación conforme al TC y de otro lado en aplicación directa de su doctrina por jueces y tribunales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano competente para la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los subsiguientes protocolos que lo suceden. En el ámbito de aplicación de los derechos sociales el TEDH considera que los derechos humanos deben ser entendidos en el sentido de su integralidad sin distinciones. Algunos autores sostienen que el Tribunal de Estrasburgo ha rechazado el argumento de que el Convenio de Derechos Humanos sea un tratado que se refiere únicamente a derechos civiles y políticos.⁴⁷² Se ha visto también que el TEDH se ha pronunciado respecto de los derechos sociales en el siguiente sentido: «El simple hecho de que una interpretación del Convenio se haya extendido a los derechos sociales y económicos no debería ser un factor decisivo para criticar esa interpretación; no hay una división estanca que separe esa esfera del área cubierta

⁴⁷² CLEMENTS, L. y SIMMONS, A., «El tribunal Europeo de derechos humanos. Malestar receptivo», en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 591.

por el Convenio».⁴⁷³ En esta lógica se tienen sentencias civiles y políticas del TEDH que varían según se trate de deficiencias socioeconómicas graves directa o indirectamente atribuibles a la acción de los Estados y a privaciones socioeconómicas graves por las cuales el Estado no tiene responsabilidad directa o es obviamente indirecta.

A partir de la conformación de la Unión Europea se cuenta con otra instancia de la que también forma parte el Estado español. Se cuenta en esta esfera con la Carta Social Europea (1961) y la Carta Social Europea Revisada (1996), así como el Convenio de Estambul (2014). La acción europea se basa en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al que se suma la Carta de los Derechos Fundamentales proclamada en el año 2000. Desde 2009, la Carta ha sido jurídicamente vinculante en las instituciones de la UE y en los gobiernos nacionales (cuando apliquen el Derecho de la Unión). La Carta es coherente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los mecanismos dispuestos en esta instancia supranacional son el tribunal de justicia de la Unión Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra la Organización de Estados Americanos, por sus siglas OEA con instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) (1988), también la Convención de Belén do Pará (1994). Los mecanismos de vigilancia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reciente creada Relatoría sobre Derechos Económicos, sociales y culturales.

En el sistema regional latinoamericano los derechos sociales se encuentran dispuestos en la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador, sin embargo no se puede invocar de manera directa la Declaración para lo cual se recurre a su interpretación por medio de la Convención Americana a través del art. 29 que permite la interpretación de la mencionada Declaración. Esto es determinante para la especificación de los límites y contenidos del catálogo de derechos sociales garantizados por el art. 26 de la convención dado que, como

⁴⁷³ TEDH, Sentencia Airey vs. Ireland, 1979, en CLEMENTS, L. y SIMMONS, A., «El tribunal Europeo de derechos humanos. Malestar receptivo», en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 591.

explica Melish «éste contempla de manera genérica la protección de los derechos económicos, sociales y culturales así como otros que se derivan de aquellos».⁴⁷⁴ Esta situación del art. 26 supone una barrera en la consideración de los derechos sociales de forma conjunta con los derechos civiles que debe ser superada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, tiene facultades para ejercer su jurisdicción contenciosa, así, emite sentencias sobre responsabilidad y reparaciones, y también medidas cautelares que son finales y no pueden ser recurridas. También se afirma que esas labores se amplían de mayor manera en su labor consultiva sobre derechos sociales.⁴⁷⁵ En el marco de esta labor es importante el desarrollo que ha ejercido la Corte IDH ya que posee la posibilidad de pronunciarse sobre los compromisos de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, por sus siglas OEA, en relación con el PIDESC, también con respecto a la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, por su siglas CEDAW, y todos los convenios de la Organización internacional del Trabajo, por sus siglas OIT. En este sentido, la corte ha afirmado lo siguiente: «Esta disposición [el artículo 29] está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, en particular aquellos previamente reconocidos por un Estado».⁴⁷⁶ En este sentido se debe además señalar que las pronunciaciones de la Corte IDH se refiere a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cabe señalar igualmente que la misma sigue la jurisprudencia interpretativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas dando cabida además a sus observaciones generales. Sobre el punto explica Melish que lo realiza con el fin de ayudarse a la hora de interpretar el

⁴⁷⁴ MELISH, T., «La comisión interamericana de derechos humanos. La defensa de los derechos sociales mediante demandas basadas en casos particulares», en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres, Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 503.

⁴⁷⁵ MELISH, T., «La corte interamericana de derechos humanos. Más allá de la progresividad en la aplicación de los derechos», en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 541.

⁴⁷⁶ CORTE IDH, Propuesta de modificación de a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N.º 4, párr. 20.

contenido y alcance de las normas basadas en derechos de la Convención.⁴⁷⁷ Cabe agregar, por último, que la inclusión de directrices más detalladas por la Corte IDH como pueden ser la disponibilidad, accesibilidad, adecuación y aceptación desarrolladas por el comité DESC en sus observaciones generales ayuda a mejorar la labor de esta instancia regional en la resolución de sus casos.⁴⁷⁸

En la región africana se cuenta con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (1990), el Protocolo de los Derechos de las Mujeres en África (2003) y el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocido como «Protocolo de la Carta Africana» (1998). El documento regional africano se distingue de los demás tratados regionales por ser la única que reconoce los derechos económicos, sociales y culturales en el mismo nivel que los derechos civiles y políticos.⁴⁷⁹ Así, en el preámbulo de la misma se expresa que «los derechos civiles y políticos no se pueden disociar de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción ni en su universalidad» y también que «la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales es una garantía para el goce de los derechos civiles y políticos».

La comisión africana ha decidido en algunos casos conforme a estos postulados. Por ejemplo existen casos como el de la Union Interafricaine des droit de L'Homme and Others vs. Angola en donde se pronunció determinando que la expulsión de las masas de extranjeros afecta a un conjunto amplio de derechos reconocidos en la Carta Africana, en ello se encuentra incluido el derecho a no ser discriminado, el derecho a la propiedad el derecho al

⁴⁷⁷ MELISH, T., «La corte interamericana de derechos humanos. Más allá de la progresividad en la aplicación de los derechos» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 547.

⁴⁷⁸ Para mayores detalles y casos concretos referirse a MELISH, T., «La corte interamericana de derechos humanos. Más allá de la progresividad en la aplicación de los derechos» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 547.

⁴⁷⁹ MZINKENGE CHIRWA, D., «Sistema Regional africano de derechos humanos: la promesa contenida en la jurisprudencia reciente sobre derechos sociales», en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 477.

trabajo, el derecho a la educación y el derecho a la protección de la familia.⁴⁸⁰ También es importante señalar que existen derechos sociales reconocidos de manera explícita en la Carta Africana como pueden ser el derecho al desarrollo económico, social y cultural, el derecho a la paz nacional e internacional, el derecho a un medio ambiente general satisfactorio y el derecho de los pueblos a disponer libremente de su riqueza y recursos naturales como se detallan en los artículos 19 a 24 de la mencionada carta. Podría entenderse esta innovadora manera de presentar los derechos humanos de la carta africana como fruto de la influencia de los demás tratados y convenios de derechos humanos en la misma, y el reconocimiento de los últimos derechos expuestos también atiende a la naturaleza propia de la cultura y cosmovisión de los pueblos africanos.

Una cuestión relevante en lo que toca a la actividad del Tribunal Africano de Derechos Humanos es la utilización que realiza de las observaciones generales emanadas del comité DESC por lo que respecta a dos derechos en particular. En el caso SERAC⁴⁸¹ se ha referido al concepto emanado de la interpretación de este órgano sobre el derecho a una vivienda adecuada, Observación General N.º 4, afirmando que el derecho a una vivienda digna va más allá de que la protección y el suministro del techo a las personas. También en lo que hace al concepto de salud alude a la conceptualización amplia en el sentido del PIDESC, al igual que el concepto de desalojo. Podría interpretarse esto en el sentido de que la Carta Africana en el artículo 60 permite a la Comisión Africana inspirarse en el derecho internacional de los derechos humanos cuando interpreta las normas de la Carta Africana. También el Protocolo de la Corte Africana da pie expresamente a la utilización de la corte tanto de la Carta Africana como de otros instrumentos de derechos humanos ratificados por los Estados afectados. Así explica Mzinkenge que es posible dar cumplimiento efectivo a cualquier derecho socioeconómico que no esté expresamente reconocido por la Carta Africana.⁴⁸² Como puede

⁴⁸⁰ Comunicación 159/96, (2000) AHRLR 18. Para mayores detalles consultar MZINKENGE CHIRWA, D., «Sistema Regional africano de derechos humanos: la promesa contenida en la jurisprudencia reciente sobre derechos sociales» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 479.

⁴⁸¹ Comunicación 155/96 (caso SERAC), Ref. ACHPR/COMM/A044/1 (27 de mayo de 2002)

⁴⁸² MZINKENGE CHIRWA, D., «Sistema Regional africano de derechos humanos: la promesa contenida en la jurisprudencia reciente sobre derechos sociales» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 489.

verse, la utilización de los estándares establecidos por el comité DESC trascienden el ámbito del sistema universal y la utilidad que en el marco de la organización sus pronunciamientos puedan ser considerados, como se ha expuesto en esta ocasión en un sistema regional de protección de derechos humanos.

El margen de actuación que la implementación de todos estos mecanismos realiza ha supuesto un importante avance en materia de exigibilidad de los derechos humanos, y de los sociales en particular, sin embargo, en este capítulo no se profundiza en ello dado que se ha seleccionado el estudio en forma particular del sistema de protección universal.

3. Protección universal de derechos humanos. Sistema de la Organización de las Naciones Unidas

En el sistema de la organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU, existen instrumentos de alcance universal que incluyen el tratamiento de los derechos sociales, el primero de los cuales es la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). En la esfera de tratados y convenios, el principal es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y su Protocolo Facultativo, también el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966) y su Protocolo Facultativo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) y la Convención internacional para la protección de todas las personas sobre desapariciones forzadas (2007). Con anterioridad a estos instrumentos, la Declaración de Filadelfia (1944) de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, reconocía amplios derechos relativos al trabajo, igualmente la Organización Mundial de la Salud aludía a estos en su Constitución en el año

1946,⁴⁸³ y han impulsado el reconocimiento internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, existen declaraciones abocadas al tratamiento de los derechos sociales como los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986); las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996) donde se amplía el entendimiento de los derechos sociales en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993,⁴⁸⁴ a partir de la cual se ha iniciado una intensa labor para el reconocimiento general de los derechos humanos de manera universal, indivisible, interdependiente e interrelacionada. Desde entonces, se han realizado importantes progresos para aclarar el contenido jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales internacionalmente reconocidos, así como para desarrollar mecanismos y metodologías con el fin de ponerlos en práctica.⁴⁸⁵

3.1. Supervisión internacional de derechos sociales en el marco del sistema universal de protección de la Organización de las Naciones Unidas

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, adoptada en 1948 el seno de la Organización de Naciones Unidas, en adelante ONU, dio paso a la creación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, junto con la DUDH los instrumentos que componen la Carta Internacional de Derechos Humanos del Sistema Universal son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP, y el PIDESC, adoptados en 1966.

La elaboración de los dos pactos que integran la carta no ha tenido siempre el acuerdo general, se conoce que a diferencia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos la decisión

⁴⁸³ACNUDH, Folleto Informativo N.º 33, *Preguntas frecuentes sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_spfolletoDESC.pdf, p. 8.

⁴⁸⁴ Como antecedente de éste se encuentra la declaración de Teherán donde por vez primera se alude a la consideración unitaria de los derechos humanos.

⁴⁸⁵ACNUDH, Folleto Informativo N.º 33, *Preguntas frecuentes sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_spfolletoDESC.pdf, p. 10

acerca de la elaboración del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue controvertida y, por tanto, su elaboración dilatada en el tiempo. De acuerdo con la explicación de Craven, luego de mucho tiempo, el desacuerdo sobre si incluir los derechos económicos, sociales y culturales llevó al Consejo Económico y Social ECOSOC a requerir la opinión de la Asamblea General sobre el asunto.⁴⁸⁶ Ese proceso concluyó con la elaboración del PIDESC.⁴⁸⁷ Si bien el PIDESC fue aprobado y abierto a ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 16 de diciembre de 1966 mediante la resolución 2200 A (XXI), luego de aproximadamente 20 años de debates sobre su contenido, sin embargo su entrada en vigor data del año 1976, cuando finalmente adquirió fuerza de ley. También, de manera muy posterior a su aprobación, a diferencia del Pacto de derechos civiles y políticos (1966-1976), se estableció un mecanismo de quejas, el Protocolo Facultativo PIDESC que fue aprobado el 10 de diciembre de 2008 y entró en vigor en 2013.

Los hechos relatados han tenido una repercusión en la evolución tardía del tratamiento del PIDESC en el mismo seno de las Naciones Unidas. En principio, el acuerdo sobre su redacción conllevó largos debates, pasando por la oposición de algunos estados occidentales y del ECOSOC a la aprobación, hasta la adopción final del PIDESC carente de un mecanismo de quejas.⁴⁸⁸

Esto ha motivado que se movilizasen acciones en favor de los mismos desde el propio Comité DESC a través de las observaciones generales emitidas, así como las observaciones finales con recomendaciones a los Estados parte. Asimismo, el acuerdo en principios y declaraciones como los Principios de Limburgo, la Declaración de Maastricht, y la Declaración y Programa de Acción de Viena reseñan los esfuerzos realizados desde esta organización frente a la

⁴⁸⁶ CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford University Press, 1995, p. 16-22.

⁴⁸⁷ Conforme expresa la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) «el Comité fue creado por el Consejo Económico y Social, a raíz de la defectuosa actuación de dos órganos a los que se había encomendado anteriormente la vigilancia del Pacto». Folleto informativo No. 16 (Rev. 1) - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf>

⁴⁸⁸ Para mayores detalles consultar LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p.681.

negación al reconocimiento, exigibilidad y protección suficiente de los derechos sociales por los propios Estados ratificantes del pacto y algunos sectores de la doctrina.

En la actualidad, la aceptación de la doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales que cuenta con 169 Estados parte del PIDESC ha llevado a la aprobación del Protocolo Facultativo PIDESC en 2008, sin embargo tan sólo un número de 24 países ha acogido la jurisdicción del mecanismo de comunicaciones establecidas por este Protocolo Facultativo. Aun así, la incipiente labor de este mecanismo es importante, y su funcionamiento clave para la evolución de estos derechos en el ámbito de la justiciabilidad.

Hasta el momento se ha señalado la existencia de los convenios y mecanismos de protección de los derechos humanos en orden a la Carta Internacional de Derechos Humanos. Sin embargo, en el sistema universal existen además otros órganos creados por ésta y vinculados a la protección de los derechos sociales que ayudan a su fortalecimiento y evolución.

3.2. Órganos del sistema universal vinculados a la protección de los derechos sociales

De acuerdo con los fines de la ONU, su funcionamiento vinculado a los derechos económicos, sociales y culturales involucra a órganos creados por la Carta de las Naciones Unidas 1946, entre ellos se encuentra la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo Económico Social conocido por sus siglas como ECOSOSC, la Secretaría General de las Naciones Unidas y otros órganos creados por éstos.

La Asamblea General es un órgano que posee representación de delegaciones de los Estados y cuya labor se vincula a la deliberación y acuerdo de cuestiones vinculadas a la vigencia y protección de los derechos humanos, así como a la aprobación de estudio, elaboración y adopción de instrumentos de índole internacional en materia de derechos humanos, también emite opiniones y recomendaciones en materia de derecho internacional y en el ámbito de la cooperación internacional.

De conformidad a lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas⁴⁸⁹ la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación; fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario; y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

A su vez, el Consejo Económico y Social, órgano creado también por la Carta tiene como funciones y poderes [...] hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los organismos especializados integrados, «[...] hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades, [...] podrá formular proyectos de convención con respecto a cuestiones de su competencia para someterlos a la Asamblea General»,⁴⁹⁰ «[también tiene como atribuciones] obtener informes periódicos de los organismos especializados, [...]obtener informes con respecto a los medidas tomadas para hacer efectivas sus propias recomendaciones y las que haga la Asamblea General acerca de materias de la competencia del Consejo, [...]comunicar a la Asamblea General sus observaciones sobre dichos informes».⁴⁹¹

Otro órgano creado por la carta es la Secretaría General que se ocupa de todos los asuntos referentes a derechos humanos con carácter global y es responsable de llevar informes finales a la Asamblea General, posee así una serie de oficinas y dependencias en esta materia que se encuentran asociadas a los derechos económicos, sociales y culturales, en adelante DESC,

⁴⁸⁹ Carta de la las Naciones Unidas, Capítulo IV, Artículo 13: La Asamblea General <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-iv/index.html>

⁴⁹⁰ Carta de la las Naciones Unidas, Capítulo X, Artículo 62: El Consejo Económico y Social <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-x/index.html>

⁴⁹¹ Carta de la las Naciones Unidas, Capítulo X, Artículo 64: El Consejo Económico y Social <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-x/index.html>

como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, conocido por sus siglas como ACNUDH.

El ACNUDH es un órgano que presta soporte en materia de derechos humanos al sistema ONU. En este cometido, elabora políticas y ofrece orientación, herramientas y apoya el fortalecimiento de capacidades en cuestiones temáticas de derechos humanos; asimismo, apoya a los órganos creados en virtud de tratados. Igualmente da apoyo a las labores realizadas por el Consejo de Derechos Humanos y al Examen Periódico Universal (un mecanismo creado en 2011 para la supervisión interestatal en materia de derechos humanos). También presta servicios a los Mecanismos de Procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos y desarrolla labores de cooperación y desarrollo con enfoque de derechos humanos en el terreno.⁴⁹² Entre sus misiones se cuenta el fortalecimiento del programa de derechos humanos de las Naciones Unidas. Asimismo se destaca la atención de violaciones de derechos humanos y cuestiones urgentes y se enfatiza la atención por igual a la realización de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, además del derecho al desarrollo.⁴⁹³

Otro órgano vinculado a los derechos sociales en el sistema universal es el Consejo de Derechos Humanos conocido como CDH. Se trata de un órgano creado por la Asamblea General en 2006 que toma las funciones de la antigua Comisión de Derechos Humanos, sus fines son la promoción y protección de los derechos humanos desde la actuación interestatal. Posee organismos subsidiarios, uno de ellos es el mecanismo de examinación periódica de la situación general de cada Estado en materia de derechos humanos denominada Examen Periódico Universal (EPU). Asimismo, los Procedimientos Especiales como mecanismos de alerta temprana y monitoreo están integrados por Relatores Especiales, Expertos Independientes y Grupos de Trabajo, estos expertos independientes realizan visitas a los países; actúan sobre casos y situaciones individuales de naturaleza más amplia y estructural mediante el envío de comunicaciones a los Estados y a otros interesados, en las que llaman la atención sobre denuncias de violaciones o abusos; llevan a cabo estudios temáticos y organizan consultas de expertos; contribuyen a la elaboración de normativas internacionales

⁴⁹² Para mayores detalles consultar <https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>

⁴⁹³ Para mayores detalles consultar <https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/MissionStatement.aspx>

de derechos humanos; participan en tareas de promoción; sensibilizan a la población; y asesoran en materia de cooperación técnica. Los titulares de procedimientos especiales presentan informes al menos una vez al año al Consejo, tanto como a la Asamblea General. Muchas veces, se convierten en los únicos mecanismos que alertan a la comunidad internacional sobre determinadas cuestiones de derechos humanos.⁴⁹⁴ El consejo posee un comité asesor compuesto por dieciocho expertos independientes de carácter multidisciplinar que asesoran al consejo realizar estudios y propuestas de documentos internacionales sobre derechos humanos entre otros.⁴⁹⁵ El Procedimiento de Denuncias fue establecido en 2007 sobre la base del antiguo procedimiento de la resolución 1503 con la finalidad de mejorarlo y asegurar un procedimiento de denuncia imparcial, objetivo, eficiente y orientado a las víctimas⁴⁹⁶. Posee dos grupos de trabajo —el Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones y el Grupo de Trabajo sobre Situaciones— son los encargados de examinar las comunicaciones, identificar aquellas situaciones que presenten violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales y elevarlas al Consejo para su consideración. [Este] es el único procedimiento universal de denuncia que contempla la totalidad de derechos humanos y libertades fundamentales y que alcanza a todos los Estados miembros de la ONU. Un promedio de 3400 comunicaciones son presentadas ante el Procedimiento de Denuncia cada año.⁴⁹⁷ De esta manera, el Consejo abarca, a través de sus órganos subsidiarios, grupos de trabajo e investigaciones y foros, labores que se encuentran enmarcadas en sus amplios fines de derechos humanos. Su organización consta en el documento que se denomina el «Paquete de Construcción Institucional»⁴⁹⁸ que fue aprobado a través de la resolución 5/1 con el objeto de orientar su labor y establecer sus procedimientos y mecanismos.⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ACNUDH, *El Consejo de Derechos Humanos*,

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf p.11

⁴⁹⁵ Para mayores detalles consultar ACNUDH, *El Consejo de Derechos Humanos*,
https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf p.13

⁴⁹⁶ACNUDH, *El Consejo de Derechos Humanos*,

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf p.15

⁴⁹⁷ACNUDH, *El Consejo de Derechos Humanos*,

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf p. 15 y 16.

⁴⁹⁸ACNUDH, *El Consejo de Derechos Humanos*,

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf p.2.

⁴⁹⁹ACNUDH, *El Consejo de Derechos Humanos*,

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf p.2.

En lo que hace a los órganos creados por los tratados de derechos humanos, existen diez tratados principales y cada uno, a su vez, tiene comités de expertos independientes que poseen un mandato para supervisar la aplicación de los principales tratados en materia de derechos humanos por los Estados parte que en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentran obligados a adoptar medidas para garantizar la realización de los derechos contenidos en cada uno de los tratados. Algunos de ellos cuentan además con protocolos facultativos a través de los que los particulares pueden acudir como instancia cuasi judicial para comunicar actos y hechos violatorios de derechos contenidos en los tratados. Si bien los tratados pueden versar sobre materias específicas, la doctrina de derechos humanos reseña que tanto los contenidos como las recomendaciones emitidas por los distintos comités se interrelacionan y deben ser interpretadas de manera conjunta cuando la situación así lo requiera. Los comités actúan tomando en consideración amplias materias que se interrelacionan como derechos sociales, cuestiones de género, discriminación racial o discapacidad, por lo que existe en la actualidad una importante doctrina en este sentido producto del trabajo de los comités de expertos como se demostrará en los próximos apartados.

Otro mecanismo de las Naciones Unidas que contempla el compromiso de los Estados de cara al cumplimiento de los derechos sociales originado por la Declaración del Milenio realizada en el año 2000 son los Objetivos de Desarrollo del Milenio, conocido por sus siglas como ODM. En la actualidad los ODS, Objetivos del Desarrollo Sostenible, constituyen una ampliación de los ODM, y surgen como postulados para la Agenda 2030 establecida en la Cumbre del Desarrollo Sostenible de 2015. El carácter de los ODS es universal, no sólo destinado a países en desarrollo, como se previó en los ODM, sino que se dirige a todos los Estados que integran la ONU independientemente de su nivel de desarrollo.

A diferencia de los tratados y convenios de derechos humanos, los ODS comportan compromisos políticos cuyo alcance no posee la fuerza vinculante de los primeros. El auge que en la actualidad posee el foco interestatal en ellos podría significar una llamada de atención ante la posibilidad y tendencia de restar el verdadero valor como derechos a los contenidos que son abordados y ello debe ser entendido en el sentido de que al establecerse como compromisos políticos podría poner en riesgo el reconocimiento y, por tanto, nivel de cumplimiento y avance del conjunto de derechos humanos.

Es preciso señalar que los ODS contemplan acciones destinadas al desarrollo en el marco de algunos derechos sociales y en este contexto sirven de complemento al conjunto de los derechos humanos. Sin embargo, los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, son compromisos jurídicamente vinculantes, en tanto el cumplimiento de los ODS basados en normas de derechos humanos son compromisos de carácter político. Otro aspecto relevante es que los derechos humanos comportan cuestiones de mayor alcance y de manera sistemática cuyo avance se podría potenciar a través de los ODS, en tanto estos se adecuan a los estándares que señalan los derechos humanos.

Existen análisis recientes que señalan que, tres años después de su adopción, la mayoría de los gobiernos no han logrado convertir la proclamada visión transformadora de la Agenda 2030 en políticas reales. «[y que] Peor aún, las políticas de un número creciente de países se están moviendo en el sentido opuesto, socavando gravemente el espíritu y los objetivos de la Agenda 2030».⁵⁰⁰ También se señala con preocupación que «tampoco se ha solucionado adecuadamente las privaciones de derechos humanos, las desigualdades y la exclusión social»,⁵⁰¹ se destaca la necesidad de mayor coherencia política en cuanto a toma de decisiones, dado que «en política real, el pilar económico es “más igual que los demás”. La toma de decisiones y el desarrollo de políticas se han visto duramente obstaculizados por esta jerarquía entre los “pilares”, ya que las políticas económicas y financieras no se adhieren necesariamente a los requisitos de límites planetarios y las normas de derechos humanos».⁵⁰²

Como puede verse dentro de los ODS también se presentan desafíos y retos que suponen trasladar al campo de toma de decisiones políticas los estándares de obligaciones desde un enfoque de derechos para que su utilidad en la práctica remita a resultados cuantitativos y cualitativos. Podría señalarse la incipiente incidencia que el mismo podría tener en los *lobbies* con los Estados, dada su presentación desde 2016, sin embargo, ello no podría justificar la ausencia de los líderes políticos para establecer líneas concretas de cumplimiento de los ODS. Al tiempo de elaboración de este trabajo no se conocen resultados de la ODS para su

⁵⁰⁰ MARTENS, J., «Redefinir las políticas para el desarrollo sostenible. Cómo cerrar las brechas y superar las contradicciones en la aplicación de la Agenda 2030», *Enfoques sobre Desarrollo Sostenible 2018. Explorando nuevas orientaciones políticas. Informe del Grupo de Reflexión de la Sociedad Civil sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, p.11.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p.17.

⁵⁰² *Ibidem*, p.17.

reposicionamiento, dado que aún no se realiza el Foro Político de Alto Nivel, por sus siglas en inglés FPAN.⁵⁰³ Se prevé que en este espacio se realizará un análisis sobre la rendición de cuentas y experiencias locales, y se debatirá con todos los actores sociales sobre los ajustes de medidas para el avance hacia el cumplimiento de la agenda 2030.

Podría afirmarse que este mecanismo, que tiene presencia desde el 2000 y renovado impulso en la actualidad, no ha significado los resultados que en el marco del mismo se fijaron en su primera etapa y que fueron modificados posteriormente. Es preciso, en este sentido, hacer hincapié en dos cuestiones centrales desde un enfoque basado en derechos y resultados. De un lado, la inclusión en el seno del mismo de actores no estatales que representan poderes económicos y financieros condiciona y obstaculiza el sentido de los acuerdos y los aleja del enfoque de derechos humanos y, de otro lado, el posicionamiento de derechos como compromisos políticos podría significar un interés de restar el nivel de los derechos humanos como auténticos derechos vinculados a obligaciones estatales que existe a escala universal.

3.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El PIDESC, es el instrumento de la ONU que aborda de manera fundamental y central estos derechos. También existen otros tratados y convenios sobre cuestiones relativas a temas particulares de derechos humanos que abordan los derechos sociales, incluido el Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos. Como se ha relatado en los capítulos que preceden, existe en la actualidad una doctrina de tratamiento de los derechos humanos que comprende el entendimiento de todos ellos sin distinción desde la indivisibilidad, la interdependencia y el interrelacionamiento. Por tanto, es común encontrar aspectos referidos a los DESC en otros instrumentos de derechos humanos.

El Pacto conforma la Carta Internacional de las Naciones Unidas, un conjunto de tres instrumentos que constituyen la base funcional de la organización pública internacional. Pese a que el Pacto Internacional contra Toda Forma de Discriminación Racial y otros relativos a

⁵⁰³ La realización de la próxima cumbre FPAN está prevista para mediados de julio de 2019, y versará sobre la revisión de seis objetivos seleccionados. Para mayores detalles hay que remitirse a <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/monitoring-and-progress/>

la Organización Mundial de la Salud, OMS, y la Organización Internacional de Trabajo, OIT, preceden y han dotado de contenido a éste. Es a partir de la conformación de la Carta Internacional de las Naciones Unidas cuando se establece un orden en el que todos los demás instrumentos, directrices y acciones deben ajustarse al contenido del PIDESC.

El Pacto es un documento que contiene derechos de índole económica, social y cultural que estatuye postulados sobre las obligaciones que en esta esfera corresponden a los Estados parte del PIDESC. Aunque, en la actualidad el Comité DESC también analiza las acciones de países que no lo han ratificado.

El PIDESC se encuentra organizado en cinco partes. El Preámbulo expresa el reconocimiento de la dignidad humana como base del establecimiento de estos derechos, así como que «[...] no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos [...]».

La parte primera trata sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos, incluida la libertad de disponer de recursos y riquezas y la no privación de medios de subsistencia (art. 1).

La segunda parte refiere a la índole de las obligaciones de los Estados parte, se hace hincapié en la no discriminación en la aplicación del Pacto, también se hace referencia a la igualdad en el acceso y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales entre hombres y mujeres (art. 3), asimismo, se aborda las limitaciones y el carácter supranacional del Pacto (arts. 4 y 5).

Posteriormente en la parte tercera se enumera los derechos de índole económico, social y cultural, como el derecho y las libertades relativas al trabajo y a gozar de condiciones laborales satisfactorias (arts. 6 y 7); fundar sindicatos y a sindicarse (art. 8); o el derecho al acceso a la seguridad social, que incluye la ausencia de denegación de ésta, particularmente en casos de desempleo, enfermedad, vejez o falta de medios de subsistencia en circunstancias que no puedan ser asumidas por las personas (art. 9). También se aborda la protección de la familia, las madres y los niños, en particular la protección de maternidad y la paternidad, así

como la prohibición de la explotación social y económica de los niños, niñas y adolescentes (art. 10).

El apartado incluye, además, el derecho a un nivel de vida adecuado, que contiene los relacionados con la alimentación, el vestido y la vivienda y la mejora continua de las condiciones de existencia de las personas (art. 11).

También contiene el derecho a la salud en la comprensión del más alto nivel posible de salud física y mental, así como la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12).

Se enumera también el derecho a la educación de cara al pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y teniendo con miras capacitar a todas las personas para la efectiva participación en la sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. (art. 13); se protege la enseñanza primaria obligatoria y gratuita (art. 14).

Además contiene el derecho a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y beneficiarse de la protección de las producciones científicas, literarias o artísticas de que la persona sea autora, así como de la libertad para investigar y crear (art. 15).

La cuarta sección trata cuestiones relativas a la obligación de los Estados parte de presentar informes, y del mecanismo de presentación de los mismos (art. 16 y 17), aunque el periodo de presentación fue modificado de manera posterior a la entrada en vigor del Pacto; y a la presentación de informes de otros organismos especializados al ECOSOC sobre el cumplimiento de las disposiciones de este Pacto que corresponden a su campo de actividades (art.18).

Incluye también políticas de manejo y circulación de los informes presentados al ECOSOC (art.19); la potestad de los Estados parte y de los organismos especializados para presentar al Consejo Económico y Social observaciones sobre toda recomendación de carácter general hecha en virtud del artículo 19 (art.20).

Se especifica también la potestad del Consejo Económico y Social para presentar informes que contengan recomendaciones de carácter general, resumen de la información recibida de los Estados parte en el pacto y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el pacto ante la Asamblea General (art.21); así como la competencia del ECOSOC para pronunciarse con carácter general ante los demás organismos y agencias especializadas de la ONU sobre cuestiones relativas al pacto (art.22).

Otro aspecto contenido en esta parte refiere a las medidas de orden internacional para el cumplimiento del pacto como puede ser la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizados en cooperación con los gobiernos interesados (art.23) y las disposiciones sobre la interpretación del pacto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (art.24).

Por último, en la quinta parte del pacto se especifican cuestiones relativas al depósito, adhesión, ratificación, vigencia, aplicabilidad y enmienda. (arts. 26 a 31).

3.4. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: su labor e influencia para la evolución de los estándares legales del PIDESC

La formulación del PIDESC no previó la conformación de un órgano que se encargase de la vigilancia del cumplimiento del Pacto DESC. En este sentido, se debe señalar que el propio Comité en sus Observaciones Generales menciona esta característica,⁵⁰⁴ por tal motivo, y atendiendo a lo dispuesto en el PIDESC, las labores de monitoreo de su cumplimiento,

⁵⁰⁴ El comité ha especificado, por ejemplo, en orden a la obligatoriedad de presentación de informes por los Estados parte que «las obligaciones en materia de presentación de informes contenidas en la parte IV del pacto están destinadas principalmente a dar ayuda a cada Estado parte en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben con arreglo al pacto, y además, a proporcionar una base para que el Consejo con ayuda del comité, pueda cumplir sus funciones de vigilar el cumplimiento de los Estados parte de sus obligaciones y facilitar el logro de los derechos económicos, sociales y culturales de conformidad con lo dispuesto en el pacto.[...]», Comité DESC, Observación General N.º 1, Tercer periodo de sesiones 1989, párr.1. También ha señalado que «[...] aunque la responsabilidad primordial en la materia a que se refiere el art. 22 recae sobre el Consejo, es del todo procedente que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desempeñe un papel activo en asesorar y asistir al consejo en este terreno», Comité DESC, Observación General N.º 2, Cuarto periodo de sesiones 1990, párr. 1.

desarrolladas actualmente por el Comité era realizada por representantes estatales del ECOSOC y posteriormente, como explica Langford, por un grupo de representantes estatales para «ayudar» a la labor asignada al ECOSOC (Consejo Económico y Social), tal como lo prevé el PIDESC.⁵⁰⁵ Como resultado de las duras críticas recibidas a la labor de este mecanismo, se ha dado paso a la conformación del Comité Permanente de Expertos Independientes en las condiciones que en la actualidad se desarrollan mediante la Resolución del Consejo Económico y Social 1985/17.⁵⁰⁶ En este sentido se ha expresado que el Comité es un órgano subsidiario del ECOSOC.⁵⁰⁷ Al analizar la pertinencia de la naturaleza de este órgano del PIDESC, la comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas afirma que, si bien la conformación del comité DESC no se encuentra atribuida en el texto del pacto (sino como se ha mencionado, ha sido creado por una resolución del ECOSOC), su carácter de órgano de tratado se encuentra determinado por los efectos de las funciones que ejerce el mismo de supervisión de cumplimiento del pacto, la cual se encuentra acabadamente justificada a través del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa para recibir comunicaciones por violaciones de derechos sociales a partir del Protocolo Facultativo PIDESC. Por tanto, son éstas las notas que determinan su calidad de órgano de tratado y las que definen la postura mayoritaria que lo reconoce como tal.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres, Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 682.

⁵⁰⁶ En la resolución se detalla que se decidió establecer el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para que le prestara asistencia en relación con las diversas funciones encomendadas al Consejo por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Res. E/1985/17 de 28 de mayo de 1985. Este motivo también es mencionado en el folleto informativo sobre el PIDESC en el que se detalla que «el Comité fue creado por el Consejo Económico y Social, a raíz de la defectuosa actuación de dos órganos a los que se había encomendado anteriormente la vigilancia del Pacto». Folleto informativo N.º 16 (Rev. 1) - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto N.º 6 Vigilancia de la aplicación del Pacto: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁰⁷ El Comité es un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social y su autoridad oficial dimana de ese órgano. Folleto informativo N.º 16 (Rev. 1) - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto N.º 6 Vigilancia de la aplicación del Pacto: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También Craven refiere ello CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, social and cultural rights: A perspective on its development*, Oxford University Press, 1995, p. 50.

⁵⁰⁸ Por la expresión «establecido en virtud de un tratado» se entiende que la creación o la competencia de un órgano de expertos determinado han sido establecidas en virtud de un tratado. En la mayoría de los casos, está claro si se cumplen esas condiciones, pero también puede haber casos dudosos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano creado por una resolución de una organización internacional, pero al que posteriormente le fue atribuida competencia para «examinar» determinadas «comunicaciones» por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este es un órgano de expertos creado en virtud de un tratado en el sentido del proyecto de conclusión

La labor de expertos especializados en materia de derechos sociales se inició en 1987, con dos años de posterioridad a su creación (1985). Este evento señala un hito en el desarrollo del rol de este órgano por la evolución diferenciada que tuvo a partir de su funcionamiento la labor de este comité. Hasta la fecha, ha celebrado sesenta y cinco periodos de sesiones. El Comité realiza sus funciones en el marco de un reglamento provisional propio que data de 1989 adoptado por el Comité en su tercer periodo de sesiones (1989), y en la actualidad incluye las enmiendas aprobadas por el Comité en sus periodos de sesiones cuarto (1990) y octavo (1993). En un principio se previeron reuniones anuales de sesiones con tres semanas de duración,⁵⁰⁹ sin embargo, en la actualidad se realizan dos periodos anuales de sesiones, se entiende que ello se determina conforme al número de informes que deba examinar y previa autorización del consejo económico y social.

El Comité se integra por dieciocho expertos independientes, cada experto es propuesto por el Estado parte miembro del pacto, es elegido por el ECOSOC por un periodo de cuatro años, y puede ser reelegido por un periodo similar. Los miembros del Comité eligen su presidente, tres vicepresidentes y un relator. En la actualidad se encuentra integrado por doce hombres y seis mujeres, dos de las cuales ejercen la vicepresidencia.

La labor del Comité DESC es informada al ECOSOC, aunque en 2007, a instancia del Comité de Derechos Humanos a través de la resolución contenida en el texto de la Declaración de Darfur, se ha emprendido la labor de adquirir los estándares propios de los órganos de vigilancia de los demás tratados de la ONU. De esta manera, señala el texto de la Declaración de Darfur la intención de «modificar [...] la posición legal del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con el propósito de ponerlo a la par con todos los órganos de supervisión de los tratados».⁵¹⁰

13 en la medida en que un tratado prevé que el Comité ejerza determinadas competencias. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), [A/73/10, Conclusión 13, inciso 5](#)).

⁵⁰⁹ «El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (denominado en adelante “el Comité”) se reunirá todos los años por un periodo de hasta tres semanas, o según decida el Consejo Económico y Social (denominado en adelante “el Consejo”), habida cuenta del número de informes que haya de examinar». Los periodos de sesiones del Comité se celebrarán en Ginebra o donde el Consejo lo decida. Reglamento del Comité DESC, E/C.12/1990/4/Rev.1 1º de septiembre de 1993, artículo 1.

⁵¹⁰ UN. DOC A/CHR/4/L. 17.

La evolución de la estructura del comité DESC, así como el desarrollo de los estándares legales del PIDESC por medio de este órgano se ve reflejada en sus pronunciamientos constantes desde las observaciones finales emitidas a los Estados parte del PIDESC, así como de las observaciones generales que son el resultado de una labor de dar claridad y servir de guía para la interpretación de los contenidos del pacto. Asimismo, las declaraciones son utilizadas por el Comité para puntualizar los estándares que en determinados periodos o tiempos de crisis deben ser tenidos en cuenta a la luz del PIDESC. Por último, el recientemente incorporado sistema de recepción de comunicaciones se presenta como una instancia de reparación cuasi judicial ante vulneraciones de derechos, y constituye además una fuente jurisprudencial que se suma a la de las observaciones generales y finales y demás pronunciamientos emanados desde el Comité.

En relación a la labor del comité DESC se señala que esta se ha abocado principalmente a las obligaciones mínimas que tienen los Estados en relación con el PIDESC y en torno a la obligación de no regresividad⁵¹¹

La relevancia que posee cada una de estas pronunciaciones del órgano de supervisión de derechos sociales del sistema universal supone que en este trabajo sea analizado cada uno de ellos en los siguientes apartados.

3.4.1. Observaciones finales

Las observaciones finales o recomendaciones⁵¹² del comité DESC corresponden al resultado final y posterior a la dinámica del diálogo constructivo que mantiene este órgano una vez examinados los informes presentados por los Estados parte. Éstas tratan sobre el

⁵¹¹ BONET PÉREZ, J., «Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales» en BONET PÉREZ, J., y ALIJA, R., Editores, *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI: Una aproximación jurídica desde el derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 46 y ss., 11-67.

⁵¹² Ambos vocablos son utilizados de manera indistinta para referirse a las directrices que emite el comité a los Estados parte del pacto una vez examinados sus informes de cumplimiento del pacto.

cumplimiento que incumbe a cada país acerca de las obligaciones contenidas en el PIDESC conforme a los artículos 16 y 17 del pacto.

El proceso de discusión pública de informes estatales se realiza de manera periódica cada cinco años. Esta labor le fue atribuida al Comité por la resolución N.º 4 de 1988 del Consejo económico y social y, en consecuencia, se encuentra establecida en su reglamento, específicamente en el artículo 61, párrafo 2, que señala que el Comité examinará normalmente los informes presentados por los Estados parte conforme al artículo 16 del pacto en el orden en que los reciba el Secretario General.⁵¹³ En la medida de lo posible, se dará prioridad a los informes iniciales que estén más atrasados.⁵¹⁴

El procedimiento de supervisión supone que el Comité celebre sesiones en periodos bianuales en los que se entable un diálogo constructivo con los representantes estatales y también se abra espacio a integrantes de organizaciones no gubernamentales que hayan presentado informes alternativos al de los Estados. En el marco de estas sesiones, el Estado se compromete a tomar medidas en los temas debatidos, las cuales serán además supervisadas de manera posterior al diálogo.

Como resultado del diálogo, el Comité emite recomendaciones finales que versan sobre aspectos analizados del informe y de la discusión mantenida con representantes estatales, cuyo cumplimiento posee carácter obligatorio. Más allá del carácter que poseen estas recomendaciones, las mismas constituyen una fuente de guía para la implementación de acciones, dado que se basan en el estudio de fondo de las leyes y de los procedimientos locales, con lo cual trazan la línea que los gobiernos pueden tomar para la realización de los derechos contenidos en el PIDESC.

⁵¹³ 1. El Comité examinará los informes presentados por los Estados partes en el Pacto con arreglo al programa establecido en la resolución 1988/4 del Consejo. 2. El Comité examinará normalmente los informes presentados por los Estados parte conforme al artículo 16 del Pacto en el orden en que los reciba el Secretario General. 3. Los informes de los Estados parte que el Comité haya previsto examinar se pondrán a disposición de sus miembros por lo menos seis semanas antes de la apertura del periodo de sesiones del Comité. Los informes de los Estados parte recibidos para su tramitación por el Secretario General menos de doce semanas antes de la apertura del periodo de sesiones se pondrán a disposición del Comité en su periodo de sesiones del año siguiente. Comité DESC, Reglamento del Comité DESC, E/C.12/1990/4/Rev.1 1º de septiembre de 1993, artículo 61.

⁵¹⁴ Folleto informativo N.º 16 (Rev. 1) - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto N.º 6 Vigilancia de la aplicación del Pacto: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La metodología de trabajo establecida por el Comité se basa en varios procedimientos. De cara al estudio de los informes recibidos de los Estados, el Comité ha elaborado directrices contenidas en la Observación General N.º 1. La finalidad de las directrices es que los procesos de preparación y presentación de los informes se adecuen a la letra y espíritu del PIDESC.

La principal fuente de análisis utilizada por el comité DESC son los informes nacionales, sin embargo no son el único medio; el órgano se sirve igualmente de información proporcionada a través de informes alternativos de organizaciones no gubernamentales, además de informes de otros comités especializados cuya actividad tiene relación con los derechos sociales, y de observaciones e información provista por otras agencias que despliegan acciones en el terreno. Asimismo, utiliza información y recomendaciones proporcionadas por procedimientos especiales, es decir informes de relatores especiales o grupos de trabajo, cuya labor guarda relación con estos derechos, y que además en muchas ocasiones actúan como una alerta temprana para el Comité ante determinadas situaciones de derechos que deben ser ajustadas a las disposiciones del PIDESC.

En 1989, en el marco del tercer periodo de sesiones el Comité aprobó la primera Observación General cuyo tema trata sobre «la presentación de informes por los Estados parte». En esta observación se profundiza y detalla en cuestiones relativas a la preparación de informes estableciendo que ello no es una mera cuestión de procedimiento encaminada tan sólo a cumplir con las obligaciones formales de cada Estado. Por el contrario, el Comité ha señalado que, de conformidad con la letra y espíritu del pacto, los procesos de preparación y presentación de informes por los Estados pueden, y más aún deben, permitir el logro de diversos objetivos.⁵¹⁵

Entre los objetivos se destacan los siguientes: 1. asegurar que se emprenda un examen amplio de la legislación, las normas y procedimientos administrativos, y las diversas prácticas nacionales en un esfuerzo por ajustarlas en todo lo posible a las disposiciones del Pacto;⁵¹⁶ 2. la vigilancia constante de la situación real que abarca el conocimiento sobre si la medida en que todos los individuos que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción disfrutan

⁵¹⁵ Comité DESC, Observación General N.º 1, Presentación de Informes por los Estados Partes, E/1989/22, párr.1.

⁵¹⁶ *Ibidem*, párr.2.

o no disfrutaran de los diversos derechos, prestando especial atención a las regiones menos favorecidas y a grupos o subgrupos que puedan encontrarse en situaciones desfavorables, así como informar si no se cuenta con la capacidad necesaria para llevar a cabo tal vigilancia;⁵¹⁷

3. proporcionar una base acabada para elaborar políticas claramente formuladas y cuidadosamente adaptadas a la situación, entre ellas el establecimiento de prioridades que reflejen las disposiciones del Pacto;⁵¹⁸
4. facilitar el examen público de las políticas de los gobiernos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales y estimular la participación de los diversos sectores económicos, sociales y culturales de la sociedad en la formulación, aplicación y revisión de las políticas pertinentes;⁵¹⁹
5. proporcionar una base sobre la cual el propio Estado parte, así como el Comité, puedan evaluar de manera efectiva la medida en que se han hecho progresos hacia el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto;⁵²⁰
6. permitir que el propio Estado parte comprenda mejor los problemas y las limitaciones que se presenten en sus esfuerzos por alcanzar progresivamente toda la gama de derechos económicos, sociales y culturales,⁵²¹ y por último,
7. permitir que el Comité y los Estados parte en su conjunto faciliten el intercambio de información entre los estados y lleguen a comprender mejor los problemas comunes y a apreciar más cabalmente el tipo de medidas que pueden adoptarse con el objeto de promover la realización efectiva de cada uno de los derechos contenidos en el pacto, y permitir al Comité precisar los medios más adecuados con los cuales la comunidad internacional pueda prestar asistencia a los Estados.⁵²²

Un aspecto de relevancia en lo que hace a la presentación de los informes es la capacidad que poseen estos para exponer la realidad de cada Estado. En la Observación General N.º 1 el Comité hace hincapié en la medición del progreso del cumplimiento del pacto al expresar que «puede ser de utilidad para los Estados precisar los criterios u objetivos en función de los cuales podrán evaluarse los resultados obtenidos en una determinada esfera. Por ejemplo, suele convenirse que es importante fijar metas específicas con respecto a la reducción de la

⁵¹⁷ Comité DESC, Observación General N.º 1, Presentación de Informes por los Estados Partes, E/1989/22, párr.3.

⁵¹⁸ *Ibidem*, párr.4.

⁵¹⁹ *Ibidem*, párr.5.

⁵²⁰ *Ibidem*, párr.6.

⁵²¹ *Ibidem*, párr.8.

⁵²² *Ibidem*, párr.9.

mortalidad infantil, el alcance de vacunación de niños, el consumo de calorías por persona, el número de personas por cada miembro del personal médico, etc. En muchas de estas esferas, los criterios globales son de uso limitado, mientras que los criterios nacionales o incluso subnacionales pueden constituir una indicación en extremo valiosa de los progresos alcanzados».⁵²³

Igualmente el proceso de preparación de informes ayuda a la asunción de planes o programas en caso de ausencia o ineficacia de las existentes cuando no existan políticas en función de los principios del Pacto, por ejemplo en el caso de la obligatoriedad de la enseñanza primaria obligatoria señala el Comité que «existe una obligación comparable de «elaborar y adoptar ... un plan detallado de acción para la aplicación progresiva» de cada uno de los derechos contenidos en el Pacto, según se deduce claramente que la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de «adoptar medidas... por todos los medios apropiados...»⁵²⁴.

El Comité tiene establecido un procedimiento común y organización interna para el examen de informes presentados por los Estados parte del pacto. De esta forma el órgano de supervisión del PIDESC ha conformado un grupo de trabajo previo a la sesión (GTPS), integrado por cinco miembros del Comité que realiza una evaluación preliminar de los informes con seis meses de anterioridad al periodo de examen y diálogo del pleno del Comité con los Estados parte.

Este grupo de trabajo previo a la sesión revisa los informes de manera integral y nombra a un miembro que se encarga de examinar de forma particular cada informe. Este miembro, además, prepara una «lista de cuestiones» con preguntas dirigidas a los Estados. Se trata de un cuestionario que se envía a los representantes estatales con anterioridad a la sesión de examinación del informe por el pleno del Comité, y que generalmente posee preguntas sobre dudas o solicitud de ampliación de la información proporcionada sobre determinados temas contenidos en el informe del Estado parte. Generalmente las preguntas o solicitudes de información adicional se centran en disparidades encontradas en los informes de los Estados.

⁵²³ Comité DESC, Observación General N.º 1, Presentación de Informes por los Estados Partes, E/1989/22, párr. 6.

⁵²⁴ *Ibidem*, párr. 4.

Las diversas fuentes a través de las cuales el Comité se provee de información, sea oficial, de otras agencias especializadas de las Naciones Unidas, o proveniente de informes alternativos, son analizadas por este grupo de trabajo previo a la sesión, con lo cual se pretende tener información más detallada. A través de este mecanismo se tiene una mayor y mejor preparación del Comité para la realización del examen y es un medio que facilita al tiempo del diálogo constructivo con los Estados lograr acuerdos y compromisos por parte de las delegaciones, ya que se destacan los puntos relevantes de preocupación en el marco del cumplimiento de los principios del pacto.

Ante la existencia de casos de Estados que, habiendo ratificado el pacto, no cumplen con su obligación de presentar informes, el Comité ha elaborado un calendario para el estudio de la situación de estos países. El mecanismo prevé tres situaciones: que se trate de informes cuya presentación se encuentre pendientes y no se haya solicitado mayor plazo para su presentación; que la presentación se presente con retraso; y el caso de Estados que no han presentado informes y que, por tal falta, el Comité no ha podido realizar una supervisión efectiva del cumplimiento del pacto, pero se cuente con información provista por organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales sobre la situación del cumplimiento de derechos.⁵²⁵

Ante estas dificultades, el Comité, en el marco de la celebración de su trigésimo periodo de sesiones, realizado en 2003, en un espíritu de diálogo abierto y constructivo con los Estados parte, decidió que, en caso de retraso y de omisión de la presentación: (a) El Comité puede comunicar de manera informal al Estado parte en cuestión sobre la información recibida e

⁵²⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Métodos de trabajo. Extracto del Informe sobre los períodos de sesiones 44° y 45° (E / 2011/22 - E / C.12 / 2010/3), párr. 19-59., párrafos 46 y 47. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/WorkingMethods.aspx> Así lo señala el 46: El Comité también ha recibido información de organizaciones internacionales y nacionales no gubernamentales sobre el estado de la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales por: a) Los Estados parte que no han presentado ningún informe desde la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su entrada en vigor; b) Estados parte con informes periódicos atrasados. Párrafo 47: En ambos casos, el incumplimiento por parte de los Estados parte de sus obligaciones en virtud del Pacto, y en particular de sus obligaciones de presentación de informes, hizo imposible que el Comité supervisara efectivamente la aplicación por parte de esos Estados de los derechos económicos, sociales y culturales. Establecido en el Pacto de conformidad con el mandato conferido al Comité por el Consejo Económico y Social. LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 684.

instar al Estado parte a que presente su informe vencido sin más demora; (b) El Comité puede formalmente, a través de una carta del presidente, señalar a la atención del Estado parte interesado la información recibida e instar al Estado parte a presentar su informe vencido sin más demora. [También en caso de no presentación] el Comité puede solicitar formalmente al Estado parte que le proporcione información sobre los problemas planteados en las presentaciones de organizaciones no gubernamentales y que presente su informe atrasado sin más demora. Esa carta también se pondrá a disposición de las organizaciones no gubernamentales interesadas que lo soliciten.⁵²⁶ De acuerdo con el informe anual de 2018 presentado por el comité DESC, en circunstancias excepcionales se prevé la posibilidad del aplazamiento de la realización del examen, en particular en casos de fuerza mayor, como los desastres naturales. Este fue el caso de México, cuyo examen estaba previsto inicialmente para el 62º periodo de sesiones, y se pospuso debido al terremoto que tuvo consecuencias devastadoras para el país⁵²⁷.

El seguimiento de las recomendaciones emitidas en las observaciones finales tomó mayor impulso a partir de 1999, cuando el Comité, en la 53ª sesión de su 21º periodo de sesiones,⁵²⁸ estableció su implementación por medio de un procedimiento. Posteriormente, durante su 59º, 60º y 61º periodo de sesiones, el Comité decidió examinar el procedimiento de seguimiento, hasta que en el marco de la 61º periodo de sesiones aprobó el marco de seguimiento de las observaciones finales. Así pues, el Comité ha incluido un párrafo sobre el seguimiento por escrito de las observaciones finales en sus recomendaciones a los Estados parte examinados durante el 61º periodo de sesiones.⁵²⁹ Atendiendo a esta labor, el Comité ha nombrado a Sandra Liebenberg relatora para las actividades de seguimiento de las observaciones finales durante los próximos dos años,⁵³⁰ y en marzo de 2019 la labor pasó a Oliver Schutter.

⁵²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Métodos de trabajo. Extracto del Informe sobre los períodos de sesiones 44º y 45º (E/2011/22-E/C.12/2010/3), párr. 19-59., párr. 48. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/WorkingMethods.aspx>

⁵²⁷ Comité DESC, párr. 38.

⁵²⁸ Véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2000, Suplemento núm. 2* (E/2000/22-E/C.12/1999/11 y *Corr.1*), párr. 38 y 39.

⁵²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe sobre los períodos de sesiones 60º, 61º y 62º (20 a 24 de febrero de 2017, 29 de mayo a 23 de junio de 2017, 18 de septiembre a 6 de octubre de 2017), [E/2018/22 E/C.12/2017/3](https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/WorkingMethods.aspx), párr. 41.

⁵³⁰ *Ibidem*, párr.42.

En el marco de este procedimiento, el Comité aprobó la Nota sobre el procedimiento de seguimiento de las observaciones finales aprobada en el marco del 61^{er} periodo de sesiones. El documento detalla el mecanismo del procedimiento, así como la labor del Relator cuya tarea será anual, y también incorpora las directrices para la presentación de informes. La nota detalla que «Teniendo en cuenta las opiniones formuladas por el Estado parte en el curso del debate y sobre la base de su propia evaluación, el Comité seleccionará hasta tres recomendaciones de sus observaciones finales, que se incluirán en el procedimiento de seguimiento».

Los criterios que regirán la selección serán que las recomendaciones exijan la adopción de medidas urgentes y que sean viables en un periodo de 18 meses. Se exigirá al Estado parte que responda a las recomendaciones seleccionadas dentro de un plazo de 18 meses. Sus respuestas constituirán el informe de seguimiento y se publicarán en la página web del Comité.⁵³¹

Las medidas adoptadas por el Comité se basan en la labor del Relator del Comité y posteriormente dicho Comité examinará en una sesión privada los progresos realizados por el Estado parte en relación con las recomendaciones formuladas. Luego el presidente del Comité elevará un informe al ECOSOC y se publicará el mismo. También ello figurará en el informe anual del Comité al Consejo Económico y Social.⁵³²

En la evaluación de las recomendaciones seleccionadas por el Comité se analizarán los progresos de la siguiente manera: «Progresos suficientes», cuando el Estado parte haya adoptado medidas significativas en respuesta a la recomendación; ello contará con el aval del Relator sobre seguimiento; «Progresos insuficientes», cuando el Estado parte haya adoptado algunas medidas en respuesta a la recomendación, pero necesite adoptar más; en este caso, el Relator para el seguimiento pedirá al Estado parte que proporcione información adicional en su próximo informe periódico; «Información insuficiente para realizar una evaluación»; en este caso, el Relator para el seguimiento pedirá al Estado parte que proporcione información sobre las medidas adoptadas en su próximo informe periódico; «Ausencia de

⁵³¹ Comité DESC, Nota sobre el procedimiento de seguimiento de las observaciones finales aprobada en el marco del 61^o periodo de sesiones, 2017, párr. 4.

⁵³² Para mayores detalles consultar Nota sobre el procedimiento de seguimiento de las observaciones finales aprobada en el marco del 61^o periodo de sesiones, 2017, párr. 8 al 10.

respuesta», cuando el Estado parte no proporcione ninguna información en relación con la recomendación; en este caso, la recomendación será considerada prioritaria en el siguiente diálogo.⁵³³

Por último, el Comité ha establecido que el órgano realizará la evaluación de este procedimiento en el plazo de cuatro años.⁵³⁴

Es importante señalar que respecto a este procedimiento, en el marco del sexto examen periódico al Estado español, el Comité implementa esta medida y solicita al Estado parte que proporcione información, dentro de los 18 meses siguientes a la adopción de las presentes observaciones finales, sobre la implementación de las recomendaciones formuladas por el Comité en los párrafos 14 (Medidas de austeridad); 38 (Desahucios) y 42 (Derecho a la salud).⁵³⁵

3.4.2. Observaciones generales

Las observaciones generales son el resultado de la interpretación del PIDESC que realiza el propio comité DESC. Esta función se encuentra prevista en el artículo 65 de su reglamento, en el que se expresa que «El Comité podrá preparar observaciones generales, basadas en los diversos artículos y disposiciones del Pacto, con objeto de ayudar a los Estados partes a cumplir sus obligaciones en materia de presentación de informes».⁵³⁶

Las observaciones generales ayudan a mejorar la calidad de las observaciones finales porque en la práctica se dan muchas ocasiones en las que el comité DESC emite recomendaciones finales a los Estados examinados en las que remite que se considere el tratamiento de determinados derechos u obligaciones en atención al espíritu de la Observación General que refiere al tema. De esta manera, se facilita también la labor del propio órgano de supervisión.

⁵³³ Comité DESC, Nota sobre el procedimiento de seguimiento de las observaciones finales aprobada en el marco del 61º periodo de sesiones, 2017, párr. 11.

⁵³⁴ *Ibidem*, párr. 13.

⁵³⁵ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr. 55.

⁵³⁶ Comité DESC, Reglamento del Comité DESC, E/C.12/1990/4/Rev.1 1º de septiembre de 1993, artículo 65.

Se identifica que, aunque su utilización en todos los derechos es deseable, la remisión a las observaciones generales no siempre se da en la práctica.⁵³⁷

Además las observaciones generales permiten tener un conocimiento acabado del contenido, sentido y maneras de realización y formas de protección de cada derecho que en su conjunto representa un cuerpo interpretativo del pacto y que constituye una fuente que colabora a la interpretación de cada derecho.

La relevancia de estos pronunciamientos del Comité como órgano máximo en materia de derechos DESC es de suma trascendencia para la mejor comprensión del contenido del PIDESC para su implementación y correspondiente supervisión atendiendo a la experiencia que el mismo ha adquirido a partir del examen de los informes de los Estados. Igualmente, las observaciones generales constituyen un margen dentro del cual el propio Comité establece su posición, de forma independiente a las declaraciones, frente a determinados temas del PIDESC. Al decir de Craven «*The most coherent and detailed information on the position of the committee is provided by its general comments. These usually amount to bold interpretative statements made by the committee reflecting the experience it has gained during the process of considering State reports*».⁵³⁸

En muchas ocasiones los conceptos y definiciones sobre determinados derechos elaborados por el Comité en las observaciones generales son utilizados por la doctrina del sistema universal de protección de derechos humanos, así como también de tribunales internacionales y regionales. Esto demuestra la importancia que las mismas poseen en la doctrina de los derechos humanos y en particular en el caso de los de índole económicos, sociales y culturales. Asimismo, se aprecia el importante valor que en el ámbito jurisdiccional se reconoce a éstas cuando decide cuestiones en el sentido interpretado por el comité DESC en sus observaciones generales.

De acuerdo con el propio comité DESC esta labor se sustenta en la experiencia adquirida a través del estudio de los informes. Así ha expresado que a través de las mismas se «trata de

⁵³⁷ LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro», en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 685.

⁵³⁸ CRAVEN, M., *The international Covenant on Economic, social and cultural rights: A perspective on its development*, Oxford University Press, 1995, pp. 4 y 5.

transmitir la experiencia adquirida hasta ahora en el examen de esos informes a todos los Estados parte, a fin de facilitar y promover la aplicación del Pacto; llamar su atención sobre las deficiencias encontradas en un gran número de informes; sugerir mejoras en el procedimiento de presentación de informes y estimular las actividades de los Estados partes, de las organizaciones internacionales y de los organismos especializados interesados en lo concerniente a lograr de manera progresiva y eficaz la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto».⁵³⁹

La valoración que los expertos realizan sobre este mecanismo de interpretación del Comité es positiva dado que algunos incluso han destacado que a partir de las mismas el Comité tiene la oportunidad de reflexionar más profundamente sin las ataduras de las Observaciones finales.⁵⁴⁰

Recientemente, a finales de 2018, la comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas ha establecido, en su conclusión N.º 13 sobre los pronunciamientos de los órganos creados en virtud a tratados, lo siguiente: 1. A los efectos del presente proyecto de conclusiones, por órgano de expertos creado en virtud de un tratado se entiende un órgano integrado por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que ha sido establecido en virtud de un tratado y que no es un órgano de una organización internacional; 2. La relevancia del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado para la interpretación de un tratado depende de las normas aplicables del tratado; 3. El pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede dar lugar, o referirse, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, o a una práctica ulterior en virtud del artículo 32. No se presumirá que el silencio de una parte constituye una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), por la que se acepta una interpretación de un tratado expresada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado; 4. El presente proyecto de conclusión se entiende sin

⁵³⁹ Comité DESC, Aplicación del Pacto Internacional de derechos Económicos, sociales y culturales. Introducción, UN. Doc. E/1989/22, ANEXO III, p. 87. Reimpreso en *Compilation of General Observations and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty bodies*, UN.DOC.HRI/GEN/1/Rev.6 at 8 (2003).

⁵⁴⁰ LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 685.

perjuicio de la contribución que los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado hagan a la interpretación de los tratados con arreglo a sus mandatos.⁵⁴¹

La remisión a esta conclusión en este apartado se hace en referencia a los incisos 2, 3 y 4. Podría entenderse que la finalidad de la conclusión N.º 13 es destacar los efectos jurídicos que poseen las diferentes maneras de pronunciarse⁵⁴² de los órganos que interpretan los tratados como es el caso del comité DESC.

En este sentido, la comisión pone de relieve la validez de los efectos jurídicos que vinculan a los Estados con las observaciones finales, recomendaciones, observaciones generales y dictámenes a las disposiciones normativas de los diferentes tratados que son ratificados. Agregaría a este listado las declaraciones emitidas por los órganos de tratados, dado que en su labor estos mecanismos remiten sus recomendaciones también al sentido y contenido de las declaraciones realizadas. La comisión señala que «el sentido corriente del término mediante el que un tratado designa una forma particular de pronunciamiento, o su contexto, suele dar una indicación clara de que esos pronunciamientos no son jurídicamente vinculantes».⁵⁴³ Sin embargo esta característica no debe entenderse en tal sentido, sino al contrario, cuando se destaca el pronunciamiento de los órganos se deberá entender que cada uno de estos conlleva efectos jurídicos de índole obligatoria que vinculan de forma directa a los Estados con su ejecución.

Se ha visto y así lo señala la propia comisión en su comentario del inciso 7 que [en razón a la interpretación que se hace de tales pronunciamientos] «[...] los posibles efectos jurídicos pueden ser muy variados y han de determinarse aplicando las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en la Convención de Viena».⁵⁴⁴ Al señalar esto, la comisión también

⁵⁴¹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), [A/73/10, Conclusión 13, página, 115.](#)

⁵⁴² Por ejemplo, los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos suelen aprobarse en respuesta a informes de los Estados (como las «observaciones finales»), en respuesta a comunicaciones individuales (como los «dictámenes») o en relación con la aplicación o interpretación de los respectivos tratados en general (como las «observaciones generales»). Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), [A/73/10, Conclusión 13, inciso 8.](#)

⁵⁴³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), [A/73/10, Conclusión 13, inciso 7.](#)

⁵⁴⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), [A/73/10, Conclusión 13, Comentario, inciso 7.](#)

destaca que los efectos que pueden suponer la labor de los órganos de tratados implican diversas maneras y en atención a la determinación de estos efectos jurídicos se ha de recurrir a la interpretación de la primacía de las normas de los tratados internacionales conforme al convenio de Viena. Este comentario se vincula ya con el inciso 3 del comentario 13 donde se plantea que el pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede dar lugar, o referirse, a un acuerdo o práctica ulterior de las partes. Como puede verse, la conclusión se basa en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena que tratan sobre la interpretación del derecho de los tratados y que «tomados en conjunto de ambas reflejan el derecho internacional consuetudinario».⁵⁴⁵ Cabe señalar que conforme a estos artículos, el primero señala los medios principales de interpretación y el segundo refiere a los medios complementarios de interpretación y que sirven al desarrollo de los derechos contenidos en los tratados. La Comisión da ejemplos de aplicación por la Asamblea General de Naciones Unidas y hace hincapié en que el carácter consuetudinario de esas reglas ha sido reconocido por cortes y tribunales internacionales. Y en atención a todos estos motivos los pronunciamientos se constituyen igualmente en fuente de derecho internacional como derecho consuetudinario al que puede recurrirse y, de hecho, ya se la utiliza como fuente para conformar e interpretar el derecho internacional.

A continuación me referiré en primer caso en su utilización en la marco del sistema universal de protección de derechos humanos. Las observaciones se constituyen en fuentes de interpretación de derechos en el ámbito del derecho internacional consuetudinario. Una particular relevancia que en la práctica se ha destacado es que las mismas se componen en fuente de creación de derecho internacional por la adopción que de las mismas se realiza en el marco de la interpretación de las partes en los tratados y convenios internacionales. Así lo expresa la comisión de derecho internacional cuando concluye que «Una posible forma de identificar un acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado reflejada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado es examinar las resoluciones de órganos de organizaciones internacionales y conferencias de Estados parte. En particular, las resoluciones de la Asamblea General pueden referirse explícita o implícitamente a pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado

⁵⁴⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), [A/73/10, Conclusión 13, inciso 7.](#)

[...] Esas resoluciones fueron aprobadas sin votación por la Asamblea General y, por tanto, reflejarían un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) o b), si el consenso constituyó la aceptación por todas las partes de la interpretación contenida en el pronunciamiento». ⁵⁴⁶ Como ejemplo de ello la comisión destaca el caso de la aprobación por resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas de contenidos de observaciones generales tanto del Comité de Derechos Humanos ⁵⁴⁷ como del comité DESC. En este caso señala que «el pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General núm. 15 (2002), con arreglo al cual los artículos 11 y 12 del Pacto reconocen el derecho humano al agua, ⁵⁴⁸ constituye otro ejemplo de la forma en que puede llegarse a un acuerdo de las partes. Después de un debate de varios años, la Asamblea General aprobó, el 17 de diciembre de 2015, una resolución sin votación en la que se define el derecho humano al agua potable con las palabras que empleó el Comité en su Observación General núm. 15 para interpretar ese derecho. Esa resolución puede referirse a un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) o b), dependiendo de si el consenso constituyó la aceptación por todas las partes de la interpretación que figura en el pronunciamiento». ⁵⁴⁹

También refiere la comisión que existen otros medios utilizados, como por ejemplo, el caso de resoluciones de la Asamblea General que se refieren explícitamente a pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado o exhortan a los Estados a que tengan

⁵⁴⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10, Conclusión 13, inciso 13.

⁵⁴⁷ Esto tuvo lugar en relación con dos casos de Resoluciones de la Asamblea General sobre la «protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo», que se refieren expresamente a la Observación General núm. 29 (2001) del Comité de Derechos Humanos sobre la suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción. En ambas resoluciones se reafirma la obligación de los Estados, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de respetar el carácter inderogable de ciertos derechos en toda circunstancia y se subraya la naturaleza «excepcional y temporal» de las derogaciones utilizando los mismos términos empleados en la Observación General núm. 29 al interpretar y, con ello, especificar, la obligación que incumbe a los Estados en virtud del artículo 4 del Pacto. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10, Conclusión 13, inciso 13.

⁵⁴⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 15 (2002), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2003, Suplemento núm. 2* (E/2003/22-E/C.12/2002/13), anexo IV, párr. 2. («El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico»).

⁵⁴⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10, Conclusión 13, inciso 14.

en cuenta las recomendaciones, observaciones y comentarios generales de los órganos de tratados pertinentes para el tema sobre la aplicación de los correspondientes tratados.

En estos casos la Asamblea aprobó resoluciones donde se recuerda la Observación General núm. 16 del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a la intimidad, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y reputación.⁵⁵⁰ También las resoluciones de la Asamblea General, la N.º 69/147 sobre la Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer y la niña del 18 de diciembre de 2014, A/RES/69/147; así como la resolución N.º 69/157 referente a Derechos del niño también de fecha 18 de diciembre de 2014 contenida en la A/RES/69/147; así mismo la A/RES/69/327 sobre pueblos indígenas, resolución del 14 de setiembre de 2015 sobre Promoción de servicios públicos inclusivos y responsables en pro del desarrollo sostenible, aprobada sin votación, así como la relativa a al Desarrollo agrícola, seguridad alimentaria y nutrición (Resolución N.º 69/240 del 19 de diciembre de 2014, A/RES/69/240) también aprobada sin votación ; así como la que trata sobre Migración internacional y desarrollo (Resolución N.º 69/229 del 19 de diciembre de 2014, A/RES/69/229), aprobada sin votación ; e igualmente la relativa a Los derechos humanos y la extrema pobreza Resolución N.º 69/183 del 18 de diciembre de 2014, A/RES/69/183, también aprobada sin votación, entre otras.⁵⁵¹

Por último, se señala que «Incluso si un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no da lugar, ni se refiere, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de todas las partes en un tratado, puede ser pertinente para la identificación de otra práctica ulterior por la cual no conste tal acuerdo en virtud del artículo 32. Por ejemplo, algunas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos se refieren a

⁵⁵⁰ Resolución 69/166 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2014, aprobada sin votación, (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/43/40)*, anexo VI).

⁵⁵¹ Para mayores detalles consultar <http://www.un.org/es/ga/69/resolutions.shtml>

observaciones generales del Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales».^{552, 553}

Las observaciones generales del comité DESC también son utilizadas en el ámbito regional supraestatal e internacional en la interpretación que hacen para la aplicación de sus propios tratados como «instrumento de ayuda para la interpretación de los tratados que están llamados a aplicar».⁵⁵⁴ Existe extensa bibliografía, entre ellas se puede señalar las concretas posiciones al respecto emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH; de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH; así como de la Comisión y el Tribunal Africano de Derechos Humanos.⁵⁵⁵ Como ejemplo de ello se podría citar, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 de agosto de 2013, Serie C, núm. 268, párrs. 189 y 191; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, comunicación núm. 155/96, decisiones sobre comunicaciones presentadas ante la Comisión Africana, 30º periodo ordinario de sesiones, Banjul, octubre de 2001, párr. 63 «se inspira en la definición de la expresión “desalojos forzosos” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General núm. 7»; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary* [GC], párr. 141; *Marguš v. Croatia*, demanda núm. 4455/10, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014, párrafos 48 a 50; *Baka vs. Hungary*, demanda N.º 20261/12, sentencia de 27 de mayo de 2014, párr. 58; *Othman (Abu Qatada) vs. the United Kingdom*,

⁵⁵² Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10, Conclusión 13, inciso 16.

⁵⁵³ Para mayores detalles consultar las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 28/16, de 26 de marzo de 2015, y 28/19, de 27 de marzo de 2015, aprobadas sin votación (Informe del Consejo de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 53* (A/70/53)).

⁵⁵⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10, Conclusión 13, inciso 22.

⁵⁵⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, afirma la necesidad de interpretación de las actuales necesidades; así lo estableció en los casos *Tyrrer v. United Kingdom* (1978), *Marckx v. Belgium* (1979), *Loizidou v. Turkey* (1995), entre otros que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. La Corte IDH se ha remitido igualmente a esta expresión del TEDH en la opinión consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como en algunos casos. Para mayores detalles consultar Asamblea General de Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10, Conclusión 13, inciso 22.

demanda N.º 8139/09, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2012, párrafos 107, 108, 147 a 151, 155 y 158; Gäfgen vs. Germany [GC], demanda N.º 22978/05, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010, párrafos 68 y 70 a 72.

«La Corte Internacional de Justicia ha confirmado, en particular en la causa relativa a Ahmadou Sadio Diallo,⁵⁵⁶ que los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos son pertinentes para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que esos pronunciamientos den lugar o se refieran a un acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3:» [...] «La Corte observa que, aun cuando en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité, estima que debe dar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido específicamente para vigilar la aplicación de dicho tratado. En este aspecto lo importante es lograr la claridad necesaria y la congruencia esencial del derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la que tienen derecho tanto los individuos con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir las obligaciones convencionales».⁵⁵⁷

También la Corte internacional de Justicia en *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ha referido a varios pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵⁵⁸

Puede verse también que las interpretaciones de los comités han sido utilizadas en decisiones de tribunales locales. En el caso del Estado español se tiene la remisión a tratados y convenios internacionales, así como al pronunciamiento de los órganos de supervisión de tratados. Esto es posible mediante la remisión a la disposición del artículo 10.2 CE. En este sentido explica Saiz que la conformidad a la que se refiere el art. 10.2 CE es la material o sustancial, es decir, la que alude al contenido de los derechos presentes en los enunciados normativos a interpretar. Pues bien, la conformidad material puede concebirse en un doble sentido: como mera compatibilidad o como conformidad *stricto sensu*. La primera vendría a significar

⁵⁵⁶ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo), fondo, fallo, I.C.J. Reports 2010, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párr. 66.

⁵⁵⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10, Conclusión 13, inciso 21.

⁵⁵⁸ Corte Internacional de Justicia, opinión consultiva, I. C. J. Reports 2004, págs. 136 y ss., en especial págs. 179 a 181, párrs. 109, 110 y 112, y págs. 192 y 193, párr. 136.

ausencia de contradicción, la segunda «deducibilidad».⁵⁵⁹ La primera manera trata de la aplicación directa sobre la base del instrumento internacional existente. La segunda manera trata sobre la interpretación que el órgano de decisión local hace sobre la interpretación de los órganos de supervisión de tratados.⁵⁶⁰ En el caso español ambas posibilidades fueron desarrolladas por el alto tribunal.

Un caso que refiere a la interpretación de tratados para establecer el contenido mínimo de los derechos fundamentales es el de la STC 22/1981, a través de la que, según explica Saiz, «se asumió que la jubilación forzosa supone una limitación al derecho al trabajo justificada por el art. 29.2 DUDH (que alude al reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, al que también se refiere el art. 10.1 CE), y también por su contribución al bienestar general – otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales».⁵⁶¹ Puede notarse que en esta ocasión la utilización de los tratados es, a la vez de interpretativa, integrativa, lo cual se ve además fundado en la expresión del Tribunal Constitucional cuando, en atención al carácter obligatorio del artículo 10.2, expresa que «los tratados internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos» que recoge la Constitución, [y como señala Saiz] a la vez que se ha establecido su utilidad a efectos no sólo esclarecedores sino también integradores del contenido de aquéllos, cuya mejor identificación es posible gracias a los tratados. Aunque la afirmación más rotunda en este sentido se encuentra en la STC 36/1991, en la que tras recordar que el art. 10.2 CE «obliga a interpretar» los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados se afirma «que

⁵⁵⁹ SAIZ, A., «La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)», en BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES, A. (coordinadores), *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 48 y 49.

⁵⁶⁰ Explica Sainz que «En el primer sentido se adecuaría a la cláusula del art. 10.2 CE toda interpretación de los derechos fundamentales presentes en la Constitución que fuera compatible —o no contradictoria— con los textos internacionales allí mencionados; en el segundo, dicha cláusula llevaría a entender que la conformidad sólo se alcanzaría en los supuestos de plena identidad, esto es, siempre que el resultado de la interpretación llevara a otorgar a los derechos fundamentales un contenido «lógicamente deducible» de aquellos mismos textos internacionales. En mi opinión, el art. 10.2 CE se refiere a la conformidad como compatibilidad o ausencia de contradicción, pero no a la plena identidad o conformidad en sentido fuerte». SAIZ, A., «La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)», en BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES, A. (coordinadores), *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 49.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 62.

en la práctica este contenido [de los tratados o convenios] se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución».⁵⁶² Por último cabe reseñar el caso que tiene lugar en el ámbito local constitucional cuando se basa en la jurisprudencia de los órganos de supervisión de tratados. Señala Saiz que «En estos supuestos el contenido de los derechos presentes en el texto internacional no resulta ya de la actuación del Tribunal Constitucional, sino de la del respectivo órgano de garantía, cuyas resoluciones han de contribuir a la conformación de los derechos constitucionalizados. La situación ahora descrita sólo se produce, para España, en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respecto de su Tribunal y, eventualmente, hasta noviembre de 1998, de la Comisión. De manera más matizada, y mucho más recientemente, el alto intérprete de la Constitución ha hecho también uso de la jurisprudencia emanada del Comité de Derechos Humanos, instituido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en ejercicio de la competencia que aquél se ve reconocida en el Protocolo facultativo de dicho Pacto».⁵⁶³

La utilización de la interpretación e integración de los derechos fundamentales a partir de la escala internacional e interestatales dan cuenta de la utilización de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la interpretación e integración del derecho local. Además, se puede ver cómo el propio Tribunal Constitucional español se nutre de los tratados y de los pronunciamientos de los órganos de supervisión de éstos ante la ausencia de remisión directa, como una extensión y aceptación del sentido de que estos se constituyen en los máximos intérpretes de los tratados internacionales, para dar sentido a las decisiones de carácter local. La utilización de las jurisprudencias de los órganos internacionales de supervisión hace pensar en un nuevo paradigma que, a instancia local, se debería desarrollar de manera más amplia también en el caso de los derechos sociales vista la vigencia del Protocolo Facultativo PIDESC. Además, si bien en las sentencias del tribunal español no se hace mención específica a la interpretación de tratados conforme a los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena de 1969, la aplicación del artículo 10.2 remite en diferentes términos a

⁵⁶² SAIZ, A., «La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)», en BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES, A. (coordinadores), *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 59 y 60.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 49.

esa ecuación, y por tanto también a la conclusión de que, por el mismo, se podrían interpretar e integrar los derechos de primer orden conforme a las observaciones generales de los comités. Más aun atendiendo a que en el marco del derecho constitucional se atiende al sentido dispositivo del enunciado para concretarlo en cuanto a contenido.⁵⁶⁴ Podría concluirse en este sentido junto a Saiz que «ha de recordarse ahora que el único vínculo hermenéutico al que la Constitución somete de modo explícito a su más alto intérprete son, precisamente, los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales».⁵⁶⁵

A la fecha existen veinticuatro observaciones generales aprobadas por el Comité en el marco de sus sesiones, y se tiene conocimiento de que se encuentra en proceso de elaboración una última observación sobre el derecho a la investigación científica.

Las observaciones generales tratan temas relativos a la índole de las obligaciones estatales en el marco del PIDESC, lo cual debe ser leído de manera conjunta con las funciones de las instituciones locales en materia de derechos humanos. Sobre este punto en particular refieren las observaciones relativas a la índole de las obligaciones y a las funciones correspondientes a las instituciones nacionales de derechos humanos.⁵⁶⁶

Una cuestión que se presenta de manera especial y que constituye un importante avance gracias a la labor del Comité es la relativa a las implicancias de los contenidos de las obligaciones mínimas con carácter universal que debe ser cumplido para cada uno de los derechos enunciados en el pacto, como por ejemplo, asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura, y garantice que nadie padezca hambre, garantizar el acceso a un sistema de seguridad social con un nivel mínimo de prestaciones que abarquen por lo menos la atención básica de la salud, las necesidades básicas de alojamiento y vivienda, el agua y el saneamiento, los alimentos y las formas más básicas de enseñanza, entre otros que son detallados en diversas observaciones generales.

⁵⁶⁴ «En consecuencia, al pasar de la disposición a la norma el exégeta, en nuestro caso el Tribunal Constitucional, utiliza los argumentos interpretativos a su alcance en el marco de una actividad “no sólo explicativa, sino rellena, que recibe no pocas veces la forma de un desciframiento o concretización”». SAIZ, A., «La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)», en *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES, A. (coordinadores), 2013, p. 56.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 56.

⁵⁶⁶ Para mayores detalles consultar la Observación General N° 3 y Observación General N.º 10 respectivamente.

También existe un importante trabajo en el desarrollo de observaciones generales de derechos cuya implementación se distingue del carácter progresivo, en tanto determinan acciones inmediatas, entre estas se puede citar el derecho referido a fundar sindicatos y afiliarse a ellos, y a la huelga, la obligación de igual remuneración por trabajo de similar valor sin distinciones de ninguna especie, así como también la enseñanza primaria gratuita y obligatoria para todas las personas. Es importante señalar que desde la Observación General N.º 3 sobre la índole de las obligaciones, una de las primeras, el Comité ha dejado sentado el carácter obligatorio de su implementación, dejando a través de la misma la idea de que el pacto, como todo tratado internacional, lleva implícita la obligatoriedad de sus disposiciones.

En el caso de la determinación de las obligaciones, algunos autores han manifestado su preocupación ante el hecho de que la clasificación en obligaciones de cumplimiento o medio y obligaciones de resultado, resultara problemática para el propio trabajo del Comité en el sentido de que los Estados podrían alegar su incumplimiento y por tanto violación, trasladando su realización al campo de la mera implementación o puesta en marcha. Sin embargo, ello no es del todo definitivo, ni da espacio a mayores problemas, pues en esos casos se recurre al principio de regresividad y su real fundamentación por el Estado examinado. A criterio de lo observado en el desarrollo de este trabajo, ello no sería un real impedimento para el avance de los derechos sociales, más bien se podría poner el foco en el modo a través de los que el Comité viene refiriéndose en los casos de violaciones a derechos contenidos en el pacto por los Estados parte. Si bien como ya se ha mencionado en el capítulo II esta división y ante la relatividad de su cumplimiento señalada por algunos sectores de cara a la diferencia de la redacción del artículo 2.1 en relación con el pacto PIDESC, algunos autores como Craven, por ejemplo, señalan que «el comité ha tendido a concentrarse en las obligaciones de conducta».⁵⁶⁷ En relación con las disparidades de opiniones, algunos autores han recomendado «dejar de lado el marco conceptual».⁵⁶⁸ Sepúlveda refiere en este sentido que «en cualquier caso, la distinción apenas refleja las características del trabajo del comité»

⁵⁶⁷ CRAVEN, M., *The international Covenant on Economic, social and cultural rights: A perspective on its development*, Oxford University Press, 1995, p. 108.

⁵⁶⁸ LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 689.

y que «dejar de lado el marco conceptual, requeriría modificar las directrices para la redacción de observaciones generales».⁵⁶⁹

Las observaciones generales también proporcionan mayor claridad sobre cuestiones relativas al tratamiento de los grupos o minorías que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, por ejemplo con anterioridad a la existencia de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Comité abordó el tema en la Observación General N.º 5 de 1994. Actualmente la Observación General N.º 6 de 1995 sobre derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores sirve de referencia ante la inexistencia de un convenio específico sobre el tema.

Otro tema de relevancia, como la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, también fue objeto de pronunciamiento por la opresión y discriminación hacia la vida de las mujeres para el acceso al trabajo, la brecha salarial, la educación, la salud, las condiciones de vida y la seguridad social. Particularmente se hace hincapié en el rol asignado a las mujeres y niñas en cuanto al trabajo de cuidados, labores del hogar y la ausencia de remuneración de ello, así como el abandono escolar temprano de niñas que suponen un obstáculo para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de este género. También se vincula a la violencia hacia las mujeres como un obstáculo para la realización de la esfera de derechos sociales de las mujeres y niñas.

En el caso de la Observación General sobre la no discriminación se establece una clara diferenciación entre la discriminación directa e indirecta, cuestión de particular importancia para determinar las obligaciones de protección, respeto y garantía.

A partir de las observaciones sobre el derecho a la salud y a la educación también el Comité ha sentado en la doctrina los contenidos de estos derechos. En este sentido el Comité ha articulado el contenido de cada derecho económico, social y cultural. Por ejemplo, sobre el derecho a la educación estableció las características esenciales a través de la Observación

⁵⁶⁹ SEPÚLVEDA, M., *The nature of states parties obligations*, P. 196 en LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 689.

General N.º 13 (1999) en la que dispone que la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas y esenciales: 1) Disponibilidad, esto debe entenderse como la existencia y funcionamiento de instituciones y programas de enseñanza de cantidad suficiente; 2) Accesibilidad, esta característica comprende que las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles para todas las personas. A su vez, la accesibilidad tiene tres dimensiones que se superponen entre sí y que refieren a a) No discriminación, b) Accesibilidad material, es decir, que debe ser asequible materialmente, mediante una localización geográfica de acceso razonable, por ejemplo escuelas en las comunidades o por medio de la tecnología como la educación a distancia, y c) Accesibilidad económica, esto significa que la educación ha de estar al alcance de todos; esto entraña también que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, y que la gratuidad se traslade gradualmente la enseñanza secundaria y superior; 3) Aceptabilidad que comprende la forma y el fondo de la educación, en tanto los programas de estudio y los métodos de enseñanza deben tener niveles de buena calidad; y, por último, 4) Adaptabilidad de la educación, esto es que la misma debe adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

La última Observación General trata las obligaciones vinculadas a los Estados parte relativas a las actividades empresariales y la especial importancia a temas relativos al control de la fiscalidad y a la lucha contra la corrupción.

Las observaciones cumplen una relevante función dado que son la expresión del Comité atendiendo a la experiencia de la examinación a los Estados parte del pacto. Otorgan claridad y además sirven de guía para la mejor interpretación de cada derecho contenido en el pacto. Esto ha sido considerado en su momento por el ECOSOC que se pronunció sobre el tema solicitando que «continúe usando ese mecanismo»,⁵⁷⁰ así como por la entonces Comisión de Derechos Humanos desde donde se instó al Comité a «[...] redactar observaciones generales adicionales para apoyar y promover el cumplimiento adicional de los Estados partes del Pacto»,⁵⁷¹ los cuales han apoyado de forma constante la elaboración y aprobación de éstas

⁵⁷⁰ Consejo Económico y Social (ECOSOC), Resolución 1990/45, párr.10.

⁵⁷¹ Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2003/18, párr.11

como labor propia del comité DESC a partir de la invitación del ECOSOC y de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁵⁷² en el mismo año del inicio de las sesiones del nuevo Comité.⁵⁷³

Los Estados tienen la posibilidad de realizar reclamaciones sobre las observaciones generales a través del ECOSOC. Sin embargo, a lo largo de esta labor, el Comité no ha recibido objeciones formales a éstas.⁵⁷⁴

El modelo para la elaboración de observaciones generales fue aprobado el 19 de noviembre de 1999 en el marco de la celebración del de su 21º periodo de sesiones y fue presentado en el reporte anual como anexo.

Este modelo comprende seis partes que a su vez poseen contenidos diferenciados. Así, se distingue:

La introducción, que incluye premisas y principios básicos: los antecedentes de la redacción de la disposición del Pacto, así como cuestiones relativas al derecho en el marco de la legislación internacional en materia de derechos humanos y también referencias a otros documentos del sistema universal y regionales-internacionales.

La segunda parte, sobre el contenido normativo del derecho se ocupa de las cuestiones sustantivas de cada derecho o disposición y en este sentido es muy importante cada aspecto

⁵⁷² Asamblea General de las Naciones Unidas, A/ Res/ 42, 102.

⁵⁷³ Consejo Económico y Social (ECOSOC), Resolución 1987/5.

⁵⁷⁴ Se tiene conocimiento de que abogados del departamento de Estado de los Estados Unidos han afirmado que las observaciones generales se podrían considerar como una «alteración unilateral del pacto» han calificado de «revisionistas» las ideas del comité, y se han centrado en criticar las observaciones generales que tratan sobre derechos derivados, por ejemplo, el caso de la observación sobre discriminación OG N° 5 que incorpora el apartado «otra condición» en referencia a la discapacidad. Para mayores detalles consultar LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 685. Esa crítica en realidad no podría prosperar en aquel momento por la situación de indefensión de éstas, y en la actualidad la existencia de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad demuestra que tal crítica no tendría fundamento dado que además se cuenta con un protocolo facultativo. También han criticado el caso del derecho al agua que el Comité lo deriva del derecho a un nivel de vida adecuado que además contiene otros derechos. Para mayores detalles consultar LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 685. En este caso la reciente resolución de la Asamblea General que incluso toma el concepto esgrimido por el Comité sobre el derecho al agua y además lo diferencia del tema del saneamiento es una importante razón para dejar de lado estas críticas.

que se tuvo en cuenta como elemento ya que se trata de cuestiones en las que siempre existen mayores barreras u oposiciones doctrinales, como por ejemplo la determinación del contenido esencial; los elementos del derecho distintos del contenido esencial; los grupos vulnerables (madres, niños, discapacitados, ancianos, minorías —étnicas—, etc.); las facultades dimanantes del derecho, y por último, los aspectos justiciables del derecho.

La parte tercera se focaliza en dar claridad al sentido de las obligaciones del Estado parte. Por ejemplo, el hecho de especificar la determinación de las obligaciones del Estado como de acción inmediata, las obligaciones de realización progresiva; las obligaciones de conducta; las obligaciones en materia de resultados y, finalmente, las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir, y de promover. Todo ello es una importante guía para servidoras y servidores del sector público en la disposición y modo de actuar y diseñar políticas públicas y judiciales.

La cuarta sección, sobre las obligaciones de los demás actores importantes, refiere a los demás Estados parte, el consejo económico y social, ECOSOC, así como a otros órganos de las Naciones Unidas, los organismos especializados pertinentes y la sociedad civil.

La quinta sección condensa las violaciones. En ella el Comité hace referencia a los Principios de Limburgo y a las Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales y detalla una lista de violaciones que pueden ser por comisión u omisión; violaciones referentes a elementos del contenido mínimo esencial del derecho; discriminación, la inobservancia por razones sometidas al control del Estado y a las medidas retroactivas. La incorporación de esta sección es muy importante porque a través de la especificación de las garantías que no pueden dejarse de lado en relación con las disposiciones del pacto se fomenta el mayor respeto y se facilita su desarrollo y preservación de estándares alcanzados.

La sexta y última sección, sobre recomendaciones para los Estados parte, hace referencia al marco jurídico, administrativo y judicial, así como las funciones de supervisión a escala local y las obligaciones de presentar informes. Asimismo, menciona los planes nacionales de acción, y las directivas estatales, así como la utilización de indicadores y el establecimiento de puntos de referencia nacionales que son herramientas que se vienen desarrollando en el

marco de la implementación y medición de los derechos sociales y en las que la referencia a las observaciones generales son de una importancia determinante. En el caso de los planes de acción de derechos humanos, las observaciones ayudan en cada etapa, desde la elaboración del contenido sustantivo de los derechos, pasando por el marco legislativo e institucional. Sin embargo, tienen particular importancia para guiar a la determinación y elaboración de las líneas de acciones finales que deben ejecutarse. En el caso de la elaboración de los indicadores sobre derechos, son de gran utilidad para la calidad del contenido de los indicadores estructurales en tanto estos determinan el contenido que debe ser tomado como medición y los aspectos en detalle a ser considerados para los indicadores de progreso y resultado.

Esquema del contenido del modelo de observaciones generales elaborado por el comité DESC*

Número	Denominación	Contenido
Primera sección	Introducción	<ol style="list-style-type: none"> 1. Premisas y principios básicos 2. Antecedentes de la redacción (trabajos preparatorios) de la disposición específica del Pacto (actas pertinentes de la Comisión de Derechos Humanos, el Consejo Económico y Social y la Asamblea General durante la redacción del Pacto) 3. El derecho en el contexto de la legislación internacional en materia de derechos humanos 4. Instrumentos mundiales y regionales acerca de derechos humanos que no sean las observaciones generales y los documentos pertinentes del Comité 5. Jurisprudencia y otros documentos pertinentes de los demás órganos de las Naciones Unidas de vigilancia de los tratados.
Segunda sección	Contenido normativo del derecho	<ol style="list-style-type: none"> 1. Contenido esencial 2. Elementos del derecho distintos del contenido esencial 3. Grupos vulnerables (madres, niños, discapacitados, ancianos, minorías (étnicas), etc.) 4. Facultades dimanantes del derecho 5. Aspectos justiciables del derecho
Tercera sección	Obligaciones del Estado parte	<p>Determinación de las obligaciones del Estado y sus recomendaciones de acción sobre la base de los siguientes métodos de establecimiento de categorías:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligaciones de acción inmediata 2. Obligaciones de realización progresiva 3. Obligaciones de conducta 4. Obligaciones en materia de resultados 5. Obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir, y obligación de promover
Cuarta sección	Obligaciones de los demás actores importantes	Los demás Estados parte, el Consejo Económico y Social, otros órganos de las Naciones Unidas, los organismos especializados pertinentes (párrafos 1 y 3 del artículo 2 y artículos 18 a 23 del Pacto), y la sociedad civil
Quinta sección	Violaciones	<p>(referencia a los principios 70 a 73 de los Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a las Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales) (esta lista no es exhaustiva)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Violaciones por comisión u omisión 2. Violaciones referentes a elementos del contenido mínimo esencial del derecho 3. Discriminación (párrafo 2 del artículo 2 del Pacto) 4. Inobservancia por razones sometidas al control del Estado 5. Medidas retroactivas.

Sexta sección	Recomendaciones para los Estados parte	<p>Algunas de las cuestiones pertinentes que han de abordarse en lo referente a las obligaciones de los Estados y posibles recomendaciones de acción (la enumeración no es exhaustiva):</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El marco jurídico, administrativo y judicial (por ejemplo, legislación y aplicación en el país del Pacto y otros instrumentos internacionales; políticas del Estado; instituciones; recursos legales, reparación y jurisprudencia) 2. Funciones de supervisión en el plano nacional 3. Obligaciones de presentar informes 4. Planes de acción nacionales/políticas y directivas estatales 5. Utilización de indicadores y establecimiento de puntos de referencia nacionales
---------------	--	---

*Elaboración propia con base en el modelo contenido en el Anexo XI del informe anual del comité DESC sobre los periodos de sesiones 20º y 21º. Modelo aprobado probado en el 21º periodo de sesiones (37ª sesión) el 19 de noviembre de 1999. E/2000/22E/C.12/1999/11.

El modelo fue diseñado para la elaboración de observaciones generales sobre cualquier derecho sustantivo, por lo que el comité DESC señaló que «podría ser de gran ayuda para quienes tuvieran que redactarlas»⁵⁷⁵ y también que siguieran una estructura clara que facilitara la lectura, sobre todo de los Estados parte.⁵⁷⁶

En la oportunidad, el Comité ha hecho notar que si bien el modelo podría tener gran influencia en orden al esquema de redacción de observaciones generales «no se pretendía que las directrices se respetaran al pie de la letra. Sin embargo, contenían indicaciones útiles y una lista de cuestiones que había que tener en cuenta al redactar una Observación General. En ese sentido, el modelo contribuiría a que hubiera cierta coherencia en cuanto al contenido, el formato y el alcance de las observaciones generales que habría de adoptar el Comité».⁵⁷⁷

Se ha señalado como principales cuestionamientos académicos a la estructura que poseen las mismas. Por ejemplo Langford y King señalan la división en contenido normativo, temas especiales de aplicación general (que en general se refieren a la no discriminación y a los grupos marginados), obligaciones del Estado, violaciones, obligaciones internacionales, implementación en el nivel nacional y obligaciones relevantes de los sujetos no estatales).

⁵⁷⁵ ECOSOC, Informe anual del comité DESC sobre los periodos de sesiones 20º y 21º (37ª sesión) el 19 de noviembre de 1999. E/2000/22, E/C.12/1999/11, párr. 53.

⁵⁷⁶ Éste destacó la importancia de que las observaciones generales fueran claras y que las pudieran comprender fácilmente toda una serie de lectores, en particular los Estados parte en el Pacto. El modelo ayudaría a que la estructura de las observaciones generales fuera más coherente e inteligible, lo cual las haría más fáciles de consultar y reforzaría la interpretación autorizada del Pacto dada por el Comité a través de sus observaciones generales. ECOSOC, Informe anual del comité DESC sobre los periodos de sesiones 20º y 21º. (37ª sesión) el 19 de noviembre de 1999. E/2000/22, E/C.12/1999/11, párr. 53.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, párr.53.

Mientras algunas ONG y Estados han alabado la estructura por su claridad, otros han lamentado la excesiva longitud y las repeticiones presentes en las observaciones generales.⁵⁷⁸ Asimismo, se ha señalado que «a veces las observaciones tienden a ser bastante ambiciosas. Por ejemplo se ha mencionado que la Observación General N° 14 sobre el derecho a la salud «dejan la impresión de ser un pastiche de observaciones y comentarios de muy variada procedencia»⁵⁷⁹ y que ello produjo muchos comentarios al Comité desde sectores de la salud. «Eso produce un exceso de detalle y una posible confusión sobre cómo un país puede seguir las recomendaciones».⁵⁸⁰

Sin embargo, estas alegaciones no han generado un nuevo modelo aprobado por resolución. Lo que sí podría extraerse de estas críticas es que en observaciones posteriores puede apreciarse una tendencia a clarificar y simplificar el contenido de las observaciones, pero con la debida significancia de que las mismas poseen en cuanto a su cumplimiento y resultado. En el caso de dos de las últimas tres observaciones generales (salud sexual y reproductiva y obligaciones de los Estados parte en el contexto de las actividades empresariales) se observa que si bien siguen el esquema básico de la elaboración que contiene la introducción, el contexto, el contenido normativo del derecho, obligaciones de los Estados parte, violaciones y recursos, las variaciones que incorporan se relacionan con el orden en que se agrupan los contenidos de cada tema, la incorporación del apartado correspondiente a recursos, y la omisión de recomendaciones a los Estados y temas como indicadores y obligaciones de actores que no son Estado. Asimismo en la Observación General N.º 24 se identifica un apartado sobre aplicación, con lo cual se agrega una sección. Sin embargo, no queda claro si este modelo se aplica de manera definitiva ni uniforme, puesto que la Observación General N.º 23 no sigue el mismo esquema que las mencionadas y es posterior a la correspondiente al derecho a la salud sexual y reproductiva.

⁵⁷⁸ LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 686.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 686.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 686.

Hasta el momento el Comité ha aprobado veinticuatro observaciones. El tema y artículo que corresponde a cada una de ellas es la siguiente:

Número	Tema y artículo PIDESC	Año de Aprobación
Observación General N.º 1	Presentación de informes por los Estados parte	1989
Observación General N.º 2	Medidas internacionales de asistencia técnica (art. 22)	1990
Observación General N.º 3	Índole de las obligaciones de los Estados parte (art. 2 1)	1991
Observación General N.º 4	Derecho a una vivienda adecuada (art. 11 1)	
Observación General N.º 5	Las personas con discapacidad	1994
Observación General N.º 6	Derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores	1995
Observación General N.º 7	Derecho a una vivienda adecuada (art. 11 1): Los desalojos forzados	1997
Observación General N.º 8	Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales	1997
Observación General N.º 9	Aplicación interna del Pacto	1998
Observación General N.º 10	Función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales	1998
Observación General N.º 11	Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)	1999
Observación General N.º 12	Derecho una alimentación adecuada (art. 11)	1999
Observación General N.º 13	Derecho a la educación (art. 13)	1999
Observación General N.º 14	Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)	2000
Observación General N.º 15	Derecho al agua (arts. 11 y 12)	2002
Observación General N.º 16	Igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3)	2005
Observación General N.º 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) (art. 15 1 c))	2005
Observación General N.º 18	Derecho a trabajar (art. 6)	2005
Observación General N.º 19	Derecho a la seguridad social (art. 9)	2007
Observación General N.º 20	La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art.2 parr.2)	2009
Observación General N.º 21	Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art.15.)	2009
Observación General N.º 22	Derecho a la salud sexual y reproductiva (art.12)	2016
Observación General N.º 23	Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art.7)	2016
Observación General N.º 24	Obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales	2017

Otros órganos de tratados también han aprobado observaciones generales cuyo contenido se asocia con el de los derechos sociales. En este sentido es importante hacer hincapié en la ardua labor en favor de los derechos sociales considerados por las Observaciones Generales emitidas principalmente por el Comité de Derechos Humanos,⁵⁸¹ el Comité contra forma de Discriminación hacia la Mujer,⁵⁸² el Comité sobre los derechos de los Niños⁵⁸³ entre otros, cuyas observaciones engloban y establecen criterios respecto de los derechos humanos considerados desde su universalidad e interdependencia, lo cual se refleja en la labor de estos órganos en las Observaciones Finales.

⁵⁸¹ OG N.º 28 Igualdad de derechos entre hombres y mujeres 2000; OG N.º 27 La libertad de circulación (art. 12) 1999; OG N.º 23 Derechos de las minorías (art. 27) 1994; OG N.º 21 Trato humano de las personas privadas de libertad (art. 10) 1992; OG N.º 19 Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los cónyuges (art. 23) 1990; OG N.º 18 No discriminación 1989; OG N.º 17 Derechos del niño (art. 24) 1989; OG N.º 8 Derecho a la libertad y a la seguridad personales (art. 9) 1982, entre otras recientes. Para mayores detalles consultar en ACNUDH, Folleto Informativo N.º 33, *Preguntas frecuentes sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_spfolletoDESC.pdf, p.52.

⁵⁸² OG N.º 24 La mujer y la salud (art. 12) 1999; OG N.º 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares 1994; OG N.º 19 La violencia contra la mujer 1992; OG N.º 18 Las mujeres discapacitadas 1991; OG N.º 17 Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto 1991; OG N.º 16 Las mujeres que trabajan sin remuneración y empresas familiares rurales y urbanas 1991; OG N.º 15 Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) 1990; OG N.º 14 La circuncisión femenina 1990; OG N.º 13 Igual remuneración por trabajo de igual valor 1989. Para mayores detalles consultar en ACNUDH, Folleto Informativo N.º 33, *Preguntas frecuentes sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_spfolletoDESC.pdf, p. 53.

⁵⁸³ OG N.º 9 Los derechos de los niños con discapacidad 2006; OG N.º 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia 2005; OG N.º 5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4, 42 y 44 6)) 2003; OG N.º 4 La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño 2003; OG N.º 3 El VIH/SIDA y los derechos del niño 2003; OG N.º 2 Papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño 2002; OG N.º 1 Propósitos de la educación (art. 29 1)) 2001. Para mayores detalles consultar en ACNUDH, Folleto Informativo N.º 33, *Preguntas frecuentes sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_spfolletoDESC.pdf, p.53.

3.4.3. Declaraciones adoptadas por el comité DESC

Las Declaraciones y cartas aprobadas y emitidas por el Comité son una forma a través de la que éste se posiciona en relación con acontecimientos significativos y cuestiones internacionales que afectan a la aplicación del pacto. Hasta octubre de 2018 el Comité ha aprobado veintisiete declaraciones. Desde el Comité también se remiten cartas abiertas a los Estados parte en el pacto sobre cuestiones de especial interés, como los derechos económicos, sociales y culturales y la crisis económica y financiera y las correspondientes medidas de austeridad, y la agenda para el desarrollo después de 2015.⁵⁸⁴

La utilidad de las declaraciones aprobadas por el Comité dan cuenta del rol importante que tienen para sumar esfuerzos de cara a la consecución de acuerdos y acciones globales sobre determinadas cuestiones que constituyen preocupación en el mismo seno de este órgano.

En este sentido, se tiene como ejemplo que, en febrero de 2017, último día del 60º periodo de sesiones, el Comité aprobó una declaración sobre las obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del pacto. «En la declaración el Comité recordó las garantías previstas en el Pacto, en particular en el marco de los debates a nivel internacional, lo que dio lugar a la aprobación en 2018 de un pacto mundial sobre los refugiados y un pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. El Comité, entre otras cosas, puso de manifiesto una vez más la prohibición de la discriminación por motivos de nacionalidad o condición jurídica, destacando que la protección contra la discriminación no puede estar supeditada al hecho de que una persona se encuentre en situación regular en el país de acogida, y señalando la especial vulnerabilidad de los solicitantes de asilo y los migrantes en situación irregular. El Comité subrayó asimismo la importancia de la reunión de datos y la cooperación internacional, entre otras cuestiones».⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Informe sobre los períodos de sesiones 60º, 61º y 62º (20 a 24 de febrero de 2017, 29 de mayo a 23 de junio de 2017, 18 de septiembre a 6 de octubre de 2017), [E/2018/22 E/C.12/2017/3](#), párr.77.

⁵⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe sobre los períodos de sesiones 60º, 61º y 62º (20 a 24 de febrero de 2017, 29 de mayo a 23 de junio de 2017, 18 de septiembre a 6 de octubre de 2017), [E/2018/22 E/C.12/2017/3](#), párr. 76.

En la declaración el Comité destacó que el Pacto debe considerarse complementario de la Convención de Refugiados. El Comité destaca las obligaciones inmediatas que tienen los Estados para con todas las personas que se encuentren en su jurisdicción en virtud del PIDESC, como ya se ha mencionado se destaca la prohibición de discriminación. Asimismo, señala obligaciones básicas que tratan sobre derechos reconocidos en el PIDESC cuya aplicación es general en todos los territorios en los cuales éste se encuentre en vigor. El Comité enumera las obligaciones básicas y las relaciona con las observaciones generales que señalan de forma específica el sentido en que se debe actuar. Así, especifica que «El contenido mínimo esencial de cada uno de los derechos debe protegerse en todas las circunstancias, y las obligaciones que esos derechos conllevan deben hacerse extensivas a todas las personas que se encuentren bajo el control efectivo del Estado, sin excepción. El Comité ha subrayado con anterioridad que los deberes de proteger contra el hambre,⁵⁸⁶ garantizar el acceso al agua para satisfacer las necesidades básicas,⁵⁸⁷ garantizar el acceso a los medicamentos esenciales⁵⁸⁸ y garantizar el acceso a una educación que cumpla las “normas mínimas en materia de enseñanza”⁵⁸⁹ son obligaciones básicas del Estado y, por consiguiente, no deben verse limitadas por motivos de nacionalidad o condición jurídica»⁵⁹⁰. Igualmente señala sobre el alcance de cumplimiento que «[...] Si bien los Estados partes en el Pacto deben acoger la afluencia de refugiados y migrantes en concordancia con el alcance del máximo de recursos disponibles, en principio no estaría justificado que limitaran el disfrute del contenido esencial de los derechos amparados por el Pacto aduciendo falta de recursos, aun cuando afrontaran un flujo repentino y cuantitativamente importante de refugiados. Como señaló el Comité en su declaración sobre la pobreza, aprobada en 2001,

⁵⁸⁶ Véase la Observación General núm. 12 (1999) sobre el derecho a una alimentación adecuada, párrs. 6, 14 y 17.

⁵⁸⁷ Véase la Observación General núm. 15, párr. 37.

⁵⁸⁸ Véase la Observación General núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 43.

⁵⁸⁹ Véase la Observación General núm. 13 (1999) sobre el derecho a la educación, párr. 57.

⁵⁹⁰ Comité DESC, Declaración sobre las obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto, aprobada por el Comité en su 60º período de sesiones, celebrado del 20 al 24 de febrero de 2017, E/C.12/2017/1, párr. 9.

“como las obligaciones esenciales son inderogables, no se extinguen en situaciones de conflicto, emergencia o desastre natural” (véase E/C.12/2001/10, párr. 18).⁵⁹¹

Igualmente hace hincapié en la integración de los migrantes y refugiados como grupos en situación de especial vulnerabilidad y la obligación sobre los Estados de ejecutar acciones para su plena integración y señala de esta manera que «Más allá de la obligación inmediata de velar por que se garantice el contenido mínimo esencial de los derechos amparados por el Pacto a todos los refugiados y migrantes sujetos a su jurisdicción, los Estados partes en el Pacto deben tener en cuenta el Pacto al definir las condiciones de integración de los refugiados y los migrantes que se establezcan en su territorio. En particular, el Comité señala a la atención de los Estados partes el hecho de que el ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no debe estar supeditado a la condición jurídica de las personas afectadas».⁵⁹²

La última declaración emitida por el Comité trata sobre las obligaciones de los Estados parte del pacto en orden al cambio climático. En ésta hace hincapié en que «más allá de los compromisos asumidos voluntariamente en el marco del régimen dedicado al cambio climático, todos los Estados tienen obligaciones en materia de derechos humanos, las cuales deberían servirles de guía en el diseño y la aplicación de medidas para hacer frente al cambio climático»⁵⁹³ y señala de manera específica cuestiones relativas a derechos sociales y cambio climático.

⁵⁹¹ Comité DESC, Declaración sobre las obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto, aprobada por el Comité en su 60º período de sesiones, celebrado del 20 al 24 de febrero de 2017, E/C.12/2017/1, párr. 10.

⁵⁹² Comité DESC, Declaración sobre las obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto, aprobada por el Comité en su 60º período de sesiones, celebrado del 20 al 24 de febrero de 2017, E/C.12/2017/1, párr. 11.

⁵⁹³ Comité DESC, Declaración sobre el cambio climático y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobada por el Comité en su 64º período de sesiones, celebrado del 24 de septiembre al 12 de octubre de 2018, E/C.12/2018/1, párr. 3.

3.4.4. Mecanismo cuasi judicial del Protocolo Facultativo PIDESC

La aprobación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales otorga al comité DESC la facultad de recibir y examinar las comunicaciones de personas y países que denuncian la violación de derechos amparados por el PIDESC. En algunas circunstancias el Protocolo Facultativo permite al comité DESC realizar investigaciones sobre vulneraciones graves o sistemáticas de cualquier derecho económico, social o cultural enunciado en el pacto, y examinar las denuncias entre Estados.

El Protocolo Facultativo del PIDESC se encuentra en vigor desde el 5 de mayo de 2013. A la fecha, son 24 los países que lo han ratificado. Como se ha mencionado en el inicio de este capítulo el número de países adherentes al mismo es aún escaso en relación con el número de Estados parte del PIDESC (169), lo cual refleja de manera muy clara los importantes obstáculos en el ámbito de la exigibilidad de los derechos sociales como derechos humanos. Esto podría asociarse a la corriente mayoritaria que existe y que persiste en la afirmación de que los derechos sociales no serían derechos exigibles. Más allá de que este argumento ha sido hace tiempo rebatido, persiste la oposición de numerosos Estados que, habiendo ratificado el PIDESC, sin embargo, no se someten al mecanismo cuasi contencioso previsto por el comité DESC para casos de violaciones a las obligaciones vinculadas a derechos contenidos en el pacto de 1976.

Un claro ejemplo de la dificultad en la exigibilidad de los derechos sociales es el caso del Estado paraguayo donde, pese a las constantes recomendaciones de los diversos órganos de protección de derechos humanos, los sucesivos gobiernos rechazan la posibilidad de someter sus acciones al mecanismo dispuesto en el Protocolo Facultativo del PIDESC. Por su parte, el Estado español conforma el grupo de «países amigos del protocolo» y por tanto ha ratificado y se ha sometido a este procedimiento. Atendiendo a esta situación de disparidad, en el marco de este trabajo no se entrará a analizar a fondo esta labor, aunque destacará algunas cuestiones que hacen a su funcionamiento.

Es importante sin embargo señalar que la jurisprudencia en este mecanismo es incipiente, sin embargo el Comité ya ha resuelto en un total de cuatro casos, tres correspondientes a España relativos al derecho a la vivienda y un dictamen sobre el derecho a la jubilación al Estado de

Ecuador⁵⁹⁴, y que las indicaciones expuestas en los dictámenes son una fuente más de las que se nutre la doctrina de los derechos sociales en orden a su exigibilidad.

El procedimiento para el caso de comunicaciones individuales es similar al del Comité de Derechos Humanos. Recibida la comunicación, el Comité analiza la pertinencia de la misma en relación con los requisitos preestablecidos por el reglamento y, si se conforma a ello, el Comité la admite.

Posterior a ello el Comité comunica de forma confidencial al Estado denunciado sobre los motivos de la comunicación para el pronunciamiento de este en un plazo de hasta seis meses. En este mismo periodo de tiempo se abre el plazo para la solución amistosa entre las partes. Asimismo, el Comité podrá establecer medidas cautelares si la gravedad del caso así lo requiere.

En el marco del proceso, el Comité trasladará a las partes las declaraciones de cada una de las contrapartes. El Comité, además, puede solicitar información a terceros, como a otros mecanismos y organismos internacionales. En el caso de obtener estas informaciones, el Comité las pondrá a conocimiento de las partes para que expidan observaciones sobre el contenido de las mismas. Por último, el Comité emite su dictamen sobre el fondo de la cuestión, el cual remite a cada una de las partes. En éstas se detallan las recomendaciones que establece para hacer frente a la situación comunicada. Asimismo, realiza seguimiento de ello y solicita al Estado parte que informe sobre la adopción de medidas en el plazo de seis meses y lo invitará a que incluya en el informe del próximo periodo de evaluación las acciones emprendidas en el marco del dictamen o la solución amistosa.⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ Para mayores detalles consultar <http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=9&sortOrder=Date>

⁵⁹⁵ Para mayores detalles sobre el procedimiento de las comunicaciones individuales, estatales e investigaciones remitirse al documento del Protocolo Facultativo del PIDESC.

Capítulo VI: Análisis de las observaciones finales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros órganos de vigilancia de derechos humanos al Estado español

1. Análisis de las observaciones finales del comité DESC y otros órganos de vigilancia de derechos humanos en relación a España y Paraguay

En este capítulo se analiza la implementación de los derechos sociales desde la perspectiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del sistema universal de protección de derechos humanos.

El mecanismo de supervisión de cumplimiento del PIDESC es una fuente importante para medir el grado de implementación de los derechos sociales a escala local.

En los últimos decenios el comité DESC ha desarrollado una labor importante y fue evolucionando en torno a convertirse en un mecanismo no sólo de mucha utilidad, sino imprescindible para la exigibilidad de los derechos de índole social a escala mundial.

En el apartado anterior se ha visto el progreso y posicionamiento del comité DESC en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos tanto en el seno de las Naciones Unidas como en el ámbito supraestatal-regional.

En este apartado se estudia la marcha e incidencia de la labor del comité DESC en relación con dos Estados parte del pacto seleccionados. Esta elección de países no pretende ser un estudio comparado, sino más bien destacar la manera en que el órgano de monitoreo de los derechos económicos, sociales y culturales evalúa, responde y propone ante las diferencias coyunturales de los países que examina de manera periódica.

La determinación de analizar un conjunto de periodos evaluados de cada país por este órgano ayuda a distinguir los obstáculos, avances y respuestas ante retrocesos que emite el comité DESC para hacer frente a los desafíos que se presentan en materia de exigibilidad de los derechos sociales en los países examinados.

Los Estados analizados presentan algunas similitudes y diferencias en lo que hace a la acogida de instrumentos internacionales como el Protocolo Facultativo PIDESC, mientras el

Estado español se ha acogido a la jurisdicción del mismo, el Estado paraguayo aún no muestra señales de ratificarlo, aunque ello no obsta a que el mismo posea obligaciones de cumplimiento y de resultado en tanto país parte del pacto.

Como punto de partida del análisis se toman las recomendaciones emitidas a los Estados parte, se estudiará tanto la evolución del contenido de las observaciones finales como las respuestas de los Estados respecto avances o retrocesos en los derechos del pacto.

La estructura utilizada sigue el orden general del examen que realiza el comité DESC en sus sesiones bianuales con algunas matizaciones en orden al destaque de algunos temas por la importancia que guardan en el contexto de cada Estado, como la pobreza. Paralelamente, el estudio analiza la utilización de las observaciones generales en las recomendaciones emitidas por el Comité. Esto con la finalidad de puntualizar los casos en que el mismo remite y utiliza como fuente estas observaciones, y la medida en que ello es utilizado por los propios integrantes del Comité.

De manera a profundizar en algunos derechos examinados, se ha seleccionado una serie de recomendaciones emitidas por órganos de supervisión de cumplimiento de tratados especializados cuyo contenido guardan relación con los DESC, así como también las observaciones y recomendaciones de relatorías especializadas en derechos relativos a los estudiados en este trabajo.

El esquema de análisis toma fuentes de diversas vertientes como se especifica en tanto pretende obtener un análisis que se acerque de mayor manera a la realidad del desarrollo de cada derecho. Este esquema test es de utilidad para sucesivos periodos, y a la vez permite su utilización para posteriores evaluaciones, dado que los criterios considerados tomados son los que permiten el cruce de información para el análisis sobre la implementación de cada derecho.

2. Análisis de las recomendaciones emitidas al Estado español

El análisis de las observaciones finales emitidas por el comité DESC y otros mecanismos de vigilancia en materia de derechos humanos al Estado español comprende los siguientes instrumentos: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conocido por sus siglas como PIDCP; la Convención para la Eliminación de la Discriminación Hacia la Mujer, por sus siglas CEDAW; el informe de la relatoría sobre el derecho a la vivienda como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, así como el informe de la relatoría sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.

El estudio se centra en las observaciones finales emitidas por el Comité DESC partir del tercer informe periódico de España, 1996, cuarto periodo 2004, quinto periodo 2012, hasta el sexto periodo examinado, de 2018. Un total de cuatro periodos de los seis correspondientes al Estado. Este análisis se complementa con las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de los periodos examinados en 2009 y 2015; las observaciones finales del comité CEDAW del periodo examinado en 2015; el informe de la relatoría sobre el derecho a la vivienda como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado del año 2008, así como el informe de la relatoría sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia del año 2013.

Desde los inicios del sistema de supervisión del pacto de derecho económicos, sociales y culturales países como España han presentado sus informes conforme ha ido evolucionando la labor de los mecanismos de supervisión de cumplimiento del pacto. El Estado español es signatario del PIDESC y del Protocolo Facultativo del PIDESC y en ese contexto posee un total de seis periodos examinados. En la actualidad posee tres dictámenes del Comité como consecuencia de hechos violatorios al derecho a la vivienda adecuada, y otros se encuentran pendientes de resolución.

3. Observaciones finales sobre las disposiciones generales del Pacto

En este apartado se realiza el análisis de las recomendaciones emitidas al Estado español sobre la no discriminación en la aplicación de los derechos del pacto. Se considera que este tema es fundamental al objeto de este estudio porque a través del análisis continuo de los periodos analizados se puede ver que la discriminación por motivo de raza y nacionalidad constituye un importante obstáculo para la realización de hombres, mujeres, niños y niñas que se encuentran en el territorio español y que provienen de diferentes sitios del mundo.

El segundo aspecto analizado de las disposiciones generales trata sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la adopción de medidas legales, políticas y judiciales. En este caso a través del estudio de los continuos periodos examinados se observan las variaciones que se han producido en los tiempos entre periodos examinados en materia de políticas con enfoque de género, y como ello y la violencia hacia las mujeres por razones de género constituyen cuestiones relevantes que determinan el grado de disfrute de los derechos sociales por parte de mujeres y niñas en España.

También en el marco de las disposiciones generales analizadas se toman las recomendaciones referidas a las medidas económicas en razón a las sucesivas crisis económicas y periodos de recesión económica que se suceden en el Estado analizado.

Como último punto se estudia la continuidad del pronunciamiento del Comité sobre el marco normativo local, en particular se presta atención a las garantías judiciales para la exigibilidad de los derechos sociales en el Estado español y su adecuación a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

3.1. La no discriminación en la implementación de derechos contenidos en el pacto

En las observaciones finales emitidas por el Comité en el tercer examen periódico en el año 1996, el órgano «advierte con gran inquietud» del aumento del número de actos discriminatorios y racistas en España contra los extranjeros, en especial contra las poblaciones procedentes de África del norte, los solicitantes de asilo, los trabajadores ilegales

y la población romaní (gitana).⁵⁹⁶ En este sentido, recomienda que «adopte todas las medidas preventivas y penales adecuadas para luchar eficazmente contra todas las formas de discriminación social, que afectan especialmente a los grupos de África del Norte, los solicitantes de asilo, los trabajadores ilegales y la población romaní (gitanos)». ⁵⁹⁷ Esta recomendación tiene carácter de cumplimiento inmediato de acuerdo con la Observación General N° 20 párr. 7, sin embargo, ello no se señala por el Comité en las recomendaciones emitidas a lo largo de las observaciones finales realizadas en los cuatro periodos. El cumplimiento inmediato alude a la obligación de tomar medidas adecuadas por todos los medios, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas.⁵⁹⁸ Además, debe considerarse que las medidas deberán entrar en vigor dentro de un plazo razonablemente breve después de la entrada en vigor del Pacto.⁵⁹⁹ Cabe señalar que dentro de las medidas se consideran particularmente la elaboración y puesta en marcha de planes, programas y políticas destinadas al avance en el tema.

En el siguiente periodo examinado, el Comité evaluó las medidas adoptadas a ese respecto por el Estado español, como puede ser el Segundo Plan Nacional de Acción 2003-2005 que comprendía la mejora de la situación de ciertos grupos, como los romaníes⁶⁰⁰ que refiere a la obligación inmediata de atender la situación; y hace hincapié sobre su preocupación ante las medidas adoptadas respecto de la «situación precaria de numerosos inmigrantes, que sólo gozan de una protección limitada de sus derechos económicos, sociales y culturales»⁶⁰¹ y que «el aumento de la llegada de inmigrantes se haya visto acompañado de un aumento de las actitudes negativas y hostiles hacia extranjeros y de actos de xenofobia»⁶⁰². Es preciso indicar que, para el año 2004, el Comité ya profundiza de forma específica en sus observaciones generales relativas a derechos a la educación, salud y participación de la cultura,⁶⁰³ la distinción entre las obligaciones con carácter inmediato y progresivo, por lo que entre las

⁵⁹⁶ Comité DESC, Informe Final España, 3°, 5°, 6° y 7° periodo de sesiones 1996, E/C.12/1/Add.2 28 de mayo de 1996, párr. 10.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, párr. 10.

⁵⁹⁸ Comité DESC, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes 1990, E/1991/23, párr. 2 y 3.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, párr. 2.

⁶⁰⁰ Comité DESC, Observaciones Finales España, 32° periodo de sesiones 2004, E/C.12/1/Add. 99, párr. 4

⁶⁰¹ *Ibidem*, párr. 7

⁶⁰² *Ibidem*, párr. 8

⁶⁰³ Observaciones Generales N° 13, 14 y 15, agregar documentos y párrafos.

recomendaciones a este respecto insta al Estado parte «a que tome medidas para garantizar la protección efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas que residen en su territorio».⁶⁰⁴

Puede verse además que tomando en cuenta el derecho sustantivo, «alienta al Estado a que promueva la legalización de los inmigrantes indocumentados para que puedan disfrutar plenamente de sus derechos económicos, sociales y culturales».⁶⁰⁵

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en el entendimiento de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos ha señalado al Estado la necesidad de vigilar que la normativa contra la incitación al odio y la discriminación raciales [Ley N° 19/2007] se aplique de forma efectiva. También insta a que se promueva el mandato del observatorio español de racismo y la xenofobia para que sea más eficaz.⁶⁰⁶ La atención a esta instancia institucional señala que el Comité ha identificado que la labor de la misma podría ser determinante para allanar los obstáculos en materia de discriminación racial. Posterior a ello, en 2015 el Comité de Derechos Humanos recomienda que las medidas antidiscriminatorias estén destinadas «a evitar que los migrantes, los extranjeros y las minorías étnicas, incluida la minoría romaní, sean discriminadas en el acceso a la vivienda, el empleo, la educación, la igualdad salarial y la atención a la salud».⁶⁰⁷ En esta ocasión el Comité de Derechos Humanos además puntualiza que se debe «garantizar la igualdad de trato a todas las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción».⁶⁰⁸

La insistencia del comité DESC en torno a la protección legal contra la discriminación se profundiza y especifica con el paso del tiempo y la mayor experiencia del órgano también se nota a través de la puntualización sobre los contenidos obligatorios de los derechos sociales

⁶⁰⁴ Comité DESC, Observaciones Finales España, 32º periodo de sesiones 2004, E/C.12/1/Add.99, párr. 24.

⁶⁰⁵ Comité DESC, Observaciones Finales España, 32º periodo de sesiones 2004, E/C.12/1/Add.99, párr. 24.

⁶⁰⁶ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales España, 32º periodo de sesiones 2008 (20 y 21 de octubre de 2008), CCPR/C/ESP/CO/5, párr. 20.

⁶⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales España, 114º periodo de sesiones (6 y 7 de julio de 2015), CCPR/C/ESP/CO/6, párr. 9, Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018) E/C.12/ESP/CO/6, párrs. 18 y 51.

⁶⁰⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales España, 114º periodo de sesiones (6 y 7 de julio de 2015), CCPR/C/ESP/CO/6, párr. 9.

y de cómo el Comité recurre a la adopción de medidas por todos los medios hasta el máximo de recursos.

Así, en 2012, periodo de crisis económica y financiera en España, el comité DESC ha constatado que las medidas de austeridad adoptadas por el Estado afectan de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados por lo que llama al Estado a que en la aplicación de las medidas de austeridad «identifiquen el contenido esencial de cada derecho del pacto y que tome las medidas apropiadas para proteger ese contenido mínimo, especialmente para los grupos marginados y desfavorecidos».⁶⁰⁹ Además posiciona que el respeto del contenido mínimo de cada uno de los derechos sociales no puede ser dejado de lado.

La relevancia que el Comité otorga al sentido de la realización inmediata y eficaz del contenido mínimo de derechos básicos, como el de la no discriminación, se ve además reforzado con el hecho de que el propio Comité remite en esta recomendación a la carta abierta a los Estados parte del pacto sobre el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en periodos de crisis, la cual presenta un apartado sobre el nivel de cumplimiento esencial de los derechos sociales, el que en todo caso siempre debe ser resguardado.⁶¹⁰

Igualmente en ese periodo constata que la discriminación hacia gitanos y migrantes afecta particularmente derechos como el empleo, la vivienda, la salud y la educación, [y señala la persistencia] de actitudes violentas y hostiles,⁶¹¹ por lo que solicita al Estado español que incremente las medidas adoptadas para erradicar la discriminación que sufre la población inmigrante y los gitanos, al tiempo que solicita medidas judiciales para sancionar todo tipo de práctica discriminatoria.⁶¹² Al establecer la recomendación de la sanción se especifica que los mecanismos de protección deben ser revisados para garantizar una protección adecuada contra la discriminación en la implementación del pacto por determinados grupos o minorías que se identifican.

⁶⁰⁹ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr.8.

⁶¹⁰ Comité DESC, Observación General N.º 9

⁶¹¹ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr.11

⁶¹² Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr.11

De acuerdo a la Observación General N° 9 la protección jurídica a escala interna es una obligación de carácter inmediato, sin embargo se constata que recién en el marco del quinto periodo de sesiones, 2012, el Comité destaca la necesidad de una profundización en las medidas de protección de carácter legislativo. Llama la atención que, siendo la discriminación racial uno de los mayores problemas en el Estado español, señalado ya desde recomendaciones iniciales, el Comité, hasta este periodo, no se pronuncie de forma específica sobre la protección ante actos de violencia por discriminación racial. En este sentido se podría afirmar que la postura del órgano no ha sido, sino hasta hace muy poco, insistente respecto de la obligación de legislar la no discriminación. Por ejemplo, el Comité recomienda en dos ocasiones la adopción de medidas legislativas. De un lado señala la necesidad de la sanción de actos y hechos discriminatorios por motivos de raza, y de otro lado, solicita que el Estado promulgue el proyecto de ley pendiente de aprobación sobre la temática.⁶¹³

Se observa así que las medidas adoptadas por el Estado no corresponden al ámbito legal. En el primer sentido, por la ausencia de protecciones legales ante actos y hechos discriminatorios y, en el segundo sentido, en referencia a la inexistencia de la ley integral contra toda forma de discriminación por motivos de raza o nacionalidad. Al sentido de estas observaciones finales del Comité se suma la recomendación del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, quien recomendó que en la Constitución se garantice explícitamente el derecho de igualdad ante la ley de los no ciudadanos [...] mejorar la legislación de lucha contra la discriminación, adoptando leyes amplias [...].⁶¹⁴

⁶¹³ El comité recomienda al Estado parte que adopte el proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En esta perspectiva el Comité señala a la atención del Estado parte su Observación N.º 20 (2009), relativa a la no discriminación con los derechos económicos, sociales y culturales.

⁶¹⁴ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add.2, párr. 60. El Relator también menciona que «Se informó al Relator Especial de que en 2011, en la legislatura anterior, se había presentado, en consulta con las ONG, un proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sin embargo, el Congreso de los Diputados rechazó el proyecto de ley en septiembre de 2012. Varios interlocutores, entre ellos algunos parlamentarios, apoyaron la aprobación de esa ley integral. Ahora bien, el Gobierno informó al Relator Especial de que en ese momento no se estaba debatiendo en el Parlamento la aprobación de una ley integral contra el racismo». Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add.2, párr. 13.

En el último periodo examinado, de 2018, el Comité reitera el sentido de la recomendación del año 2012 al Estado español y vuelve a señalar que la ley integral de no discriminación debe seguir los estándares conceptuales establecidos por instrumentos internacionales y tomar como guía la Observación General N° 20 de 2009. También hace hincapié en que «se incorpore disposiciones que permitan obtener reparación en casos de discriminación, inclusive, por medios judiciales y administrativos».⁶¹⁵

Podría interpretarse que la insistencia a la adecuación de acuerdo a los estándares emitidos por el Comité se subraya teniendo en consideración que, en el último periodo, el Comité califica a la discriminación en España como un problema sistémico, al mencionar que «redoble sus esfuerzos para prevenir y combatir la persistente discriminación, en particular contra gitanos y romaníes, las personas con discapacidad, los migrantes, refugiados y solicitantes de asilo[...]»⁶¹⁶ y que el Estado aún no ha ratificado la Convención Internacional sobre la protección de 1990 de todos los trabajadores migratorios y sus familias, recomendación que fue reiterada en ocasión del sexto periodo de examinación para el cual aún se encontraba pendiente⁶¹⁷ y que fue igualmente recomendado por el Comité CEDAW⁶¹⁸ y por el Relator Especial sobre racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia⁶¹⁹.

⁶¹⁵ En esta ocasión el Comité «le insta a adoptar una ley integral de no discriminación que garantice una protección suficiente, y que, entre otras cosas incluya explícitamente todos los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el artículo 2, párr. 2 del Pacto; defina la discriminación múltiple, así como directa e indirecta de acuerdo a las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud del Pacto; prohíba la discriminación tanto en el ámbito público como en el privado; e incorpore disposiciones que permitan obtener reparación en casos de discriminación». Comité DESC, Observaciones Finales España, 63° periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018) E/C.12/ESP/CO/6, párr. 18.

⁶¹⁶ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63° periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018) E/C.12/ESP/CO/6, párr. 18.

⁶¹⁷ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48° periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 30 y Comité DESC, Observaciones Finales España, 63° periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018) E/C.12/ESP/CO/6, párr. 51; CEDAW, Observaciones Finales España, 61° periodo de sesiones (6 a 24 de junio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 43.

⁶¹⁸ Comité CEDAW, Informe Final España, 61° periodo de sesiones 2015 (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 43.

⁶¹⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add.2, párr. 90.

3.2. La igualdad entre mujeres y hombres en la adopción de medidas legales, políticas y judiciales.

El derecho al igual disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres y hombres es un tema considerado por el Comité DESC.

El Comité señala que la persistencia de la violencia como un obstáculo para el cabal cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres. Sin embargo, no ha puesto acento específico, en otros temas analizados, como ser la implementación de medidas especiales de carácter temporal de formar a que se cuente con éstas. Si bien ha sido constante en el abordaje del tema, puede notarse que ha puesto énfasis especial en derechos que hacen a la condición de vida, la salud y la educación, y el trabajo.

Si bien el Comité es determinante en su doctrina sobre la igualdad entre mujeres y hombres desde sus primeras recomendaciones a las partes del pacto, en 2005 esta igualdad se vio potenciada a través de la aprobación de la Observación General N° 16 sobre la igualdad del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales entre mujeres y hombres. El Comité destaca la relevancia de la índole de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y puntualiza que ésta es obligatoria e inmediatamente aplicable para los Estados parte.⁶²⁰ También ha especificado que «la esencia del artículo 3 del Pacto es que la mujer y el hombre deben disfrutar en pie de igualdad de los derechos enunciados en él, noción que lleva en sí un sentido sustantivo. Si bien en las disposiciones constitucionales, las leyes y los programas de los gobiernos se puede hallar la expresión de igualdad de trato formal, el artículo 3 preceptúa también que los hombres y las mujeres disfrutarán en la práctica por igual de los derechos enunciados en el Pacto».⁶²¹ Además, el órgano posiciona su criterio de que el artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 2 del PIDESC no son disposiciones autónomas, sino que deben leerse juntamente

⁶²⁰ Comité DESC, Observación General N.º 16, La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos sociales y culturales, 34º periodo de sesiones 2005, (25 de abril a 13 de mayo de 2005), E/C.12/2005/4, párr. 16.

⁶²¹ *Ibidem*, párr. 6.

con cada derecho específico garantizado en la parte III del Pacto,⁶²² por tanto, de acuerdo a esto, los Estados deberán guiar la adopción de sus medidas en todos los derechos sociales.

En el marco del tercer periodo examinado, de 1996, el Comité identifica la existencia de ausencia de igualdad sustantiva en relación a derechos como trabajo, la educación y la remuneración en el trabajo, por lo que recomienda que se realicen esfuerzos por garantizarlos.⁶²³ En el siguiente periodo examinado, de 2004, el Comité señala al Estado español la necesidad de dar continuidad a las políticas de igualdad en las áreas en particular señaladas anteriormente y se ha hecho hincapié en la lucha contra la violencia hacia la mujer.⁶²⁴ En este sentido el Comité expresa que la violencia de género constituye una forma de discriminación que va en menoscabo de la aptitud para disfrutar de los derechos y libertades y, en particular, de los derechos económicos, sociales y culturales en pie de igualdad.⁶²⁵ Además, señala que «El artículo 3, leído juntamente con el artículo 10, obliga a los Estados parte, en particular, a proporcionar a las víctimas de violencia en el hogar,⁶²⁶ que son principalmente mujeres, el acceso a un alojamiento seguro, así como a los oportunos remedios y recursos y a la reparación de los daños y perjuicios de orden físico, mental y moral, a cuidar de que los hombres y las mujeres tengan igualdad de derechos a la hora de contraer libremente matrimonio; en especial, la mayoría de edad para contraer matrimonio debe ser la misma para hombres y mujeres, los menores de ambos sexos deben estar protegidos por igual frente a las prácticas que fomentan el matrimonio infantil, el matrimonio

⁶²² *Ibidem*, párr. 2.

⁶²³ El Comité recomienda a las autoridades españolas que continúen esforzándose por garantizar la igualdad de hecho entre hombres y mujeres, en especial en lo relativo al acceso a los estudios y al empleo y a la igualdad de remuneración por un trabajo igual. Comité DESC, Informe Final España, 3º, 5º, 6º y 7º periodo de sesiones 1996, E/C.12/1/Add.2, 28 de mayo de 1996, párr. 13.

⁶²⁴ El Comité recomienda al Estado parte que intensifique sus esfuerzos por luchar contra la violencia en el hogar y le solicita información sobre los logros y las dificultades con las que se ha tropezado en la aplicación de la Ley N.º 27/2003 que reglamenta las órdenes de protección de las víctimas de dicha violencia. Comité DESC, Observaciones Finales España, 32º periodo de sesiones 2004, E/C.12/1/Add.99, párr. 34.

⁶²⁵ Comité DESC, Observación General N.º 16, La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos sociales y culturales, 34º periodo de sesiones 2005, (25 de abril a 13 de mayo de 2005), E/C.12/2005/4, párr. 27.

⁶²⁶ Se reproduce en la cita la expresión utilizada en ese tiempo por el Comité, aunque el mismo en la actualidad refiere a la violencia contra las mujeres en razón de su género.

por procuración o el matrimonio forzado, y debe garantizarse la igualdad de derechos de las mujeres a la propiedad conyugal y a heredar en caso de fallecimiento del marido[...].⁶²⁷

Ante este problema sistémico, el Comité además ha solicitado «la presentación de datos estadísticos para tener conocimiento de los logros y dificultades en torno a la aplicación de la ley de protección de víctimas contra la violencia en el hogar (violencia contra la mujer en razón a su género)»⁶²⁸. En este mismo sentido se pronuncia el Comité de Derechos Humanos haciendo hincapié en la necesidad de provisión por parte del Estado en sus informes de mayores datos estadísticos para tener conocimiento acabado de la situación y la disposición de la atención necesaria a las víctimas.⁶²⁹

3.2.1. Violencia de género

En el quinto periodo examinado, el Comité subraya su preocupación por la persistencia de los altos niveles de violencia doméstica y otras formas de violencia de género, además resalta que en el marco de la crisis financiera y económica los recortes presupuestarios han afectado a los procesos de apoyo y acompañamiento a las víctimas en algunas comunidades autónomas⁶³⁰. Al respecto de esto el Comité que se asegure que las medidas restrictivas de austeridad adoptadas por causa de la crisis económica no perjudiquen a la protección de las víctimas ni a sus derechos.

Además el Comité también recomienda que el Estado parte profundice las medidas adoptadas y se asegure de que todas las estrategias de prevención y atención sobre violencia hacia mujeres en razón a su género lleguen a las mujeres en situación de mayor vulnerabilidad por

⁶²⁷ Comité DESC, Observación General N.º 16, La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos sociales y culturales, 34º periodo de sesiones 2005, (25 de abril a 13 de mayo de 2005), E/C.12/2005/4, párr. 27.

⁶²⁸ Comité DESC, Observaciones Finales España, 32º periodo de sesiones 2004, E/C.12/1/Add.99, párr. 34. Se reproduce en la cita la expresión utilizada «violencia en el hogar» en ese tiempo por el Comité, aunque el mismo en la actualidad refiere a la violencia contra las mujeres en razón de su género.

⁶²⁹ Para mayores detalles consultar Comité de Derechos Humanos, Informe Final España, 94º periodo de sesiones (20 y 21 de octubre de 2008), CCPR/ESP/CO/5, párr. 12.

⁶³⁰ Para mayores detalles consultar Comité DESC, 48º periodo de sesiones 2012, (30 de abril a 18 de mayo de 2012), E/C.12/ESP/CO/5, párr. 15.

causa de su entorno social, drogodependencia, enfermedad, o cualquier otra condición desventajosa.⁶³¹ Aun cuando el Comité señala la persistencia de la violencia como un obstáculo en el acceso a los derechos de índole social de las mujeres, y da seguimiento continuo al tema, ello no se ha traducido en recomendaciones sobre la implementación de medidas especiales de carácter temporal. Antes bien puede verse este enfoque en derechos que hacen a la condición de vida, la salud y la educación o el trabajo. En este mismo periodo de tiempo el comité CEDAW ha señalado su preocupación por la eliminación del Ministerio de la Igualdad y la sustitución del Instituto de la Mujer por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, así como la reducción de competencias de las autoridades locales en materia de igualdad de género y violencia de género en virtud de la enmienda del art. 27 de la Ley 7/1985, por la 27/2013.⁶³² Estas medidas legislativas tienen un impacto importante en las políticas para efectividad del desarrollo equitativo de derechos sociales de hombres y mujeres, dado que en principio el mandato de políticas y acciones institucionales en la materia se ve afectado por la eliminación de la cartera ministerial. Ello significa la menor capacidad de elaborar y coordinar políticas, así como de prestar asistencia especializada a cuestiones referentes a las mujeres. Además, se traduce en una disminución de las erogaciones presupuestarias destinadas a los temas vinculados a las mujeres, al igual que la representación de las mismas a nivel del gabinete estatal.

Puede apreciarse que, en general, el Comité realiza el análisis de cada derecho vinculando sus recomendaciones al artículo 2.2 y 3 del PIDESC de forma conjunta, esto es, tomando el modelo de la observación 15 para la interpretación combinada de cada derecho con temas de no discriminación e igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, se puntualiza que en el análisis vinculante de las recomendaciones que el Comité realiza sobre las mujeres, niñas y adolescentes no remite en ocasiones a las disposiciones de la Observación General que realiza la interpretación vinculada de cada uno de los derechos en relación a la igualdad entre mujeres y hombres en el disfrute de los DESC.

⁶³¹ *Ibidem*, párr. 15

⁶³² Para mayores detalles consultar Comité CEDAW, Observaciones Finales España, 61 periodo de sesiones 2015, (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 14.

Las observaciones finales del último periodo examinado, en coherencia con CEDAW, ponen el foco en los estereotipos de género que en términos del Comité «se encuentran profundamente arraigados»⁶³³ para lo cual recomienda que el Estado español intensifique sus esfuerzos para lograr la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, y para combatir la percepción estereotipada de los roles tradicionales de género, tanto en la familia como en la sociedad.

El Comité insta al Estado parte a que agilice la adopción y asegure la efectiva y transversal implementación del plan estratégico sobre igualdad de género 2018-2021, mencionado durante el diálogo, asegurando que este cuente con mecanismos efectivos de control y con recursos humanos, técnicos y materiales suficientes para su efectiva implementación, con el objeto de garantizar el pleno acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de la mujer y su disfrute.⁶³⁴

Por último cabe concluir con que la desigualdad sustantiva entre hombres y mujeres fue calificada ya en 2012 por el comité DESC como sistémica, sin embargo, en sus últimas recomendaciones, de 2018, nuevamente omite recomendar la implementación de medidas especiales de carácter temporal.

3.3. La adopción de medidas para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales.

3.3.1. Medidas económicas en el marco de las políticas de austeridad

La supervisión de las medidas para el logro de los derechos económicos, sociales y culturales comprende la adopción de medidas hasta el máximo de recursos disponibles. Este tema es objeto de especial tratamiento en periodos de recesión económica, así como de forma especial en los periodos de crisis financiera y económica, en los que el Comité pone énfasis en la

⁶³³ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 19.

⁶³⁴ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018) E/C.12/ESP/CO/6, párr. 20.

obligación de dar cumplimiento a las obligaciones del PIDESC, de acuerdo a que el «compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración»⁶³⁵ y en particular, al resguardo y respeto del contenido esencial de cada derecho. También el Comité expresa que en determinadas situaciones de derechos se debe dar término a la aplicación de medidas concretas de austeridad impuestas por el gobierno. Todo ello se encuentra detallado en el análisis particular de cada derecho.

En el último periodo examinado, el Comité se refiere especialmente al «máximo de recursos de que se disponga» y señala la atención al art. 2.1. De acuerdo a ello, las recomendaciones se enfocan en dos aspectos específicos. De un lado, en el tema de la fiscalidad, y de otro lado, en la lucha contra la corrupción. En cuanto al régimen fiscal, y especialmente frente a la «creciente desigualdad social», el Comité recomienda que se vigile que el sistema fiscal «sea socialmente justo y con un mayor efecto redistributivo, en el marco de ello que se realice una evaluación exhaustiva [...] de los efectos de su política fiscal en los derechos humanos, que entre otros incluya un análisis de las consecuencias distributivas y la carga impositiva de diferentes factores, así como de los grupos marginados y desfavorecidos».⁶³⁶ Asimismo, encomienda mejorar la recaudación de impuestos, con el fin de aumentar los recursos disponibles para hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales.

En esta línea, insta a la evaluación periódica de las exenciones tributarias y hace hincapié en la necesidad de tomar medidas estrictas para combatir el fraude fiscal, en particular el cometido por empresas y personas con grandes patrimonios.⁶³⁷ Se señala la especial atención prestada al de las empresas, ya que en el mismo periodo examinado, el Comité constata la existencia de vacíos normativos que no garantizan el cumplimiento de las obligación de debida diligencia en materia de derechos humanos.⁶³⁸ De acuerdo a la Observación General sobre las actividades de las empresas y los derechos humanos que detalla «los Estados parte

⁶³⁵ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observación General N.º 3, La índole de las obligaciones de los Estados parte, 1990, párr. 2.

⁶³⁶ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 15. inc. b y a.

⁶³⁷ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr.15. inc. c, d y e.

⁶³⁸ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 9.

deben prevenir de manera eficaz toda conculcación de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales». ⁶³⁹

3.3.2. Importancia de las medidas legislativas

En la esfera de las medidas legislativas se observa dos situaciones condicionantes para la realización y garantía de los derechos sociales que conducen al análisis de las medidas legislativas como de la aplicación interna del pacto. De un lado, el rigor clasificatorio legal que deja fuera de los derechos de primer orden a un importante grupo de derechos sociales y se aleja así de la comprensión indivisible e interdependiente de los todos los derechos humanos, es decir no se considera el conjunto de derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales. De otro lado, y como consecuencia de ello, la capacidad de protección de estos derechos por el órgano jurisdiccional que se encuentra excesivamente condicionado y, por tanto, limitado para la protección ante posibles violaciones de estos derechos en el territorio español.

En cuanto a las medidas legales, se señala que los obstáculos que existen en la legislación nacional para la protección de los derechos DESC constituye un importante obstáculo al que se enfrentan las personas que atraviesan por una posible violación o por la no realización de sus derechos económicos, sociales y culturales y que carecen de recursos judiciales directos y efectivos para el acceso a la justicia. En su Observación General sobre el deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno el comité DESC ha resaltado que «para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad». ⁶⁴⁰

Podría entenderse que la persistencia de la denegación de protección de los derechos sociales en el ámbito jurisdiccional español se ve dificultada por un factor determinante que es

⁶³⁹ Comité DESC, Observación General N.º 24 Obligaciones de los Estados Partes en virtud del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales, 61º periodo de sesiones 2017 (29 de mayo a 23 de junio de 2017), E/C.12/GC/24, párr. 14.

⁶⁴⁰ Comité DESC, Observación General N.º 9 La aplicación interna del Pacto. El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno 1998, 19º periodo de sesiones (1º de diciembre de 1998), E/C.12/1998/24, párr. 7.

señalado por el Comité en 2012 cuando advierte que los derechos económicos, sociales y culturales «sólo son considerados como principios rectores de la política social y económica, de la legislación y la práctica judicial».⁶⁴¹ Atendiendo a ello, recomienda que se adopten medidas tanto de carácter legislativo como de aplicación interna. Esta recomendación tiene relación con la Observación General sobre el deber de dar efecto al pacto en el ordenamiento jurídico interno donde el Comité menciona que «[...] la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad».⁶⁴² Asimismo, el Comité refiere que «en virtud del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, [el Estado] adopte las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos»,⁶⁴³ lo cual se reiteró en los mismos términos en el siguiente periodo examinado, del año 2018,⁶⁴⁴ y respecto a la acción jurisdiccional destaca la necesidad de «la adopción de medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales».⁶⁴⁵ De manera más detallada señala en 2018 «la realización de capacitaciones destinadas a los funcionarios encargados de la aplicación del pacto y otros agentes (jueces, abogados, agentes del orden, miembros del Congreso de los Diputados)».⁶⁴⁶

⁶⁴¹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 6. Esto mismo ha sido señalado por el Relator sobre no discriminación por motivos de raza y xenofobia.

⁶⁴² Comité DESC, Observación General N.º 9 La aplicación interna del Pacto. El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno 1998, 19º periodo de sesiones (1º de diciembre de 1998), E/C.12/1998/24, párr. 10.

⁶⁴³ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 6.

⁶⁴⁴ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018) E/C.12/ESP/CO/6, párr. 6. a).

⁶⁴⁵ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr.6.

⁶⁴⁶ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018) E/C.12/ESP/CO/6, párr. 6

En este sentido, la Observación General N.º 9 especifica que, dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.⁶⁴⁷ También se expresa en el comentario general mencionado que «cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última. Las garantías de igualdad y no discriminación deben interpretarse, en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales».⁶⁴⁸

La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales es considerada por el Comité en el entendimiento de que «[éstas] desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y la garantía de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos».⁶⁴⁹ En esta línea, en 2012, el Comité resalta la falta de competencia de la Defensoría del Pueblo para recibir quejas individuales por violaciones de derechos económicos, sociales y culturales ante los tribunales, por lo que recomienda enfáticamente la extensión de su competencia para ello.⁶⁵⁰

⁶⁴⁷ Comité DESC, Observación General N.º 9 La aplicación interna del Pacto. El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno 1998, 19º periodo de sesiones (1º de diciembre de 1998), E/C.12/1998/24, párr. 14.

⁶⁴⁸ Comité DESC, Observación General N.º 9. La aplicación interna del Pacto. El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno 1998, 19º periodo de sesiones (1º de diciembre de 1998), E/C.12/1998/24, párr. 15.

⁶⁴⁹ Comité DESC, Observación General N.º 10 La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, 19º periodo de sesiones, (1º de diciembre de 1998), E/C.12/1998/25, párr. 3.

⁶⁵⁰ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 7.

4. Pobreza

El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia contemplando los estándares para asegurar una vida libre de pobreza y la seguridad social constituyen derechos considerados por el comité DESC en los periodos examinados al Estado español entre 1996 y 2018 y que de manera conjunta serán analizados en este apartado.

El disfrute de derechos sociales básicos como las condiciones de vida y los derechos que de ésta se derivan como alimentación adecuada, vestido, acceso al agua y vivienda adecuada condicionan en gran medida la calidad de vida de las personas y en particular la de las personas que se encuentran en situación de pobreza.

La situación de pobreza de personas y grupos en el Estado español es considerada desde los inicios en las evaluaciones realizadas al país por el Comité. En este sentido el Comité, consciente de los sucesivos periodos de recesión económica y crisis financieras y económicas por las que atraviesa en los continuos periodos supervisados desde 1996 hasta 2018, formula observaciones al país dando especial relevancia a las medidas de austeridad impuestas para la realización de los derechos sociales en consonancia con los estándares internacionales de no regresividad y de adopción de medidas y programas de lucha contra la pobreza eficaces, especialmente las destinadas a las poblaciones económicamente menos favorecidas a consecuencia de las crisis.

Si se atiende a las observaciones emitidas por el Comité al Estado español se encuentra que presta especial atención y remarca sus recomendaciones en algunos derechos vinculados a las condiciones de vida y pobreza, como el caso del derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda y los desalojos forzosos que son analizados con especial atención en el apartado.

4.1. Recomendaciones del Comité sobre la situación de pobreza

Las condiciones de vida de las personas en España han sido objeto de atención especial del comité DESC desde las medidas de austeridad impuestas por el Estado parte. En 1996 el Comité manifiesta su preocupación por las reducciones presupuestarias a raíz de la recesión económica, en particular al sector de protección social, y señala que esto afecta a los grupos más vulnerables, por ello recomienda al Estado a adoptar medidas especiales dirigidas a paliar sus efectos.⁶⁵¹ Hace hincapié en la adopción de programas de costo relativamente bajo para proteger a los sectores más vulnerables, y destaca su opinión expresada en la observación N° 3 de que incluso en época de severa recesión se deben adoptar medidas destinadas a derechos sociales. Sin embargo, pese a la situación de recesión económica y pobreza, el Comité no ha analizado con mayor profundidad derechos vinculados a las condiciones de vida más allá de la seguridad social, como, por ejemplo, el derecho a la vivienda que para ese entonces ya había sido ampliamente abordado a través de una Observación General, lo mismo para las condiciones de grupos vulnerables, como las personas con discapacidad y personas adultas mayores.

Si atendemos a los siguientes periodos examinados, es notable la diferencia de los análisis y la especificación de las recomendaciones, lo cual podría llevar a concluir que el cambio de sistema de trabajo y también la integración del Comité con expertos independientes ha contribuido francamente a la profundidad y especificidad de la labor examinadora del Comité.

Al analizar la pobreza durante el cuarto periodo de 2004, el Comité señala la ausencia de datos sobre el número y la situación de las personas que viven en situación de pobreza, por tanto insta al Estado a redoblar sus iniciativas contra la pobreza y la exclusión social.⁶⁵²

También en este periodo realiza recomendaciones sobre condiciones de vivienda y personas sin hogar y señala la implementación de medidas correctivas para hacer frente a ello.⁶⁵³ En

⁶⁵¹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales, 3º, 5º, 6º y 7º periodo de sesiones 1996 (1 a 3 de mayo de 1996), E/C.12/1/Add.2, párr.7 y 14.

⁶⁵² Comité DESC, 29º periodo de sesiones 2004 (3 y 4 de mayo de 2004), E/C.12/1 Add. 99, párrs. 19 y 37.

⁶⁵³ *Ibidem*, párr.39.

ese entonces la pobreza es tratada por el Comité a partir de una Declaración de 2001, relacionada con la declaración mundial de las Naciones Unidas en la que afirma que la pobreza constituye una negación de los derechos humanos,⁶⁵⁴ y destaca que, aunque en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se utiliza explícitamente el término,⁶⁵⁵ la pobreza es uno de sus temas recurrentes y siempre ha constituido una de las principales preocupaciones del Comité.⁶⁵⁶

Destaca además que, debido a su mandato, sus conocimientos especializados y su experiencia, el Comité presta especial atención a los aspectos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales de las estrategias de lucha contra la pobreza, pero todos los derechos son igualmente importantes como medios para lograr que todas las personas puedan vivir con libertad y dignidad.⁶⁵⁷

Igualmente ha reiterado la posición del Comité respecto a las obligaciones mínimas de los Estados de siguiente manera: «con arreglo al Pacto, los derechos enumerados están sujetos a la disponibilidad de recursos y pueden realizarse progresivamente».⁶⁵⁸ No obstante, es importante señalar que en la Observación General N° 3, aprobada en 1990, el órgano posiciona específicamente que los Estados parte tienen una «obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos» enunciados en el pacto. Y además destaca que sin esta obligación mínima el pacto «carecería en gran medida de su razón de ser».⁶⁵⁹ Podría notarse que la especificación de ello apela con carácter obligatorio a la adopción de medidas efectivas.

Sobre la base, además, de las diversas observaciones trabajadas por el Comité, el mismo atiende al movimiento mundial de lucha contra la pobreza en el marco de estas

⁶⁵⁴ Comité DESC, Declaración sobre la pobreza y el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, Ginebra, 23 de abril a 11 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, párr. 1.

⁶⁵⁵ El término «pobreza» no figura en ninguno de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Para un informe reciente de las Naciones Unidas sobre los vínculos entre los derechos humanos, el desarrollo y la pobreza, véase el Informe sobre Desarrollo Humano 2000: Derechos humanos y desarrollo humano, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, (PNUD).

⁶⁵⁶ Comité DESC, Declaración sobre la pobreza y el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, Ginebra, 23 de abril a 11 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, párr. 1.

⁶⁵⁷ Comité DESC, Declaración sobre la pobreza y el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, Ginebra, 23 de abril a 11 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, párr. 10.

⁶⁵⁸ Párrafo 1 del artículo 2.

⁶⁵⁹ Comité DESC, Observación General N.º 3, párr. 10.

consideraciones, que además serán profundizadas como se verá con el paso del tiempo y en determinados derechos que hacen a la condición de pobreza desde la labor de este órgano.

En el siguiente periodo de supervisión al Estado español del año 2012, el Comité constata que, en el marco de la crisis financiera y económica que atravesaba el país desde 2010, los niveles de personas en riesgo de pobreza se habían incrementado considerablemente, y que, además, existía en ese entonces un índice de 21,8 % de personas que vivían por debajo del umbral de pobreza.⁶⁶⁰ Ante esta situación recomienda la aplicación de una nueva estrategia de lucha contra la pobreza, y de manera específica se centra en que se incluyan medidas específicas y estrategias para mitigar los efectos adversos resultantes de la actual crisis económica y financiera, y que se preste particular atención a las personas y grupos desfavorecidos y marginados. A este respecto, el Comité remite al Estado parte a su declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2001.

Puede notarse que la recomendación sigue la misma línea del periodo anterior centrándose en los grupos mayormente vulnerables ante los efectos de la pobreza. Sin embargo, si se presta atención a los derechos que se encuentran conexos a las condiciones de vida, establece referencias de particular importancia, como en el caso de las pensiones, así como de las viviendas y los desalojos por impagos de hipotecas. En este sentido recomienda, por ejemplo, que impulse una reforma legislativa que faculte la dación en pago de la deuda hipotecaria, así como el incentivo de arrendamiento destinado a la población como forma alternativa de acceder a una vivienda y la inversión en viviendas sociales para cubrir la demanda.⁶⁶¹ Respecto a desalojos recomienda que se dispongan reglamentos y se atienda a la observación del comité sobre el tema⁶⁶² y, por último, insta al Estado a preparar estadísticas y una definición oficial sobre las «personas sin hogar».⁶⁶³

En este mismo periodo el Comité se refiere también a medidas de austeridad aplicadas de forma particular a la seguridad social, derechos a la salud y educación, así como a la cultura.

⁶⁶⁰ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 16.

⁶⁶¹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 21.

⁶⁶² *Ibidem*, párr. 22.

⁶⁶³ *Ibidem*, párr. 23.

A su vez, el comité CEDAW señaló en 2015 que las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte para hacerle frente [a las crisis financiera y económica] tienen efectos negativos en todas las esferas de la vida de las mujeres. [Y refiere que] no se han realizado estudios ni evaluaciones para vigilar los efectos de la crisis en función del género,⁶⁶⁴ por tanto recomienda al Estado elaborar una estrategia eficaz para garantizar la aplicación plena de la convención, emprender los estudios y evaluaciones que sean necesarios para vigilar los efectos de la crisis financiera y económica en función del género y garantizar una redistribución interna de sus recursos para superar las consecuencias de la crisis, dando prioridad a las medidas de apoyo a la igualdad de género en todas las esferas[...].⁶⁶⁵

En torno al último periodo supervisado, 2018, el Comité se pronuncia sobre las medidas de austeridad aplicadas por el Estado, estableciendo el aseguramiento de que las mismas posean carácter temporal, sean necesarias, proporcionadas, no discriminatorias y respeten el contenido esencial de los derechos. También insta a que se evalúen los efectos que las mismas tienen en poblaciones vulnerables, y ha subrayado que se estudie la posibilidad de concluir la implementación de esas medidas. En la ocasión señala, además, que el Estado atienda especialmente a las recomendaciones contenidas en la Carta abierta a los Estados emitida por el Comité en 2012 sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, con respecto a los criterios relativos a las medidas de austeridad y a su Declaración sobre deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2016.⁶⁶⁶

El Comité también resalta que, si bien se sitúa al Estado español en un nivel de desarrollo alto, existe una contraposición cuando se atiende al índice de la población que se encuentra en riesgo de caer en la pobreza y cuya exclusión social es elevada.⁶⁶⁷ Destaca además que el

⁶⁶⁴ Comité CEDAW, Observaciones Finales España, 61º periodo de sesiones (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 8.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, párr. 9.

⁶⁶⁶ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 19 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 14.

⁶⁶⁷ Señala también que los jóvenes, las mujeres, la población con menor nivel educativo y la población migrante se ven mayormente afectados por ello. Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 33.

índice de este riesgo es más elevado en determinadas comunidades autónomas y que la niñez tiene mayor riesgo de caer en la pobreza.⁶⁶⁸

Además, por segunda vez el Comité llama la atención al Estado español por las disparidades existentes sobre problemas estructurales en determinadas comunidades que afectan de modo particular a los grupos más vulnerables. Esta circunstancia genera que el Comité señale de forma enfática «la persistencia de ciertas disparidades injustificadas entre diferentes comunidades autónomas, que impiden el adecuado disfrute de algunos derechos del Pacto por las personas de algunas comunidades».⁶⁶⁹ Como consecuencia de ello las recomendaciones que emite detallan una serie de medidas como las de cerrar las brechas injustificadas entre las comunidades autónomas en cuanto al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, mejorando el goce de los derechos en las regiones menos favorecidas y sin que esto impida que ciertas comunidades autónomas puedan, con sus propios recursos, esforzarse por lograr una mayor protección de ciertos derechos en sus territorios [...],⁶⁷⁰ así como que asegure una adecuada coordinación entre los mecanismos e instituciones del gobierno central y las comunidades autónomas encargadas de la prestación de servicios públicos de bienestar social.⁶⁷¹

Otra medida de importancia refiere a que agilice la elaboración y adopción de la estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2018-2020, asegurando que esté enfocada en las personas y grupos más afectados, tal como la población infantil y que sea implementada con un enfoque de derechos humanos.⁶⁷² Estas recomendaciones particulares concuerdan con las medidas señaladas en la Declaración de 2001 sobre pobreza, y en particular lo que respecta a la importante connotación que en ella hace sobre el necesario enfoque de derechos que deben guardar las medidas adoptadas por los Estados para hacer frente a la pobreza.

⁶⁶⁸ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 33.

⁶⁶⁹ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 11.

⁶⁷⁰ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 12.

⁶⁷¹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 19 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 34

⁶⁷² Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 19 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 34

En muchas ocasiones, en el marco del diálogo constructivo que se mantiene con el Comité, los representantes estatales establecen objetivos y medidas a tomar sobre los problemas señalados; en el caso de estas recomendaciones se podría inferir que el Estado español ha abordado como estrategias prioritarias la cuestión de la pobreza, y en particular la de niños, niñas y adolescentes, dada la medida adoptada del establecimiento de dos instancias gubernamentales que se ocupan de estos temas, como son el alto comisionado para los objetivos del desarrollo sostenible y el alto comisionado para la lucha contra la extrema pobreza de la población infantil, instituciones conformadas en 2018 por el Estado español.

Por último, en relación con la pobreza, cabe señalar que en ocasión de la Declaración sobre la pobreza 2001, el Comité manifiesta su agrado por el renovado compromiso mundial sobre la lucha contra la pobreza en clara referencia a los objetivos del desarrollo del milenio, ODM, 2000, y ya en aquel entonces advierte sobre la necesidad de inclusión del enfoque de derechos humanos en la lucha contra la pobreza. El Comité también señala que las políticas de erradicación de la pobreza carecen de enfoque de derechos humanos y no reciben la atención debida. «Esta falta de atención es especialmente deplorable porque un enfoque de la pobreza basado en los derechos humanos puede reforzar las estrategias de lucha contra la pobreza y hacerlas más eficaces».⁶⁷³ La posición del Comité de que las líneas de acción tengan como base los derechos humanos ayudaría a equilibrar la situación de las personas que viven en condiciones de pobreza a lo largo de sus vidas.

Destaca también que la definición de pobreza contenida en la carta de derechos humanos, CIDH, y a la cual se acoge este órgano es amplia y contiene todas las aristas desde un marco amplio de derechos humanos. Así, señala que «la pobreza puede definirse como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales».⁶⁷⁴ Si bien el Comité no manifiesta que la definición contenida en diversos documentos⁶⁷⁵ no suponga

⁶⁷³ Comité DESC, Declaración sobre El impacto de la Pobreza y los derechos económicos, sociales y culturales 2001, Ginebra, 23 de abril a 11 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, párr. 2.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, párr. 8.

⁶⁷⁵ En los últimos tiempos, la pobreza se ha definido a menudo como la insuficiencia de ingresos para adquirir una cesta mínima de bienes y servicios. Hoy en día, el término se suele interpretar en forma más amplia como la falta de la capacidad básica para vivir con dignidad. Esta definición reconoce algunas características más

los elementos desde este enfoque, al manifestar su clara posición deja entrever que la misma es deficitaria y, por tanto, debe ser considerada desde la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos como se menciona en la carta internacional de derechos humanos.

Posiblemente el Comité sea uno de los órganos que, por su labor y experiencia en revisión de informes y diálogos con Estados parte, tenga un mayor conocimiento de los avances en materia de pobreza. Llamativamente en el seno del Sistema de Naciones Unidas persiste desde el PNUD una dualidad de sobreposicionar temas en el marco del derecho al desarrollo a través de programas dirigidos a la pobreza y desarrollo, omitiendo la remisión de estos temas a los pronunciamientos de los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos para que las acciones se adecuen al marco interpretativo de cada derecho contenido en los pactos, en las observaciones generales, dictámenes, y declaraciones de estos órganos.

Incluso, posterior al plazo fijado por los ODM, y los ODM y otros, el establecimiento de los objetivos de desarrollo sostenible, ODS, que intentan establecer metas desde una perspectiva más amplia, sugieren que los gobiernos se enfoquen de manera prioritaria en cuestiones que siempre han sido señaladas como de primer orden por los diversos comités de tratados y convenios internacionales. Podría advertirse que las modificaciones que han tenido los ODM iniciales y actuales ODS se enfocan a objetivos particulares que en muchas ocasiones no condicen con un equilibrio en materia de enfoque de derechos, lo cual no constituye una manera apropiada de avanzar, además, el fracaso de los resultados obtenidos desde los ODM da cuenta de los fallos del programa.

También, importa señalar que, en todo caso, teniendo en cuenta la amplia acogida que poseen a escala gubernamental los ODS, se debería advertir que estos no poseen carácter obligatorio como lo tienen las recomendaciones emanadas de los órganos de supervisión de cumplimiento de los tratados, por tanto, en el marco de los compromisos estatales y

generales de la pobreza, como el hambre, una educación deficiente, la discriminación, la vulnerabilidad y la exclusión social. Capítulo II, titulado «Erradicación de la pobreza», del Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (1995) (párr. 19). El Comité señala que esta interpretación de la pobreza corresponde a numerosas disposiciones del Pacto. Comité DESC, Declaración sobre El impacto de la Pobreza y los derechos económicos, sociales y culturales 2001, Ginebra, 23 de abril a 11 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, párr. 7.

gubernamentales, deberían establecerse estrategias que hagan converger todas las acciones para que el avance sea sólido y equilibrado para todas las personas.

Se identifica además que las constantes variaciones y renovaciones de planes nacionales de acción y desarrollo y programas reportadas en los informes estatales corresponden a los cambios de gobiernos, sin embargo, es preocupante que desde los comités no se llame la atención sobre los parámetros básicos que éstos desatienden y que hacen al mejor cumplimiento de los derechos humanos. Los periodos de tiempo entre diseños y consultas con los diversos actores hasta la aprobación de los diferentes planes de acción socavan la efectividad y restan tiempo a la implementación que pueda hacerse, contrarrestando al mismo tiempo los mecanismos de control de ejecución. Todo ello debería ser revisado en cuanto a las recomendaciones, dado que los resultados tienen un avance muy lento y las situaciones adversas de las personas en condiciones de pobreza persisten, cuando las modificaciones en las líneas de acción no presentan mayores actualizaciones dados los periodos de tiempo que toman para la estructuración de las líneas de acción, teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones las recomendaciones emitidas por los comités de derechos de tratados se reiteran y profundizan.

Otro aspecto que debe ser analizado está relacionado con el carácter institucional de las políticas, dado que el fortalecimiento institucional repercute en la mayor o menor implementación de las políticas y programas. En el caso del establecimiento del Alto comisionado para la lucha contra la extrema pobreza en materia de niñez, podría ser considerado como una medida especial de carácter temporal, sin embargo, al depender esta instancia del poder ejecutivo ello podría afectar en la continuidad de su labor en caso de un cambio de gobierno que no considere mantener la instancia en el mismo nivel.

En el ámbito de supervisión de la pobreza, el Comité emite también recomendaciones que atañen a las políticas económicas y fiscales del país, así como a la lucha contra la corrupción administrativa del Estado español. De acuerdo a ello, en el último periodo examinado, ha recomendado que se realice una evaluación exhaustiva, con participación de los actores sociales, de los efectos de su política fiscal en los derechos humanos que, entre otros: incluya un análisis de las consecuencias distributivas y la carga impositiva de diferentes sectores, así como de los grupos marginados y desfavorecidos; vele por que su sistema fiscal sea

socialmente justo y con un mayor efecto redistributivo; optimice la recaudación de impuestos con el fin de aumentar los recursos disponibles para hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales; evalúe periódicamente la pertinencia de las exenciones tributarias; y tome medidas estrictas para combatir el fraude fiscal, en particular el cometido por empresas y personas con grandes patrimonios.⁶⁷⁶ Estas medidas de carácter de revisión de políticas económicas y fiscalidad constituyen una parte fundamental para el logro de los derechos de carácter social y de lucha contra la pobreza. Un tema de relevancia en este aspecto es el abordaje, por parte del Comité, de la cuestión de la corrupción, dado que su mandato también le permite realizar recomendaciones en este sentido, y que en los últimos periodos han sido aplicados, concretamente en diversos derechos, como se reseña en esta recomendación en particular.

5. Derecho a la seguridad social

La situación del derecho a la seguridad social es observada con detenimiento por el Comité. En 1996, durante el tercer periodo de evaluación al Estado español, el Comité se manifiesta preocupado porque las medidas de austeridad se han aplicado a la reducción de la seguridad social y, en ese contexto, recomienda al Estado adoptar medidas especiales dirigidas a paliar sus efectos.⁶⁷⁷

En 2004 el Comité no se refiere al tema, lo cual es llamativo dado que en el periodo anterior remarca al Estado que las medidas de austeridad aplicadas por la recesión financiera, tampoco puede notarse si la ausencia de su pronunciamiento se da en razón de que el Estado haya logrado paliar las medidas de tales efectos o simplemente es un tema al que no se da seguimiento y por tanto no hay pronunciamiento sobre tal situación en las observaciones finales de este periodo de examinación.

⁶⁷⁶ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 19 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 16.

⁶⁷⁷ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales, 3º, 5º, 6º y 7º periodo de sesiones 1996 (1 a 3 de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 2, párrs. 7 y 14.

Posteriormente, en el quinto periodo de supervisión 2012, el Comité refiere que en muchos casos se constata que los montos de las pensiones tienen niveles inferiores al nivel de subsistencia, y destaca además que ello afecta en forma especial a mujeres que perciben pensiones por viudedad. En esta oportunidad, el Comité señala explícitamente que los niveles de las pensiones las ponen en situación de riesgo de pobreza. Sin embargo no hace referencia a la necesidad de que el Estado parte tome medidas específicas relacionadas con la Observación General N° 19 referente al derecho a la seguridad social de 2007.

Si atendemos a la recomendación específica sobre el tema, se puede apreciar que la misma se enfoca de manera general al nivel suficiente de las pensiones al recomendar que «se revise la cuantía de las pensiones contributivas y no contributivas para garantizar un nivel de vida adecuado a todos sus beneficiarios».⁶⁷⁸ El acceso a pensiones contributivas, y sobre todo las no contributivas, en periodos de crisis económicas y en la situación entonces determinada por altos niveles de desempleo tiene para sus beneficiarios un valor fundamental, dado que la percepción de éstas determina la subsistencia en muchos casos. De todas maneras, el Comité, tomando en consideración que la obligación de prestación de este derecho debe darse estableciendo medidas deliberadas y concretas y tener como fin la plena realización del derecho a la seguridad social,⁶⁷⁹ recomienda la supervisión de los montos transferidos a los beneficiarios. Podría señalarse que, dada la importancia que reviste la implementación efectiva de este derecho para la dignidad humana y el reconocimiento jurídico de este derecho por los Estados parte, supone que se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la política del Estado como menciona la Observación General citada y con mayor motivo dada la situación de crisis económica y financiera del país

Por otro lado, el Comité podría haber realizado mayor hincapié en torno a la plena efectividad de este derecho proponiendo, por ejemplo, como se señala en la observación general sobre el derecho a la seguridad social 1) la asignación de suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional; 2) que los planes de seguridad social incluyan a los grupos desfavorecidos y marginados, incluso cuando haya una capacidad limitada para financiar la seguridad social; 3) implementar planes alternativos y de bajo costo para ofrecer una cobertura inmediata a los

⁶⁷⁸ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48° periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 20.

⁶⁷⁹ Comité DESC, Observación General N.º 19 El derecho a la seguridad social 2007, E/C.12/GC/19, párr. 40.

excluidos de la seguridad social; y 4) adoptar políticas y un marco legislativo para incluir gradualmente a las personas excluidas del acceso a la seguridad social.⁶⁸⁰

En el último periodo, evaluado en 2018, el Comité señala que la situación del sistema de pensiones, que en otros periodos presentaba dificultades para hacer frente a las condiciones mínimas de vida de los beneficiarios, y pese a los reiterados llamados desde diversos órganos de supervisión de tratados, no presenta avances. Esto motiva que el Comité manifieste su preocupación por el «persistente déficit que enfrenta el sistema de pensiones [...]»,⁶⁸¹ y sugiere, para hacer frente a ello, que, en atención a la recomendación emitida al respecto en 2012, revise la cuantía para garantizar el nivel de vida adecuado y, además, especifica que adopte medidas necesarias, por ejemplo que intensifique sus esfuerzos para garantizar que todas las personas estén cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y grupos más desfavorecidos o marginados. También destaca que se restablezca el vínculo entre los montos de las prestaciones de seguridad social y el costo de vida a fin de que permitan el acceso a un nivel de vida adecuado por parte de los beneficiarios y sus familiares, para lo cual le alienta a establecer un sistema de indexación eficaz y transparente, y que se adopten las medidas necesarias, con la participación de todos actores sociales, en particular con los sindicatos, para corregir el déficit que enfrenta el sistema de pensiones a fin de asegurar su sostenibilidad.⁶⁸² En esta ocasión el Comité tampoco refiere al comentario general emitido sobre el derecho, sin embargo es notable que las medidas específicas guardan el sentido de la Observación General sobre este tema, y principalmente y a diferencia de la anterior recomendación de carácter muy genérico, en esta ocasión el Comité ha detallado una serie de medidas de relevancia que debe adoptar el Estado dada la situación deficitaria en la que se encuentra el sistema de pensiones y que ello, además, es de cabal importancia para el desarrollo de las condiciones de vida de las personas, y con mayor razón en periodos de recuperación de una crisis económica y financiera, y teniendo en cuenta las estimaciones de bajo crecimiento que se proyecta a escala general de los países de la región europea para el año 2019.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, párr. 51.

⁶⁸¹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 19 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 30.

⁶⁸² Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 19 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 31.

6. Derecho a la vivienda adecuada

El artículo 11 numeral 1 establece que las condiciones de vida adecuada contienen el derecho a la vivienda, de esta manera el Comité DESC interpreta que «el PIDESC reconoce que el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales».⁶⁸³

De acuerdo al Comité, el derecho a la vivienda es un derecho que corresponde a todos,⁶⁸⁴ asimismo establece que «no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte».⁶⁸⁵

El Comité expresa de manera específica que los aspectos del derecho a la vivienda que deben ser tenidos en cuenta en cualquier contexto determinado son los siguientes: la seguridad jurídica de la tenencia; la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; los gastos soportables; la habitabilidad; la asequibilidad; el lugar y la adecuación cultural.⁶⁸⁶ Estos aspectos son considerados en las supervisiones que realiza el Comité, así como en el análisis de los dictámenes emitidos relativos al Protocolo Facultativo PIDESC, y también son considerados por la relatoría especial sobre el derecho a la vivienda.

En el cuarto periodo de sesiones de examinación a España 2004, el Comité manifiesta que los informes del Estado describen el problema creciente de personas sin hogar, así como las afectadas por desalojos forzosos y el deterioro creciente de la situación de la vivienda en el Estado parte.⁶⁸⁷ Por tanto recomienda la adopción de medidas correctivas para mejorar las condiciones de vivienda y crear más viviendas, individuales o colectivas, así como créditos

⁶⁸³ Comité DESC, Observación General N.º 4. El derecho a una vivienda adecuada 1997, E/1992/23, párr. 1.

⁶⁸⁴ El Comité ha expresado en este sentido que aun cuando la referencia «para sí y su familia» supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos. Comité DESC, Observación General N.º 4 El derecho a una vivienda adecuada 1997, E/1992/23, párr. 6.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, párr. 7.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, párr. 8.

⁶⁸⁷ Comité DESC, Observaciones Finales España, 32º periodo de sesiones 2004, E/C.12/1/Add. 99, párr. 21.

y subvenciones para las familias de bajos ingresos y los grupos desfavorecidos y marginados con arreglo a la Observación General N.º 4 del Comité. En opinión del Comité la obligación de Estado en materia de acceso a la vivienda tiene carácter obligatorio en cuanto al diseño de una estrategia nacional de vivienda, aunque reconoce que la plena realización del derecho puede variar de un Estado a otro, así como el otorgar prioritaria atención a los grupos que viven en condiciones menos favorables.⁶⁸⁸

En ocasión de su visita al país en 2008 el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada señala que España experimenta uno de los mayores aumentos de precio de la vivienda en los últimos años, especificando que el aumento ha sido del 10 % en la media y que las viviendas subvencionadas en alquiler son escasas y no satisfacen las necesidades inmediatas ni futuras de la población.⁶⁸⁹ Otro factor que señala el Relator Especial es que uno de los factores más determinantes del aumento del precio de la vivienda ha sido probablemente la crisis del mercado de valores que se inició en el año 2000 y se prolongó hasta 2002. Durante ese periodo de recesión, los inversores abandonaron la bolsa y buscaron refugio en el mercado inmobiliario, lo cual tuvo consecuencias directas en el precio de la vivienda. Según datos del Banco de España, entre 1988 y 2003 la rentabilidad media de la inversión inmobiliaria fue mayor que la de las inversiones en el mercado de valores (el 13,5 % frente al 9 %).⁶⁹⁰ Asimismo indica que la situación de la vivienda y las elevadas sumas de dinero generadas por el negocio inmobiliario han creado problemas de corrupción en el país. Una de las razones de este fenómeno parece ser la diferencia de precios entre el suelo urbanizable y el no urbanizable.⁶⁹¹ Tomando en consideración estas circunstancias, el Relator reitera la recomendación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la que éste solicita a España que tome «medidas correctivas para mejorar las condiciones de vivienda y crear más viviendas, individuales o colectivas, así como créditos y subvenciones

⁶⁸⁸ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observación General N.º 4. El derecho a una vivienda adecuada 1997, E/1992/23, párrs. 11 y 12.

⁶⁸⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator sobre derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, 2008, A/HRC/7/16/Add. 2, párr. 14 y 19.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, párr. 40.

⁶⁹¹ *Ibidem*, párr. 45.

para las familias de bajos ingresos y los grupos desfavorecidos y marginados con arreglo a la Observación General N.º 4 del Comité.⁶⁹²

En el quinto periodo de examinación, el órgano de supervisión recomienda al Estado español que «impulse una reforma legislativa que faculte la dación de la vivienda en pago de la deuda hipotecaria, de modo que esta opción no dependa únicamente de la discrecionalidad de las entidades bancarias».⁶⁹³ Esto se vincula a la recomendación emitida por el Relator Especial y, además, constituye una obligación de protección que supone un cumplimiento inmediato. En la misma línea recomienda que la relatoría sobre vivienda incentive a individuos y familias a considerar arrendar propiedades como forma alternativa de acceder a la vivienda. En este sentido, el Comité también recomienda que el Estado parte trabaje en coordinación con las comunidades autónomas para invertir más recursos en el aumento de la oferta de vivienda social que permita cubrir la demanda, de conformidad con la Observación General N.º 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1 del Pacto).⁶⁹⁴

Cabe señalar que, de acuerdo a la posibilidad de realizar comunicaciones individuales dada la competencia del comité DESC en virtud a la adhesión de España al Protocolo Facultativo PIDESC, existen tres dictámenes contra el Estado español de 2015, 2017 y 2018 sobre tres cuestiones relativas al derecho a la vivienda donde el comité resuelve que el Estado español viola el derecho a una vivienda adecuada conforme al artículo 11.1 del PIDESC. Después de estos dictámenes, en 2018 el Comité constató la necesidad de que el Estado reforzara las medidas facilitadas en 2012. De acuerdo a ello indica que revise su legislación sobre arrendamientos y lleve a cabo las modificaciones necesarias a fin de garantizar una protección adecuada de la seguridad de la tenencia, y establecer mecanismos judiciales efectivos que garanticen la protección del derecho a una vivienda adecuada, así como que tome medidas para resolver el problema de las viviendas de mala calidad.⁶⁹⁵

En cuanto a las personas sin hogar, en 2004 el Comité indica que el Estado debía [...] dar asistencia a las personas sin hogar y que haga un estudio sobre la cuestión de las personas sin

⁶⁹² *Ibidem*, párr.93.

⁶⁹³ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 21.

⁶⁹⁴ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 21.

⁶⁹⁵ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 19 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 36, inc. c y d.

hogar a fin de tener un cuadro más cabal del problema y sus raíces. Esto concuerda con lo establecido en la Observación N.º 4 general de acuerdo a la cual la vigilancia eficaz de la situación con respecto a la vivienda es otra obligación de efecto inmediato,⁶⁹⁶ por tanto el Estado debe informar certeramente sobre ello. Particularmente sobre las personas sin hogar el Relator Especial ha recomendado a las autoridades españolas a que adopten una definición oficial de persona sin hogar.⁶⁹⁷

Cabe señalar la particular atención que se debe prestar a las recomendaciones de las relatorías especiales que funcionan como mecanismos de alerta temprana sobre derechos que en el país se encuentran en situación comprometida, además de los detalles con los que los que manejan las informaciones y las recomendaciones sirven de guía en muchas ocasiones al propio Comité y a los Estados que deben implementar acciones.

A pesar de que se habían cumplido cinco años de las recomendaciones del Relator, el Estado español, pese al aumento y al persistente problema de las personas sin hogar, aún no había aprobado ni trabajado la posibilidad de establecer con carácter legal una definición de las personas sin hogar, esto fue motivo de que el Comité en 2012 solicitara su avance en el tema,⁶⁹⁸ así como también que «recopile datos desagregados sobre el número de personas sin vivienda y el impacto de la crisis económica y financiera para ellas, con el fin de formular e implementar medidas de rehabilitación efectivas».⁶⁹⁹ También ha recomendado en el último periodo examinado, de 2018, que «tome medidas inmediatas, incluyendo la asignación de fondos apropiados a las autoridades de las comunidades autónomas, para asegurar la provisión adecuada de centros de acogida, como refugios de emergencia y albergues».⁷⁰⁰

⁶⁹⁶ Comité DESC, Observación General N.º 4 El derecho a una vivienda adecuada 1997, E/1992/23, párr. 13.

⁶⁹⁷ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator sobre derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, 2008, A/HRC/7/16/Add. 2, párr. 102.

⁶⁹⁸ En ese sentido el Comité ha manifestado que recomienda que el Estado parte establezca una definición oficial de «persona sin hogar» de conformidad con las recomendaciones del Relator Especial sobre una vivienda adecuada y las directrices de la Conferencia europea de consenso sobre las personas sin hogar (*European Consensus Conference on Homelessness*) celebrada en Bruselas en 2010. Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 23.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, párr. 23.

⁷⁰⁰ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 19 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 36, inc. e.

6.2. Desalojo forzoso

El desalojo forzoso es un tema que desde inicios del trabajo del Comité es de interés especial del órgano de supervisión del PIDESC. Una de las primeras observaciones del Comité trata sobre ello.

En lo que hace al desalojo forzoso, el Comité ha recomendado al Estado español que le proporcione datos desglosados y comparativos sobre el número de personas afectadas por los desalojos forzosos y a que vele por que todo desalojo forzoso se ajuste a las directrices establecidas en la Observación General N.º 7 del Comité. Además, es la posición del Comité que el término «desalojos forzosos» se define como «el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos». Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.⁷⁰¹

Respecto a este tema el Relator Especial recomienda en 2008 que las autoridades, a todos los niveles, deberían estudiar la aplicación de los principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, en particular la recomendación de llevar a cabo evaluaciones de los efectos de los desalojos.⁷⁰² Asimismo, destaca que el Estado debe garantizar la posibilidad de invocar ante los tribunales el derecho a una vivienda adecuada, consagrado en la Constitución española y en los correspondientes instrumentos internacionales, mediante mecanismos de denuncia accesibles a todos.⁷⁰³

⁷⁰¹ Comité DESC, Observación General N.º 7, El derecho a una vivienda adecuada (desalojos forzosos) 1997, E/1998/22, párr. 3.

⁷⁰² Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator sobre derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, 2008, A/HRC/7/16/Add. 2, párr. 95.

⁷⁰³ *Ibidem*, párr. 97.

En 2012 estas recomendaciones son reiteradas por el Comité dada la constatación de realización de desalojos forzosos sin las debidas garantías legales por el órgano de supervisión.⁷⁰⁴

En el último periodo examinado, de 2018, el Comité reitera su anterior recomendación (E/C.12/ESP/CO/5, párr. 22) y ha detallado además las cuestiones más relevantes referidas al tema de los desalojos. Cabe señalar que éstas atienden además a hacer frente a los derechos que han sido violados por el Estado y que fueron motivo de los dos dictámenes contra el Estado parte.

Si atendemos a los problemas que se vienen destacando en varios periodos, se comprueba que, como consecuencia de las omisiones de obligaciones del Estado, a la que se añaden políticas judiciales contrarias al derecho y, sumado a ello, la interpretación restrictiva del derecho a la vivienda como un derecho humano de primer orden, se da la existencia en la actualidad de tres condenas a España que, además, obligan al Estado a establecer un mecanismo de cumplimiento de dichos dictámenes. En particular, el Comité solicita que se adopte un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados para llevar a cabo desahucios o desalojos forzados que, entre otros, incorpore los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como las debidas garantías legales y procesales para las personas afectadas, asegurando que las personas afectadas tengan acceso a una compensación o la opción de una vivienda alternativa adecuada, sean informadas con un plazo suficiente y razonable de notificación sobre las decisiones que ordenen los desahucios y tengan acceso a un recurso judicial efectivo.

Asimismo, recomienda al Estado parte que adopte un protocolo de actuación en casos de desahucios que asegure una coordinación adecuada entre los tribunales y los servicios sociales locales, así como entre los servicios sociales mismos, a fin de brindar una protección adecuada a las personas que puedan quedarse sin hogar como resultado del desahucio. El

⁷⁰⁴ El Comité recomienda que el Estado parte implemente un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados a seguir antes de que se proceda a un desalojo, tomando en cuenta las disposiciones de la Observación General N.º 7 (1997) del Comité sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1 del Pacto): los desalojos forzosos, las recomendaciones del Relator Especial sobre una vivienda adecuada y los principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo (A/HRC/4/18, anexo I). Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 22.

Comité señala a la atención del Estado parte su Observación General núm. 7 (1997) sobre los desalojos forzosos.⁷⁰⁵

7. Derecho al trabajo, las condiciones de trabajo, salario mínimo, brecha salarial

El trabajo es un derecho humano reconocido en instrumentos internacionales con anterioridad a la existencia del PIDESC, sin embargo su desarrollo en el pacto es extenso. Sobre el trabajo, el Comité destaca, entre otros, las siguientes dimensiones: la libertad de elección del trabajo; el trabajo como un derecho individual y colectivo; el trabajo digno; y las condiciones de trabajo.

Desde un enfoque amplio de este derecho, el Comité refiere en el primer aspecto, sobre la libertad de elección de trabajo, que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica.⁷⁰⁶ El segundo aspecto interpretado por el Comité refiere al derecho al trabajo como un derecho individual que corresponde a cada persona, y a la vez un derecho colectivo, y subrayándose que no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo.⁷⁰⁷ En cuanto al tercer aspecto, el Comité puntualiza que el trabajo digno es aquel que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo.⁷⁰⁸ El cuarto aspecto abarca las condiciones de trabajo que, conforme al Comité, comprende la aceptabilidad y calidad que vinculan al ejercicio laboral con las condiciones de trabajo y la sindicación.⁷⁰⁹

⁷⁰⁵ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 19 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 38.

⁷⁰⁶ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observación General N.º 18, El derecho al trabajo 2005, E/C.12/CG/18.2006, párr. 4.

⁷⁰⁷ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 6.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, párr. 7.

⁷⁰⁹ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 12.

El Comité interpreta el derecho del trabajo vinculado a los artículos del pacto correspondientes a las condiciones de trabajo (art. 7) y al derecho de sindicalización (art. 8). Ello se puede apreciar desde sus primeras recomendaciones a los Estados parte, incluso en tiempos en los que aún no se habían publicado comentarios generales sobre este derecho y los demás vinculados. Acorde a esto, se señala el comentario que realiza al Estado español en ocasión de su tercera revisión periódica, 1996, sobre la omisión de la obligación de informar respecto a los artículos 7, 8 y 9 sobre condiciones de trabajo, derechos de sindicación y seguridad social, respectivamente.⁷¹⁰ Y al analizar las informaciones recibidas del Estado destaca su preocupación por la discriminación hacia la mujer en relación con el derecho a la igualdad de trato en el trabajo y el derecho a la igual remuneración⁷¹¹ ante lo cual recomienda al Estado continuar esforzándose por garantizar el acceso a estudios, empleo y la igual remuneración por un trabajo igual.⁷¹² Podría interpretarse que el Comité, al establecer el acceso a la educación, también considera que éste es un factor preponderante para disminuir la brecha en el acceso al trabajo entre mujeres y hombres, puesto que en la Observación General N.º 18 destaca la vinculación existente entre el hecho de que las mujeres tengan menos acceso a la educación que los hombres y ciertas culturas tradicionales que menoscaban las oportunidades de empleo y de adelanto de la mujer.⁷¹³ Esta afirmación se ve reforzada cuando el Comité reitera al Gobierno español en el marco del quinto periodo examinado, de 2012, que la formación profesional de calidad siga siendo prioritaria, especialmente en los casos de desempleo de larga duración, tomando en cuenta las necesidades de las personas y grupos desfavorecidos y marginados, ocasión en la que, además, se remite a la Observación General N.º 18.⁷¹⁴ Y en 2018 reitera esta recomendación y, de manera general, encomienda seguir promoviendo programas de formación y capacitación técnica y profesional de calidad adaptada a las necesidades del mercado.⁷¹⁵ En

⁷¹⁰Para mayores detalles consultar Comité DESC, Informe Final España, 3º, 5º 6º y 7º periodo de sesiones, 1, 2 y 3 de mayo de 1996, E/C.12/1/Add. 2, 28 de mayo de 1996, párr. 3.

⁷¹¹ *Ibidem*, párr. 6.

⁷¹²Comité DESC, Informe Final España, 3º, 5º 6º y 7º periodo de sesiones, 1, 2 y 3 de mayo de 1996, E/C.12/1/Add. 2 28 de mayo de 1996, párr. 13.

⁷¹³ Comité DESC, Observación General N.º 18, El derecho al trabajo 2005, E/C.12/CG/18.2006, párr. 13.

⁷¹⁴ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr.12.

⁷¹⁵ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 22.

este punto considera además la efectividad que deben guardar las medidas implementadas con carácter formativo de cara a que sean de utilidad real al ingreso al campo laboral.

El Comité, además, establece criterios esenciales e interdependientes para el ejercicio laboral en todas sus formas y niveles citando la disponibilidad, la accesibilidad que incluye, además de los citados en el art. 2.2, temas de no discriminación inferidos de la práctica del Comité o de la legislación y la práctica en un número creciente de Estados y, por último, la aceptabilidad y calidad que vinculan al ejercicio laboral con las condiciones de trabajo y la sindicación.⁷¹⁶

7.1. Derecho al trabajo

En el examen que realiza el Comité toma en cuenta el contexto político y económico de cada país. En el caso español también lo realiza para el cumplimiento del pacto. El análisis se centra así en dos aspectos: el primero trata sobre las medidas de austeridad y su incidencia en el mercado de trabajo, y el segundo comprende el análisis de los sujetos sobre los que incide la situación y también los programas y políticas que se adoptan en relación a la situación.

De esta manera, en el tercer periodo de sesiones, del año 1996, el Comité identifica la recesión económica y los cambios estructurales (descentralización, privatización de algunos servicios sociales) como obstáculos para el avance en el cumplimiento del pacto.⁷¹⁷ Y en el marco del quinto y sexto periodo de revisiones, de 2012 y 2018, respectivamente, establece que las crisis económicas y financieras repercuten en los índices de desempleo en general, y de desempleo a largo plazo en forma particular, a jóvenes, mujeres, migrantes, personas con discapacidad y gitanos.⁷¹⁸ A esto se suma la determinación del comité CEDAW que, vinculando las medidas de austeridad adoptadas en respuesta a la crisis económica y financiera con su implicancia, establece que esto tiene como resultado un impacto «grave y

⁷¹⁶ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observación General N.º 18, El derecho al trabajo 2005, E/C.12/CG/18.2006, párr. 12.

⁷¹⁷ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Informe Final España, 3º, 5º 6º y 7º periodo de sesiones, 1, 2 y 3 de mayo de 1996, E/C.12/1/Add. 2, 28 de mayo de 1996, párr. 5.

⁷¹⁸ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones. 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 12 y Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 21.

desproporcionado en las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores y las trabajadoras domésticas. Las mujeres han hecho frente al desempleo, a las reducciones de la seguridad social y de las pagas por atender a las personas en situación de dependencia, a la congelación salarial y a la transformación de los empleos a tiempo completo en empleos a tiempo parcial con horas extraordinarias». ⁷¹⁹

La posición del Comité desde sus inicios es que «aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible [por ejemplo a través de la elaboración] de «estrategias y programas para su promoción» ⁷²⁰ y que «se debe en realidad proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas». ⁷²¹

En este contexto, en 1996, la recomendación al Estado español indica que debe continuar preparando y adoptando todas las medidas posibles para frenar el actual índice de desempleo. También recomienda en esta perspectiva, que se mantenga la integración de las mujeres y de los jóvenes en el mercado de trabajo como una política prioritaria del Estado parte. ⁷²² La recomendación de priorizar ello hace referencia a las medidas excepcionales de carácter temporal que se pueden implementar de cara a promover el desarrollo del trabajo respecto a estos grupos.

En 2004 las recomendaciones del comité DESC contienen un detalle más específico sobre las acciones que debe tomar el Gobierno a diferencia de las demás ocasiones en que se pronuncia sobre el tema. Por ejemplo, el Comité hace hincapié en que el Estado debería seguir fortaleciendo los programas destinados a reducir el desempleo en las regiones y grupos más afectados y reducir la proporción de trabajadores que tienen contratos temporales, sugiriendo medidas como incentivos para empleadores que ofrezcan contratos abiertos y, en

⁷¹⁹ Comité CEDAW, Observaciones Finales España, 61º periodo de sesiones (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 28.

⁷²⁰ Comité DESC, Observación General N.º 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, E/1991/23, párr. 11.

⁷²¹ *Ibidem*, párr. 12.

⁷²² Comité DESC, Informe Final España, 3º, 5º 6º y 7º periodo de sesiones, 1, 2 y 3 de mayo de 1996, E/C.12/1/Add. 2, 28 de mayo de 1996, párr. 15.

el caso de las mujeres, aplicación de medidas como servicios de atención a menores de tres años para que pudieran conciliar más fácilmente el trabajo y la vida familiar.⁷²³

Posteriormente, en 2012, ante la situación de crisis económica y la persistencia de los altos índices de desempleo, señala la necesidad de «evitar cualquier retroceso en el ámbito del empleo, incluyendo en materia de protección laboral de los trabajadores».⁷²⁴ Con esto el Comité pone de resalto la obligatoriedad de la vigilancia para la protección del derecho por el Estado, especialmente en periodos de crisis económicas para el resguardo de los niveles ya logrados de desarrollo y evitar hechos violatorios. Una recomendación de mucha importancia en este contexto es la que realiza el comité CEDAW cuando señala que se restablezca la financiación para la aplicación de la Ley N.º 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.⁷²⁵ Este tipo de pronunciamientos guarda especial interés en torno a la realización de derechos sociales de personas en condición de discapacidad y de quienes se ocupan de sus cuidados y, además, pone de manifiesto que, ante la ausencia de la financiación de cuidadores y cuidadoras, la calidad de vida de un grupo especialmente vulnerable se ve afectado en gran medida al depender de forma exclusiva de los cuidados de otros.

El comité CEDAW también recomienda que adopte medidas especiales de carácter temporal para acelerar la participación en condiciones de igualdad de las mujeres de grupos desfavorecidos en el mercado de trabajo, incluidas las mujeres migrantes, las mujeres romaníes, las madres solteras, las mujeres mayores y las mujeres con discapacidad, y realice estudios exhaustivos sobre el empleo y las condiciones de trabajo de estos grupos de mujeres que contengan recomendaciones sobre la forma de mejorar su participación efectiva en el mercado de trabajo; así como también que mejore la situación de las trabajadoras y los trabajadores domésticos.⁷²⁶

⁷²³ Comité DESC, Observaciones Finales España, 32º periodo de sesiones (3 y 4 de mayo de 2004), E/C.12/1/Add. 99, párr. 29 y 30.

⁷²⁴ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 12.

⁷²⁵ Comité CEDAW, Observaciones Finales España, 61º periodo de sesiones (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 28, inc. b.

⁷²⁶ *Ibidem*, párr. 28, inc. e y f.

Las medidas especiales de carácter temporal vienen a completar a la no discriminación por sexo, prohibida en el PIDESC, y en la opinión del Comité, «la aplicación del principio de igualdad requiere que los Estados tomen en ocasiones medidas en favor de la mujer, con objeto de mitigar o suprimir las condiciones que han provocado la persistencia de la discriminación. En tanto en cuanto estas medidas sean necesarias para rectificar una discriminación de facto y finalicen cuando se consiga la igualdad de facto, la diferencia de trato es legítima».⁷²⁷

Es importante mencionar que, en la Observación General N.º 18, el Comité determinó que la estrategia nacional en materia de empleo debe tener especialmente en cuenta la necesidad de eliminar la discriminación en el acceso al empleo. Debe garantizar un acceso equitativo a los recursos económicos y a la formación técnica y profesional, especialmente para las mujeres y las personas y grupos desfavorecidos y marginados, y deberá respetar y proteger el trabajo por cuenta propia, así como los trabajos remunerados [...].⁷²⁸ Igualmente el Comité expresa, en relación con este tema, en la Observación General N.º 23 que la igualdad en la promoción requiere que se analicen los obstáculos directos e indirectos y que se introduzcan medidas tales como la capacitación e iniciativas para conciliar las responsabilidades laborales y familiares, por ejemplo, servicios asequibles de guardería y de atención a adultos dependientes. Para acelerar la igualdad *de facto*, podría hacer falta adoptar medidas especiales de carácter temporal.⁷²⁹ Estas medidas deberían revisarse periódicamente y se deberían aplicar sanciones apropiadas en caso de incumplimiento.⁷³⁰

⁷²⁷ Sin embargo, como excepción a este principio general, razones que concurren específicamente en un candidato masculino pueden inclinar la balanza a su favor, lo cual ha de evaluarse objetivamente y teniendo en cuenta todos los criterios pertinentes para cada uno de los candidatos. Se trata de un imperativo derivado del principio de la proporcionalidad. El Comité señala además que los principios de igualdad y no discriminación, por sí solos, no siempre garantizan una auténtica igualdad. La necesidad de situar a personas, o grupos de personas desfavorecidos o marginados, al mismo nivel sustantivo que los demás puede exigir en ocasiones medidas especiales provisionales que miran, no sólo a la realización de la igualdad formal o *de jure*, sino también a la igualdad *de facto* o sustantiva entre hombres y mujeres. Comité DESC, Observación General N.º 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer en el disfrute de los derechos económicos sociales y culturales, 2005, E/C.12/2005/4, párr. 15.

⁷²⁸ Comité DESC, Observación General N.º 18, El derecho al trabajo, 2006, E/C.12/GC/18 párr. 44.

⁷²⁹ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 16 (2005) sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 15; y Observación General núm. 20, párrs. 38 y 39.

⁷³⁰ Comité DESC, Observación General N.º 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr. 32.

En 2018, último periodo de examen a España, el Comité recomienda que realice una evaluación exhaustiva de su política de empleo, y lleve a cabo los ajustes necesarios que permitan combatir de manera efectiva las causas profundas del desempleo; señalando además la importancia de la realización de evaluaciones periódicas de sus planes y estrategias de acción.⁷³¹ Dado que en los últimos periodos de exámenes los informes presentados ofrecen mayores detalles de las medidas adoptadas por el Estado, el Comité establece que los análisis para hacer frente al desempleo deben guardar mayor rigurosidad dado que en los mismos, aunque presentan mejorías, como en el caso de 2018, persiste sin embargo, el problema a gran escala.

7.2. Condiciones de trabajo

En cuanto a las condiciones de trabajo, las recomendaciones se dirigen al problema de la ausencia de coberturas por contratos temporales de corto plazo, el salario mínimo interprofesional y las brechas salariales entre hombres y mujeres, que a partir de la crisis económica y financiera se ha generalizado.

En ocasión al cuarto periodo del informe, de 2004, el Comité puntualiza acerca de la necesidad de que el Estado español tome medidas efectivas para impedir los accidentes en el lugar de trabajo, en particular reforzando las inspecciones a fin de garantizar que se sancione a los empleadores que no cumplan con las normas de seguridad. Esta recomendación guarda estrecha relación con lo que el propio Comité establece sobre el tema cuando especifica que los Estados parte deberían adoptar una política nacional para prevenir los accidentes y daños a la salud relacionados con el trabajo mediante la reducción al mínimo de los riesgos en el entorno de trabajo,⁷³² y garantizar una amplia participación en la formulación, aplicación y revisión de dicha política, en particular, de los trabajadores, los empleadores y las organizaciones que los representan.⁷³³

⁷³¹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018 (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 22.

⁷³² Véase el Convenio de la OIT sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155), art. 4. 1).

⁷³³ Comité DESC, Observación General N.º 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr. 25.

Estas recomendaciones se relacionan además con otros derechos, como el derecho a la salud y las condiciones de vida. En este sentido, el Comité refiere que la prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y guarda estrecha relación con otros derechos reconocidos en el pacto, en particular con el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.⁷³⁴

Por otra parte, en 2018 el Comité resalta la necesidad de que el Estado tome todas las medidas apropiadas para prevenir el abuso de formas de trabajo precario, en particular de las contrataciones temporales, y señala mecanismos: entre otros medios, oportunidades de trabajo decente que ofrezcan seguridad en el empleo y una adecuada protección de los derechos laborales,⁷³⁵ la determinación de una adecuada protección incluye asegurar el cumplimiento pleno de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y la seguridad social de las personas con empleos a tiempo parcial y contratos temporales y con otras formas de trabajo precario.⁷³⁶ Asimismo, destaca la necesidad de aumentar la protección de los trabajadores que se desempeñan en el servicio doméstico, con el propósito de que tengan los mismos derechos y beneficios que los otros trabajadores⁷³⁷. En lo que hace al derecho a la huelga, le insta a considerar una nueva revisión y posible derogación del artículo 315, párr. 3, del Código Penal a fin de evitar la persecución penal de trabajadores que han participado en huelgas.⁷³⁸

⁷³⁴ Véase el artículo 12, párrafo 2 b) y c), del Pacto. Comité DESC, Observación General N.º 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr.25.

⁷³⁵ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018 (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 26, inc. a.

⁷³⁶ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018 (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 26, inc. b.

⁷³⁷ Comité DESC, Observaciones Finales España, 29º periodo de sesiones 2004 (3 y 4 de mayo de 2004), E/C.12/1/Add. 99, párr. 31 y 32.

⁷³⁸ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018 (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 29.

7.3. Salario mínimo interprofesional

La condición digna de percepción salarial⁷³⁹ es tratada por el Comité, que se pronuncia por primera vez en el periodo examinado del año 2012, en el contexto de la crisis financiera y económica del país. Sobre la congelación en 2011 del salario mínimo interprofesional, en adelante SMI, señala la necesidad de garantizar que el mismo permita a todos los trabajadores y a sus familias gozar de condiciones de existencia dignas y que se ajuste periódicamente al costo de la vida, de conformidad con el artículo 7 del Pacto y con los estándares del Comité Europeo de Derechos Sociales.⁷⁴⁰ Cuando el Comité refiere sobre el salario digno ello debe entenderse como la remuneración que proporciona unas condiciones de existencia dignas que se deben determinar en función de factores externos, como el costo de la vida y otras condiciones económicas y sociales imperantes. Así pues, la remuneración debe ser suficiente para permitir al trabajador y a su familia gozar de otros derechos reconocidos en el Pacto, como la seguridad social, la atención de salud, la educación y un nivel de vida adecuado, que le permita acceder a alimentos, agua, saneamiento, vivienda y vestido, y cubrir gastos adicionales, como los costos de transporte.⁷⁴¹ También refiere que «el salario mínimo debería aplicarse sistemáticamente, protegiendo en la mayor medida posible a todas las categorías de trabajadores, incluidos los trabajadores en situaciones vulnerables»,⁷⁴² así como que «la aplicación de los salarios mínimos debe revisarse de manera constante mediante mecanismos que integren la participación de trabajadores, empleadores y organizaciones que los respalden».⁷⁴³ Esta recomendación guarda, además del sentido de la garantía, la obligación

⁷³⁹ «Todos los trabajadores tienen derecho a un salario equitativo. La noción de salario equitativo no es estática, pues depende de una serie de criterios objetivos no exhaustivos que reflejan no solo el resultado del trabajo, sino también las responsabilidades del trabajador, el nivel de calificación y de educación necesario para desempeñar el trabajo, las consecuencias que el trabajo tiene en la salud y la seguridad del trabajador, las dificultades específicas relacionadas con el trabajo y la repercusión en la vida personal y familiar del trabajador». Comité DESC, Observación General N.º 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. 2016, E/C.12/GC/23, párr. 10.

⁷⁴⁰ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 18.

⁷⁴¹ Comité DESC, Observación General N.º 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr. 18.

⁷⁴² *Ibidem*, párr.23.

⁷⁴³ Los Estados parte deberían priorizar la adopción de un salario mínimo sujeto a revisiones periódicas que se ajuste, al menos, al costo de la vida, y prever un mecanismo para ello. Los trabajadores, los empleadores y las organizaciones que los representan deberían participar directamente en el funcionamiento de dicho mecanismo. Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observación General N.º 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr. 20.

mínima de los Estados citada en la Observación General N.º 23 de adecuar la medida tomada por el Gobierno al costo de vida, lo que supone una constante revisión conforme se dan los cambios en periodos anuales.

Cabe señalar que el comité CEDAW, al establecer las recomendaciones sobre las condiciones de trabajo en hogares y las labores de cuidado, ha señalado la necesidad de que el Estado se adhiera a la ratificación del Convenio sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) de la Organización Internacional del trabajo;⁷⁴⁴ pese a que el Comité a lo largo de las recomendaciones se refiere a las condiciones de trabajo en el hogar, no se pronuncia en favor de la ratificación de este convenio en los últimos dos periodos examinados (2012 y 2018).

Es importante señalar que un tema que se encuentra ausente a lo largo de las observaciones realizadas por este órgano de supervisión en los cuatro periodos analizados es el de las personas privadas de libertad que realizan trabajos. Se identifica que el Comité no se pronuncia tanto en el acceso, condiciones, protección y promoción, así como que de parte de los informes presentados refiere al desarrollo laboral y las condiciones de trabajo de las mismas. Pese a que en la Observación General N.º 20 el Comité establece dentro de otra condición social como prohibición de la discriminación el hecho de que la persona se encuentre detenida o encarcelada, sus recomendaciones no reflejan la inclusión de este grupo. En atención a la realidad de que las mismas, aun encontrándose en condiciones de encierro, pueden y de hecho, realizan trabajos, esta situación debería ser considerada y examinada con rigurosidad por el Comité dado que se trata de un grupo de especial situación de vulnerabilidad cuya condición podría derivar en violaciones al derecho al trabajo.

⁷⁴⁴ Comité CEDAW, Observaciones Finales España, 61º periodo de sesiones (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 28, inc. f.

7.4. Brecha salarial

La brecha salarial ha sido tratada de manera reiterada desde la supervisión al Estado español en todos los periodos evaluados. En 1996 destaca que se realicen esfuerzos por la igualdad de remuneración por un trabajo igual.⁷⁴⁵ En 2012 se pronuncia sobre la vigilancia en el cumplimiento de la igualdad salarial entre mujeres y hombres y, en este sentido, insta al Estado español a «vigilar el cumplimiento, por los actores privados, de la legislación sobre la igualdad de trato, la no discriminación y el principio de salario igual por trabajo de igual valor».⁷⁴⁶ A su vez, el comité CEDAW señala al Estado la necesidad de implementar «medidas específicas y proactivas para eliminar la desigualdad salarial por razón de género y crear más oportunidades para que las mujeres tengan acceso a empleos a tiempo completo»;⁷⁴⁷ así como «la revisión de leyes y políticas a fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato de las mujeres en el empleo, incluidas [...] limitar la exposición de las mujeres a la segregación y al trabajo precario»⁷⁴⁸. Por su parte, el Comité de derechos humanos ha considerado «notable» las diferencias salariales que siguen existiendo entre hombres y mujeres y, ante esta situación, recomienda «adoptar medidas concretas para reducir la diferencia salarial que sigue existiendo entre las mujeres y los hombres y examinar todas las causas que hacen crecer esa disparidad».⁷⁴⁹

A criterio del comité DESC la equidad en salarios afecta a las condiciones de trabajo. Esto se detalla en la Observación General N.º 23 donde el Comité expresa, en relación a la brecha entre mujeres hombres en el ámbito laboral, que los progresos realizados en los tres indicadores clave interrelacionados de la igualdad de género en el contexto de los derechos laborales —el «techo de cristal», la «diferencia salarial por razón de sexo» y el «suelo adherente»— están lejos de ser satisfactorios. La discriminación interseccional y la falta de un enfoque de todo el ciclo de vida con respecto a las necesidades de las mujeres conducen

⁷⁴⁵ Comité DESC, Informe Final España, 3º, 5º 6º y 7º periodo de sesiones, 1, 2 y 3 de mayo de 1996, E/C.12/1/Add. 2, 28 de mayo de 1996, párr. 13.

⁷⁴⁶ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 13.

⁷⁴⁷ Comité CEDAW, Observaciones Finales España, 61º periodo de sesiones (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 28 inc. c.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, párr. 28 inc. a.

⁷⁴⁹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales 114ª periodo de sesiones (29 de junio a 24 de julio de 2015), CCPR/C/ESP/CO/6, párr. 11.

a una acumulación de desventajas que afecta negativamente al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y a otros derechos. Debe prestarse especial atención a abordar la segregación ocupacional en función del sexo, y a lograr la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, así como la igualdad de oportunidades para la promoción, por ejemplo mediante la aplicación de medidas especiales de carácter temporal. Toda evaluación del «valor» del trabajo debe evitar los estereotipos de género que podrían infravalorar el trabajo realizado principalmente por las mujeres.⁷⁵⁰

En el último periodo de examen al Estado español, el Comité identifica que persiste la brecha salarial, lo cual constituye un problema de discriminación sistémica y, por tanto, resalta la necesidad de que el Estado «redoble sus esfuerzos para eliminar la persistente brecha salarial entre hombres y mujeres, combatiendo la segregación vertical y horizontal en el empleo. [...] mediante la realización de estudios comparados en las organizaciones y profesiones en lo que se refiere a la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor con el objeto de introducir la obligación de mayor transparencia de salarios en las empresas».⁷⁵¹ El sentido de la última parte de esta recomendación atiende a la labor de vigilancia de las actividades de los actores privados, es decir, de las empresas privadas, por lo que hace hincapié en que, a través de mecanismos de información pública, se acceda al control efectivo de los salarios percibidos por todas las personas. Esta recomendación, además, se refuerza cuando el Comité, en referencia a las condiciones de trabajo, solicita que el Estado vele por que se garanticen plenamente, tanto en la legislación como en la práctica, el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.⁷⁵²

⁷⁵⁰ Comité DESC, Observación General N.º 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr. 47, inc. a.

⁷⁵¹ Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018 (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 24.

⁷⁵² Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018 (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 26, inc. b.

8. Derecho a la salud

El derecho a la salud es ampliamente tratado por el comité DESC, el cual se refiere al mismo en el artículo 12 del PIDESC y es el derecho que presenta el desarrollo más exhaustivo de todo el pacto.

En su Observación General N.º 14 el comité DESC ha interpretado que, en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del pacto, los Estados parte reconocen «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas «medidas que deberán adoptar los Estados parte [...] a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho».⁷⁵³

Cabe agregar, como expresa el Comité, que la «referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al “más alto nivel posible de salud física y mental” no se limita al derecho a la atención de la salud. [Sino que] abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano».⁷⁵⁴

En este sentido se interpreta que el derecho a la salud es un derecho inclusivo «que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso

⁷⁵³ Comité DESC, Observación General N.º 14, El derecho al disfrute del más amplio nivel posible de salud, 2000, EC.12/2000/4, párr. 2.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, párr. 4.

de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional». ⁷⁵⁵

Además el derecho a la salud comprende una serie de elementos que se encuentran interrelacionados y guían la implementación de los Estados parte del pacto. Los elementos que comprende son los siguientes: 1) la disponibilidad, que se refiere a que cada país deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas; 2) la accesibilidad, que comprende que los establecimientos, bienes y servicios de salud ⁷⁵⁶ deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. La accesibilidad presenta además cuatro dimensiones superpuestas: la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la información; 3) la aceptabilidad, que refiere a que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados; y por último, 4) la calidad, que alude a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas. ⁷⁵⁷

En el marco del tercer periodo de examinación del Estado español, el comité DESC no realiza ninguna recomendación sobre el derecho a la salud en particular, sin embargo refiere sobre los casos de violencia doméstica y denuncias por malos tratos del que son víctimas un alto número de mujeres, ⁷⁵⁸ que es un aspecto que conforma el derecho a la salud, sin embargo, en esta ocasión no proporciona observaciones más que de carácter legal y políticas sociales, sin hacer referencia a centros de atención a la salud, ni psicológica, de las mujeres que se encuentran en tal situación. En estos casos, de acuerdo con lo dispuesto en la Observación

⁷⁵⁵ Comité DESC, Observación General N.º 14, El derecho al disfrute del más amplio nivel posible de salud, 2000, EC.12/2000/4, párr. 11.

⁷⁵⁶ Salvo que se estipule expresamente otra cosa al respecto, toda referencia en esta Observación General a los establecimientos, bienes y servicios de salud abarca los factores determinantes esenciales de la salud a que se hace referencia en los párrafos 11 y 12 a) de esta Observación General.

⁷⁵⁷ Comité DESC, Observación General N.º 14, El derecho al disfrute del más amplio nivel posible de salud, 2000, EC.12/2000/4, párr. 12.

⁷⁵⁸ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Informe Final España, 3º, 5º 6º y 7º periodo de sesiones, 1, 2 y 3 de mayo de 1996, E/C.12/1/Add. 2, 28 de mayo de 1996, párrs. 17 y 34.

General N.º 14, «Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar». ⁷⁵⁹

En el siguiente periodo supervisado, de 2004, el Comité manifiesta su preocupación ante la elevada tasa de abortos en las adolescentes, por lo que recomienda al Estado español que vigile la incidencia del aborto entre las adolescentes, intensifique los programas de educación sexual y salud reproductiva entre las mismas y que informe al Comité sobre este tema de preocupación en su próximo informe periódico. ⁷⁶⁰ Otro aspecto de la salud que señala en la ocasión trata sobre la aplicación efectiva de programas para impedir la drogadicción, el tabaquismo y el alcoholismo en atención al alto índice de jóvenes en situación de drogodependencia. ⁷⁶¹

Posteriormente, en 2012, analiza en profundidad las medidas de austeridad que el Estado español aprobó en el marco de la crisis financiera y económica, y puntualiza su preocupación por las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2012, del 20 de abril de 2012 y la Ley de extranjería de 2009 que recortan el acceso a servicios de salud de inmigrantes en situación de irregularidad. Ante esta situación, el órgano de supervisión recomienda al Estado parte asegurar que, de conformidad con la Observación General N.º 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal. ⁷⁶² También el comité CEDAW recomienda al respecto que el Estado «restablezca el acceso universal al cuidado de la salud, entre otras cosas derogando la enmienda del Real Decreto Legislativo núm. 16/2012, con miras a garantizar el cuidado de

⁷⁵⁹ Comité DESC, Observación General N.º 14, El derecho al disfrute del más amplio nivel posible de salud, 2000, EC.12/2000/4, párr. 21.

⁷⁶⁰ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 29º periodo de sesiones 2004 (3 y 4 de mayo de 2004), E/C.12/1 Add. 99, párr.40.

⁷⁶¹ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr.40.

⁷⁶² Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 19.

la salud para todas las mujeres en el Estado parte, independientemente de su situación migratoria». ⁷⁶³

En la Observación General se realiza específica referencia a la universalidad del derecho a la salud y además como un componente del derecho a la salud esto se relaciona con la accesibilidad conforme a la no discriminación, y se especifica que no se podrá discriminar por motivos de raza o nacionalidad. ⁷⁶⁴ Más allá de señalar la observación, es necesario destacar que la no discriminación en el derecho a la salud alude de manera específica a evitar «la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud». ⁷⁶⁵

En relación con las medidas a adoptar, se especifican alternativas en tiempos de crisis, como por ejemplo, las relacionadas con la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación relacionada con la salud, con consecuencias financieras mínimas merced a la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información. El Comité recuerda el párrafo 12 de la Observación General N.º 3 en el que se afirma que, incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos, es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo. ⁷⁶⁶ Cabe señalar, como lo hace el Relator sobre discriminación racial, que el Decreto-Ley niega a los inmigrantes indocumentados el acceso a la asistencia y los servicios sanitarios de prevención y tratamiento, con excepción de la atención urgente; la atención durante el embarazo, el parto y el posparto; y la atención a los menores de edad, que siguen recibiendo asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Sin embargo, las comunidades autónomas siguen siendo competentes para decidir acerca de la prestación de servicios de salud. A ese respecto, algunas regiones no aplican el Decreto-Ley, a saber: Andalucía, Asturias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Islas Canarias, Navarra y País

⁷⁶³ Comité CEDAW, Informe Final España, 61º periodo de sesiones 2015 (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 30 inc. a.

⁷⁶⁴ Comité DESC, Observación General N.º 14, El derecho al disfrute del más amplio nivel posible de salud, 2000, EC.12/2000/4, párr. 18.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, párr. 18.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, párr. 18.

Vasco.⁷⁶⁷ Cabe agregar, además, que esta misma medida es aplicada a todo extranjero extracomunitario que se encuentre residiendo en el país, por ejemplo el caso de estudiantes, quienes deben acogerse a sistemas de seguridad privada, además de mantener ello como requisito para la concesión de la visa por residencia de estudios.

Si se presta atención al Real Decreto que modifica el servicio sanitario, se concluye que, de acuerdo a la interpretación del Comité en la observación sobre este derecho, el Estado español podría estar violando el derecho a la salud en los términos del artículo 12 del PIDESC, dado que la medida adoptada no se adecua a la obligación fundamental de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud, considerada conjuntamente con instrumentos como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, la Declaración de Alma-Ata en cuanto a «garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria», en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; y también a «facilitar medicamentos esenciales», según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.⁷⁶⁸ Lo cual aun en periodos de crisis económica debería ser mantenido atendiendo a su universalidad de acuerdo con la doctrina del comité DESC.

También, en 2012, el Comité reitera al Estado español su preocupación debido al nuevo aumento del consumo de drogas y del abuso de alcohol, principalmente por los jóvenes, así como la ausencia de una información más detallada sobre este fenómeno y sus posibles causas, por lo que recomienda que fortalezca sus estrategias de lucha contra el consumo de drogas y el abuso de alcohol tomando en cuenta los diferentes factores de riesgo y todos los actores involucrados; que desarrolle servicios de salud y de atención psicosocial adecuados; que incorpore una propuesta metodológica para el tratamiento de desintoxicación; y que implemente medidas administrativas, sociales y educativas para atender estos problemas.⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add. 2, párr. 37.

⁷⁶⁸ Comité DESC, Observación General N.º 14, El derecho al disfrute del más amplio nivel posible de salud, 2000, EC.12/2000/4, párr. 43.

⁷⁶⁹ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 25.

Por su parte en 2015 el Comité de Derechos Humanos se pronuncia en relación con el derecho a la salud de las personas que se encuentran en los CIE, Centros de Internamiento de Extranjeros, ya que estos carecen de condiciones de higiene adecuadas. Por lo que recomienda al Estado que vigile que en todos los centros dispongan de instalaciones de acuerdo al artículo 10 del Pacto de derechos civiles y políticos y con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.⁷⁷⁰

En el marco del último periodo examinado al Estado español, de 2018, el Comité señala su preocupación por los efectos regresivos en el derecho a la salud que tiene el Real Decreto 16/2012 y no sólo refiere a la discriminación de migrantes en relación al mismo, sino que señala, además, que éste comporta una degradación de calidad de los servicios de salud, y además, incrementa las disparidades entre las comunidades autónomas.⁷⁷¹ Por estas razones, reitera la recomendación del 2012 realizada al Estado y destaca en esta oportunidad que realice una evaluación exhaustiva sobre el impacto que tiene la aplicación del Real Decreto-Ley núm. 16/2012 en el disfrute del derecho del más alto nivel posible de salud a fin de llevar a cabo los reajustes necesarios para garantizar la disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios y atención de salud, incluyendo la derogación de las disposiciones que implicaron retrocesos en la protección del derecho a la salud.⁷⁷² Aunque no realiza ninguna especificación sobre las medidas particulares para paliar las disparidades en el servicio a la salud en las diferentes comunidades autónomas a raíz del Real Decreto 16/2012. Además insta a que tome las medidas necesarias para que los migrantes en situación irregular tengan acceso a todos los servicios de salud necesarios, sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 2 y 12 del Pacto. El Comité remite al Estado parte a su Observación General núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁷⁷³.

⁷⁷⁰ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales España, 2015, CCPR/C/ESP/CO/6, párr. 16.

⁷⁷¹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6, párr.41.

⁷⁷² Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr.42.

⁷⁷³ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr.42.

8.1. Derecho a la salud sexual y reproductiva

El derecho a la salud sexual y reproductiva es tratado por el Comité a partir del cuarto periodo de supervisión al Estado español, de 2004. El Comité manifiesta su preocupación ante la elevada tasa de abortos en las adolescentes de 15 a 19 años de edad (13,89 % en 2001) por lo que recomienda al Estado español que vigile la incidencia del aborto entre las adolescentes e intensifique los programas de educación sexual y salud reproductiva entre las mismas, y que informe al Comité sobre este tema de preocupación en su próximo informe periódico.⁷⁷⁴

También el Comité se ocupa de abordar aspectos específicos de cumplimiento de deberes del Estado en materia de salud sexual y reproductiva, en periodos de crisis económicas, y señala en los dos últimos periodos, 2012 y 2018, la necesidad de que el Estado revea las medidas de austeridad en materia de salud y educación que afecten particularmente a las mujeres y niñas de las comunidades menos favorecidas, así como a las migrantes.

Así, en 2012 constata con preocupación las dificultades por las que atraviesan las mujeres en función de su lugar de residencia, para acceder al aborto de conformidad con la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo de 2010. También enfatiza que en la mayor parte de las comunidades autónomas, los impedimentos burocráticos y temporales obligan a muchas mujeres a acudir a clínicas privada. En este sentido el Comité recomienda que garantice la plena aplicación de la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo de 2010 en todo el territorio nacional. Y detalla que se adopte un procedimiento básico común a todas las comunidades autónomas para garantizar un acceso equitativo a la interrupción voluntaria del embarazo para asegurar que el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de médicos y de otros miembros del personal sanitario no constituya un obstáculo para las mujeres que quieran poner fin a un embarazo, y para prestar una atención especial a la situación de las adolescentes y mujeres migrantes.⁷⁷⁵

El derecho a la salud sexual y reproductiva también es abordado por el Comité de Derechos Humanos, quien en 2015, expresa su preocupación por las propuestas de reforma de la Ley Orgánica núm. 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del

⁷⁷⁴ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 29º periodo de sesiones 2004 (3 y 4 de mayo de 2004), E/C.12/1 Add. 99, párr. 41.

⁷⁷⁵ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 24.

embarazo, en particular, la propuesta de ley presentada en febrero de 2015, que pretende exigir el consentimiento expreso de los representantes legales para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o mujeres con capacidad modificada judicialmente. El Comité enfatiza que, a consecuencia de esta reforma, puedan aumentar los abortos ilegales y poner en riesgo la vida y la salud de las mujeres.⁷⁷⁶ Recomienda por ello que las reformas legales no obliguen a las mujeres a recurrir al aborto clandestino que pone su vida y su salud en riesgo. También hace hincapié en que el Estado debe mantener y apoyar los programas de educación de carácter formal (en las escuelas) e informal (a través de los medios de difusión y otras formas de comunicación) sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos en materia de salud sexual y reproductiva, y de asegurar su aplicación.⁷⁷⁷

A su vez, el comité CEDAW expresa que a través del Real Decreto se excluya de la atención universal, y en particular de la atención a la salud sexual y reproductiva, a migrantes y destaca de manera especial que la reforma representa «una oportunidad perdida de identificar a las víctimas de la violencia de género y la trata, y de prestar asistencia a las víctimas de la violencia sexual». Ante ello recomienda que restablezca el acceso universal al cuidado de la salud, entre otras cosas derogando la enmienda del Real Decreto Legislativo núm. 16/2012. En la oportunidad también refiere sobre este derecho que se puede ver afectado por un nuevo proyecto de ley que contempla la posibilidad de que el aborto de las niñas de 16 a 18 años de edad dependa del consentimiento de los padres, cuidadores o tutores y, ante ello, recomienda que el Estado «Garantice que no se apruebe el proyecto de ley sobre el derecho al aborto para las niñas y mujeres de 16 a 18 años de edad».⁷⁷⁸

En 2018 además ha señalado su preocupación por que las medidas de austeridad sobre la salud dispuestas por el Real Decreto Ley N.º 16/2012 «sobre medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema de salud», no sean consideradas como temporales, y que otras medidas derivadas de éste dificulten el ejercicio de la salud sexual y reproductiva. Teniendo en cuenta esta situación, el Comité realiza una recomendación al Estado donde

⁷⁷⁶ Para mayores detalles consultar Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales España, 2015, CCPR/C/ESP/CO/6, párr. 13.

⁷⁷⁷ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 13.

⁷⁷⁸ Para mayores detalles consultar Comité CEDAW, Informe Final España, 61º periodo de sesiones 2015 (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8, párr. 30.

subraya que garantice en la práctica la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva para todas las mujeres y adolescentes, que preste la debida atención a las disparidades existentes entre las diferentes comunidades autónomas. Además apela a que el Estado elimine las disparidades existentes en la distribución de contraceptivos de emergencia y tome las medidas necesarias para asegurar su accesibilidad, disponibilidad y asequibilidad para todas las mujeres y adolescentes en el Estado parte, entre otras, y señala a la atención del Estado la Observación General N.º 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva.⁷⁷⁹ También, que reestablezca un mecanismo apropiado para asegurar que, en la práctica, el ejercicio de la objeción de conciencia no sea un obstáculo para que las mujeres tengan acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, particularmente a la interrupción voluntaria del embarazo y además que considere eliminar el requisito de contar con el consentimiento del representante legal para que las adolescentes de entre 16 y 18 años y las mujeres con capacidad modificada judicialmente puedan acceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Además, subraya que el Estado asegure que en los programas escolares de la enseñanza primaria y secundaria se dé una formación sobre salud sexual y reproductiva integral y apropiada para ambos sexos y para cada edad. El Comité remite al Estado parte a su Observación General núm. 22 (2016) sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva.⁷⁸⁰

Junto al derecho a la seguridad social y a la educación, el derecho a la salud es uno de los derechos sociales que mayores consecuencias negativas tiene en el marco de la última crisis financiera y económica del país. Es importante destacar esto porque los niveles de salud comprenden un aspecto importante para el desarrollo autónomo y digno de las personas y en particular de los grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

⁷⁷⁹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018 (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párrs. 41, 43 y 44.

⁷⁸⁰ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr.44.

9. Derecho a la educación

El derecho a la educación se encuentra contenido en los artículos 13 y 14 del PIDESC. En este sentido, el Comité ha expresado en sus comentarios generales que los mismos deben leerse de manera conjunta e interdependiente. Existen dos observaciones generales elaboradas por el Comité en base a este derecho, la primera es la Observación General N.º 11 sobre los planes de acción para la enseñanza primaria, y la segunda es la Observación General N.º 13 sobre el derecho a la educación, ambas del año 1999.

El comité DESC interpreta que la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer; la protección de los niños contra la explotación laboral; el trabajo peligroso y la explotación sexual; la promoción de los derechos humanos y la democracia; la protección del medio ambiente; y el control del crecimiento demográfico.⁷⁸¹ Asimismo detalla el Comité que este derecho «debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos».⁷⁸² También se interpreta que, si bien en el texto contenido en el PIDESC no refiere de forma específica a la igualdad de sexos o el respeto al medio ambiente, estos elementos se encuentran implícitos en este derecho.⁷⁸³

Además el derecho a la educación comprende ciertos elementos que se interrelacionan. En este sentido se comprende: 1) la disponibilidad que significa que debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente; 2) la accesibilidad a las instituciones y los programas de enseñanza para todos, sin discriminación. La accesibilidad consta de tres dimensiones que son: no discriminación en la educación, es decir, debe ser accesible a todos,

⁷⁸¹ Comité DESC, Observación General N.º 13, 1999, E/C.12/1999/10, párr. 1.

⁷⁸² *Ibidem*, párr. 4.

⁷⁸³ Para mayores detalles consultar *Ibidem*, párr. 5.

especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos; accesibilidad material, esto es que debe ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable, y la accesibilidad económica que significa que la educación ha de estar al alcance de todos. El siguiente componente es 3) la aceptabilidad que refiere a la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; y por último, 4) la adaptabilidad por la que se entiende que la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.⁷⁸⁴ El Comité refiere, además, que «al considerar la correcta aplicación de estas “características interrelacionadas y fundamentales”, se habrán de tener en cuenta ante todo los superiores intereses de los alumnos».⁷⁸⁵

En los cuatro periodos examinados al Estado español, el Comité ha evaluado los avances y las medidas regresivas desde 1996 hasta 2018, durante el cual el derecho a la educación muestra variaciones. La mayor parte de estas se dan a consecuencia de las medidas de austeridad devenidas a causa de las crisis económicas, y también se ve condicionada por la discriminación persistente hacia grupos y colectivos culturalmente diversos o en condiciones de pobreza que determinan que el acceso a este derecho no se pueda desarrollar a plenitud, y ello se acentúa en el caso de niñas y mujeres.

Durante el examen del año 1996 el Comité señala la persistencia de un «índice preocupante» de analfabetismo, sobre todo en la población femenina y en algunas regiones del sur del país. En este sentido, recomienda al Estado español que adopte todas las medidas necesarias para reducir el analfabetismo que afecta de forma particular a las mujeres y que se localiza en determinadas zonas del país.⁷⁸⁶ Sin embargo, en el siguiente periodo examinado, de 2004, el Comité no realiza comentarios sobre este derecho. Esta situación llama la atención, dado que tampoco realiza un seguimiento de la recomendación emitida en el periodo anterior y,

⁷⁸⁴ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observación General N° 13, 1999, E/C.12/1999/10, párr. 6.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, párr. 7.

⁷⁸⁶ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Informe Final España, 3º, 5º 6º y 7º periodo de sesiones, 1, 2 y 3 de mayo de 1996, E/C.12/1/Add. 2, 28 de mayo de 1996, párr. 9 y 17.

particularmente, por lo reciente de la aprobación de las observaciones generales sobre el derecho de la educación y la implementación de planes de enseñanza primaria, lo cual se encuentra estrechamente relacionado con la condición de analfabetismo señalado en 1996 al Estado español.

Posteriormente, en 2012, el Comité señala al Estado su preocupación por el recorte en presupuestos destinados al sector de la educación tanto en el gobierno central como en las comunidades autónomas. También expresa su inquietud porque las medidas regresivas adoptadas por el Estado parte que incrementan las tasas universitarias son un obstáculo para el acceso de las personas y grupos desfavorecidos y marginados a la educación universitaria. Igualmente señala que los recortes que alcanzan al sector de investigación pone en riesgo este derecho. Si bien el Comité no lo relaciona de manera directa con las observaciones generales emitidas, si se presta atención a los comentarios que emite, se da cuenta de que son analizados conforme a los elementos de la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad que, a criterio del Comité, son condiciones básicas que debe guardar el derecho a la educación en su implementación.

En este sentido importa hacer hincapié en la posición del Comité de que «los Estados tienen las obligaciones de respetar, proteger y llevar a efecto cada una de las “características fundamentales” (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad) del derecho a la educación. Por ejemplo, la obligación del Estado de respetar la disponibilidad de la educación se demuestra [protegiendo] la accesibilidad de la educación, velando por que terceros, incluidos padres y empleadores, no impidan que las niñas asistan a la escuela; la de llevar a efecto (facilitar) la aceptabilidad de la educación, adoptando medidas positivas para que ésta sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, y de buena calidad para todos; la obligación de llevar a efecto (facilitar) la adaptabilidad de la educación, formulando planes de estudio y dotándolos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación; y la de llevar a efecto (facilitar) la disponibilidad de la educación, implantando un sistema de escuelas, entre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional».⁷⁸⁷ Podría notarse

⁷⁸⁷ Comité DESC, Observación General N.º 13, 1999, E/C/12/1999/10, párr. 50.

que, en este sentido, la recomendación del Comité se ajusta a estos términos cuando recomienda al Estado que redoble sus esfuerzos para reducir la tasa de abandono escolar temprano en consonancia con la Estrategia Europa 2020, adoptando una estrategia que aborde los determinantes socioeconómicos que influyen en la decisión del abandono prematuro de los estudios, y otorgando prioridad a las personas y los grupos más desfavorecidos y marginados.⁷⁸⁸ Asimismo se observa que, en la recomendación sobre el aseguramiento de inversión económica y presupuestaria sostenida y suficiente en educación, que sirva para garantizar la calidad y las condiciones de igualdad para todos los niños y niñas, atiende a los criterios reseñados en las observaciones generales.⁷⁸⁹

Respecto de las medidas regresivas señaladas en el sector de la educación universitaria, si bien es criterio del Comité que las obligaciones de los Estados parte respecto de la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental no son idénticas,⁷⁹⁰ ello no debe ser un motivo para que el Estado deje de lado la obligación en materia de educación superior de acuerdo a los criterios de contenido esencial, lo cual es el motivo por el que el Comité califica de «regresivas» a las medidas impartidas en este contexto. Además, en la observación se detalla que «la obligación de “proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza” subraya la responsabilidad primordial de los Estados parte de garantizar directamente el derecho a la educación en la mayoría de las circunstancias»⁷⁹¹. A ello se debe sumar que la medida de aumento de tasas para el acceso a universidades es claramente discriminatoria, ya que deja de lado a las personas que se encuentren limitadas e impedidas para cubrir las erogaciones correspondientes a los montos de matrículas. Tampoco se observa que el Estado haya tomado medidas para paliar ello a través de la concesión de mayor número de becas al estudio superior. Atendiendo a esto, el Comité recomienda que se revisen las medidas regresivas que han sido adoptadas en materia de las tasas universitarias teniendo en cuenta el apartado c) del párrafo 2 del artículo 13 del Pacto, y que garantice que todos tengan iguales posibilidades de acceso a los estudios superiores en función de sus

⁷⁸⁸ Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 26.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, párr. 27.

⁷⁹⁰ Comité DESC, Observación General N.º 13, 1999, E/C.12/1999/10, párr. 51.

⁷⁹¹ *Ibidem*, párr. 53.

capacidades.⁷⁹²

En el último periodo supervisado al Estado, el Comité señala que el derecho a la educación posee aún importantes obstáculos, en particular a algunos grupos por los altos índices de repetición en la educación secundaria y de abandono escolar temprano. Y destaca que «a pesar de su disminución, sigue siendo el segundo más alto de la Unión Europea y afecta de manera desproporcionada a estudiantes pertenecientes a los grupos más desfavorecidos, en particular a los niños, niñas y adolescentes gitanos y romaníes, y migrantes, así como aquellos que cuentan con menores ingresos»,⁷⁹³ por lo que insta al Estado a que adopte «una estrategia que aborde los factores socioeconómicos que pueden influir en las decisiones de abandonar prematuramente la educación y prestar la debida atención a los grupos más afectados, en particular a los niños, niñas y adolescentes gitanos y romaníes, migrantes, y aquellos que cuentan con menores ingresos».⁷⁹⁴ Relacionado con esto mismo, recomienda que «Intensifique sus esfuerzos para combatir la segregación escolar, incluyendo aquella derivada de la segregación residencial que afecta de manera desproporcionada a los niños, niñas y adolescentes gitanos y romaníes, así como a migrantes».⁷⁹⁵

En esta ocasión el Comité también se refiere al «impacto de las medidas de austeridad» señalando que éstas son una barrera para el acceso efectivo y la calidad de la educación en determinadas comunidades autónomas, particularmente en aquellas que cuentan con índices de riesgo de caer en la pobreza y exclusión social más alto, y en este sentido, recomienda que garantice la inversión económica «sostenida y suficiente en materia de educación particularmente en las comunidades autónomas que cuentan con altos índices de riesgo de pobreza y exclusión social, a fin de garantizar el acceso a una educación de calidad».⁷⁹⁶ Cabe agregar que, en esta ocasión, el Comité, si bien remite sus recomendaciones a las del año 2012, sin embargo no realiza un seguimiento de las medidas adoptadas por precios de matrículas universitarias.

⁷⁹² Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5, párr. 28.

⁷⁹³ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018 (12 a 29 de marzo de 2018), E/C.12/ESP/CO/6, párr. 46 inc. a.

⁷⁹⁴ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 47 inc. a.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, párr. 47 inc. c.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, párr. 47 inc. b.

Por último, cabe agregar que se lamenta la ausencia de remisión a los significativos comentarios vertidos en las observaciones generales elaboradas por el Comité que poseen guías detalladas sobre las medidas que se deben adoptar en cada etapa de la educación y la manera en que las mismas deben ser consideradas. Muchas veces la práctica del Comité de remitir a las observaciones generales en las recomendaciones que realiza supone una gran ayuda porque guía el sentido de las obligaciones que el Estado debe implementar. Además es preciso indicar que, siendo el derecho a la educación un derecho social intrínseco y un medio de realizar otros derechos humanos y por ello de exhaustivo desarrollo en el PIDESC, se echa en falta la utilización por el propio órgano de supervisión de dichas recomendaciones, siendo que en esferas regionales e internacionales las mismas son consideradas para la interpretación e integración del propio derecho que se analiza.

Capítulo VII: Análisis de las observaciones finales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado paraguayo

1. Análisis de las observaciones finales emitidas a Paraguay

El análisis de las observaciones finales emitidas por el comité DESC y otros mecanismos de vigilancia en materia de derechos humanos al Estado paraguayo comprende los siguientes instrumentos: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conocido por sus siglas como PIDCP; la Convención para la Eliminación de la Discriminación hacia la Mujer, por sus siglas CEDAW; el informe de la relatoría sobre la extrema pobreza y los derechos humanos , así como el informe de la relatoría especial sobre el derecho a la alimentación.

El estudio se centra en las observaciones finales emitidas por el Comité DESC partir del primer informe periódico de Paraguay, de 1996, del segundo y tercer informes periódicos, de 2007, y del cuarto informe periódico, de 2015. Un total de cuatro periodos analizados que coincide con los cuatro correspondientes a la examinación del Estado. Este análisis se complementa con las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de los periodos examinados en 2006 y 2013; las observaciones finales del comité CEDAW del periodo examinado de 2017; el informe de la relatoría sobre la pobreza extrema y los derechos humanos de 2011, así como el informe de la relatoría sobre el derecho a la alimentación del año 2017.

Desde los inicios del sistema de supervisión del pacto de derecho económicos, sociales y culturales muchos países presentan sus informes conforme ha ido evolucionando la labor de los mecanismos de supervisión de cumplimiento del pacto. Sin embargo, en el caso del Estado paraguayo eso no se cumple desde la firma del PIDESC hasta el año 1996. El Estado paraguayo es signatario del PIDESC, no así del Protocolo Facultativo del PIDESC lo cual es señalado a lo largo de las examinaciones tanto por el Comité de Derechos Humanos como por otros que abordan derechos vinculados a los derechos sociales.

2. Contexto político e institucional

El devenir de la democracia en el Estado paraguayo en el año 1989, luego de treinta y cinco años de dictadura, introdujo una serie de reformas en las esferas jurídica, política e institucional y en sus relaciones internacionales.

En el año 1992 se aprueba el marco legal constitucional con la forma de gobierno republicana con tres poderes diferenciados: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Asimismo se declara que el Estado se constituye en un «Estado social de derecho». En el mismo año se ratifican los dos pactos internacionales relativos a derechos humanos del sistema universal: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este contexto, el marco normativo constitucional incluye una amplia gama de derechos sociales que guarda relación con los estándares de instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados. El marco jurídico constitucional reconoce la vigencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado como parte integrante de su normativa en rango superior a las dictadas por el poder legislativo.

El marco institucional del Estado se enfrenta a un desafío importante ante el sistema democrático y pluralista que supone el Estado social de derecho. De acuerdo con ello, en los próximos años y decenios se van incorporando instituciones especializadas en materia de derechos humanos en los tres poderes del Estado, así como a través de la incorporación de instituciones extrapoderes, como la Defensoría del Pueblo (2001), el Ministerio Público Fiscal (2000), el Ministerio de la Defensa Pública se independiza del poder judicial (2013) y se conforma el mecanismo nacional para la prevención de la tortura (2012).

El contexto de políticas públicas a escala institucional del poder ejecutivo se vio favorecido con la creación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Exterior (1991), la Secretaría de la Mujer (1992) y la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia (1991). Sin embargo, en 2010 esta dependencia toma real impulso en el liderazgo de políticas con enfoque de derecho que se vio favorecida a través de la creación del Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia en 2010.

A partir de ello se crea la Red de Derechos Humanos del poder ejecutivo, una instancia que reúne a veintisiete representantes de instituciones públicas especializadas en derechos humanos y que incluye además a las direcciones de derechos humanos del poder judicial, Ministerio Público Fiscal, Ministerio de la Defensa Pública y la Defensoría del Pueblo.

En este contexto, la labor institucional de derechos humanos en conjunto se ve fortalecida, se prepara el primer plan nacional de acción en derechos humanos presentado en 2011 y aprobado por decreto presidencial en 2013, así como se pone al día en la presentación de informes estatales ante órganos de supervisión de tratados y convenios internacionales. La relevancia de esta instancia es determinante para el desarrollo de derechos humanos desde el contexto interinstitucional y de políticas públicas. Posterior a ello y en atención a las sentencias internacionales del sistema interamericano de derechos humanos pendientes de cumplimiento, se refuerza la Comisión Interinstitucional para el Cumplimiento de Sentencias Internacionales, por sus siglas CICSI, en 2012, y en 2013 se incorpora a sus labores el seguimiento de dictámenes de órganos de supervisión del sistema universal y de las recomendaciones de los órganos de supervisión de los tratados y convenios internacionales. Ambas instancias, la red de derechos humanos del poder ejecutivo y la comisión interinstitucional, funcionan bajo la coordinación de la dirección general de derechos humanos del Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Posteriormente, a inicios de 2014, ante la modificación de la ley orgánica del Ministerio de Justicia, se suprime el Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos, quedando la Dirección General de Derechos Humanos junto con las instancias que coordina bajo la dependencia directa del ministro.

En este contexto el liderazgo en materia de derechos humanos en el seno del poder ejecutivo tuvo un retroceso importante debido a que la representación y funciones del Viceministerio de Derechos Humanos fueron eliminadas, y la Dirección General de Derechos Humanos, así como la red de derechos, quedaron disminuidas. Sin embargo, a inicios de 2015 se aprueba la ampliación de la estructura de la dirección de derechos humanos que había sido modificada en 2014, y se reanudaron las reuniones periódicas de la red de derechos humanos, abriéndose a la participación de la sociedad civil y del CICSI que fueron dejados de lado en 2014. Igualmente se reanudó el seguimiento a la implementación de las políticas de derechos

humanos aprobadas en 2013. En este mismo periodo de tiempo se elabora una propuesta de ley orgánica para la creación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos socializada con las organizaciones de la sociedad civil, pero que hasta la fecha no ha sido presentada al poder legislativo para su aprobación por los sucesivos gobiernos.

Si se atiende a las modificaciones desde 2014, la labor en materia de derechos humanos en políticas públicas e institucionales se ve dificultada por el contexto político que tiende a socavar los avances en la esfera institucional en materia de derechos humanos, y no hay signos de que en la actualidad ello sea revertido.

Esta situación se agrava en mayor medida por la ineficiente labor institucional de la defensoría del pueblo, que no ha logrado desde su existencia ser una instancia que cumpla con sus labores por la incapacidad para cubrir mínimamente reclamos y demandas de la ciudadanía. Podría señalarse como motivo de ello la falta de idoneidad de los sucesivos representantes que son seleccionados de una terna por representantes de las cámaras de diputados y senadores. Es importante señalar que, a nivel estatal y en particular del poder legislativo, no se presta la relevancia que suponen las oficinas del Ombudsman en todos los países, por tanto, ello determina que la institución no se centre en su objeto real.

Cabe agregar, además, que en el marco del compromiso estatal con la realización de los objetivos del desarrollo sostenible, ODS, el actual gobierno ha manifestado su predisposición para avanzar de forma particular en esos temas, sin embargo, el nombramiento de asesores cuya trayectoria podría comprometer el avance en términos equitativos de derechos humanos podría ser un obstáculo para el avance con enfoque de derechos⁷⁹⁷.

En el ámbito de la exigibilidad judicial es preciso señalar que, si bien los integrantes de la Corte Suprema de Justicia que se encarga de liderar el Poder Judicial, no poseen garantías plenas para el ejercicio de sus funciones de forma independiente debido a la laxitud con que los integrantes del poder legislativo aplican la disposición constitucional del juicio político para la remoción de miembros de otros poderes del Estado, con lo cual la selección y hasta

⁷⁹⁷ En 2018 el Gobierno actual ha dado a conocer la asesoría de un equipo de consultores Liderado por Jeffrey Sachs.

el término de las funciones de ministros de la Corte Suprema se encuentra supeditada a la decisión política de los miembros del Congreso Nacional.

3. Observaciones finales sobre las disposiciones generales del PIDESC

Las disposiciones generales en las que hace mayor hincapié el comité DESC, en consonancia a otros órganos de supervisión y de alerta temprana se centran en temas relativos a la autonomía para la libre disposición de riquezas naturales por los pueblos indígenas y comunidades rurales, la desigualdad estructural, el elevado grado de pobreza en todo el país, el funcionamiento institucional, así como la política de fiscalidad y la aplicabilidad de las disposiciones del pacto en el ámbito judicial.

La no discriminación es ampliamente tratada en el contexto de pueblos indígenas y comunidades rurales. Asimismo, la igualdad en el disfrute de los derechos sociales de hombres y mujeres, y la violencia de género hacia las mujeres, en particular entorno a las mujeres y niñas indígenas y de áreas rurales son otros motivos de especial tratamiento durante los periodos examinados al Estado paraguayo.

3.1. Derecho a la autonomía para la libre disposición de riquezas naturales por los pueblos indígenas y comunidades rurales

La desigual distribución en cuanto a la disposición y propiedad de tierras es un problema histórico en el país, el latifundismo (propiedad titular de grandes extensiones de tierras en manos de unos pocos agentes privados) es un problema que se perpetúa en el país, que se ha profundizado durante el periodo dictatorial de 1954-1989 y que afecta de forma especial a los pueblos indígenas y a las comunidades rurales del país.

En el primer examen periódico al Estado paraguayo de 1996 el Comité reconoce la existencia de desigualdades estructurales históricas que determinan la situación de pobreza de gran parte de la población del país. Identifica que el latifundismo existente en el país condiciona y

obstaculiza el derecho al disfrute y libre disposición de los territorios originarios de los pueblos indígenas y de la población campesina y rural dedicada a la agricultura como medio de vida.⁷⁹⁸ En la ocasión, alerta y manifiesta su preocupación por la «lentitud» con que el gobierno, a través del instituto de bienestar rural, IBR, «lleva a cabo la reforma agraria prevista en la Constitución paraguaya, puesto que eso es fuente permanente de conflictos laborales y sociales y dificulta el ejercicio de los derechos reconocidos en el pacto por el sector agrario».⁷⁹⁹ Al respecto, recomienda al Estado paraguayo que «se preste especial atención a los problemas de la tierra que afectan a estas poblaciones y que se manifieste una verdadera voluntad política de solucionar estos problemas en la perspectiva de los derechos humanos [...]»⁸⁰⁰ y que «continúe los [...] programas de reforma agraria [...] actualmente en curso [como uno de los medios] para hacer frente al grave problema de la injusta distribución de riqueza».⁸⁰¹

En el siguiente periodo de supervisión, el de 2007, el Comité realiza el análisis conjunto de informes del Estado paraguayo correspondientes al segundo y tercer periodo respectivamente. En las recomendaciones llama la atención sobre la ausencia de adopción de medidas para el cumplimiento de las recomendaciones del año 1996, y enfatiza sobre la necesidad de que el Estado aplique las recomendaciones realizadas en tal ocasión.

Remarca además la necesidad de que se avance en la restitución de tierras a los pueblos indígenas y que mejoren las medidas para el avance de la reforma agraria.⁸⁰² También destaca la «[...] preocupación [ante la] concentración de la propiedad de las tierras en un porcentaje muy reducido de la población».⁸⁰³ De manera detallada recomienda «que incremente sus esfuerzos para acelerar la demarcación y recuperación de las tierras y territorios ancestrales

⁷⁹⁸ «En el Paraguay hoy día el 5 % de la población posee del 60 al 80 % del territorio nacional, una situación que hace peligrar la paz y la estabilidad en el Paraguay». Consultar Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 9.

⁷⁹⁹ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 8.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, párr. 21.

⁸⁰¹ *Ibidem*, párr. 20.

⁸⁰² La lentitud en la realización de la reforma agraria. Aunque observa que el Instituto de Bienestar Social se transformó en Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT), el Comité reitera su preocupación ante la situación de los campesinos y de la población indígena que no tienen acceso a sus tierras tradicionales y ancestrales [...]. Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 12, inc. b.

⁸⁰³ *Ibidem*, párr. 12, inc. b.

de los pueblos indígenas, acompañando la repartición de tierras a los campesinos de medidas tales como asistencia técnica, insumos, herramientas, microcréditos, capacitación e infraestructura como sistemas de irrigación y electricidad. El Estado parte debe vigilar que el presupuesto destinado a la reforma agraria no sea desviado de su fin».⁸⁰⁴ Como medidas de resultado recomienda «que tome todas las medidas necesarias para garantizar que los pueblos indígenas cuenten con un título legal de sus tierras indígenas».⁸⁰⁵ Asimismo, detalla que la restitución de tierras deber realizarse teniendo especial atención en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas como elemento esencial de la expresión de su identidad cultural y supervivencia.⁸⁰⁶ Si se atiende al sentido de los pronunciamientos puede notarse como en esta ocasión el Comité emite recomendaciones tanto respecto a adopción de medidas de conducta como de resultado, aunque la delimitación de las primeras se encuentra en clara concordancia para la consecución de la segunda.

En este mismo sentido se pronuncia el Comité de Derechos Humanos en dos ocasiones, en la primera, durante el examen periódico de 2005 resalta que se debe «acelerar la efectiva restitución de las tierras ancestrales indígenas».⁸⁰⁷ Y en la segunda ocasión, 2013, detalla que el Estado debe fortalecer el INDI, instituto nacional del indígena, para asegurar «que sus acciones garanticen la plena protección y promoción de los derechos de las comunidades indígenas, incluyendo el derecho a la consulta previa e informada. Paralelamente, el Estado parte debe reconocer legalmente el derecho a la consulta previa e informada, y tomar debidamente en cuenta las decisiones adoptadas por los pueblos indígenas con ocasión de los procesos de consulta».⁸⁰⁸ Cabe agregar que la relatora sobre la pobreza extrema y derechos humanos, en ocasión a su visita al país en 2011, remarca que «la abismal desigualdad en el

⁸⁰⁴ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 23, inc. b.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, párr. 29.

⁸⁰⁶ Así detalla que «al abordar el programa de restitución de tierras, tome debidamente en cuenta el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, elemento esencial para la expresión de su identidad cultural y de su misma supervivencia». Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones, 2007 (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 34.

⁸⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 85º periodo de sesiones, 2005 (19 y 20 de octubre de 2005), CCPR/C/PRY/CO/2, párr. 23.

⁸⁰⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones 2013, (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr.27.

país se alimenta y perpetúa debido a una gran concentración de tierras, una estructura tributaria regresiva y por la corrupción».⁸⁰⁹

En el último periodo de supervisión, de 2015, el comité DESC se refiere especialmente al problema de la libre disposición de riquezas y recursos naturales de los pueblos indígenas, y recomienda detalladamente al Estado paraguayo que «tome las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en lo que respecta a la toma de decisiones susceptible de afectar directamente al ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales; adopte, sin demoras, las medidas necesarias, incluso el reconocimiento legal y protección jurídica, para garantizar el derecho que tienen los pueblos indígenas a disponer libremente de sus tierras, territorios y recursos naturales; adopte todas las medidas necesarias para evitar que miembros de los pueblos indígenas sean desplazados de manera forzosa de las tierras y territorios que ocupan; tome las medidas necesarias para crear un mecanismo judicial que permita la reclamación de tierras por parte de los pueblos indígenas».⁸¹⁰

Si se atiende a las recomendaciones, puede notarse que el Comité realiza referencia particular al cumplimiento de la obligación estatal en diversas áreas, como las administrativas y legislativas, incluso a la necesidad del acceso a la justicia de los pueblos indígenas en atención al cumplimiento del artículo 1° del PIDESC.

El detalle de las recomendaciones del último periodo dan nota de la particular atención que el comité DESC presta a la falta de disfrute de bienes naturales por todos los habitantes del país, cuando señala que los esfuerzos se deben dar en aspectos particulares, y destaca el persistente problema que ocasiona en el desarrollo de la vida digna de los grupos afectados y que ello, además, tiene relación con toda la gama de los derechos económicos, sociales y culturales. En esta línea, en 2017, el Comité CEDAW recomendó en particular que «[...] el Estado adopte medidas específicas para facilitar el acceso de las mujeres indígenas y rurales a los títulos de propiedad de la tierra, entre otras cosas, facilitándoles el acceso a los

⁸⁰⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 al 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add. 2, párr. 30.

⁸¹⁰ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54° periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 6.

documentos de identidad; [y además que] establezca un marco jurídico para garantizar que los proyectos de desarrollo a gran escala, los proyectos agroindustriales y otros proyectos empresariales se ejecuten únicamente después de que se haya realizado una evaluación de las consecuencias en función del género y de que se haya consultado previamente a las mujeres indígenas y rurales afectadas con respecto a los medios de subsistencia alternativos y las indemnizaciones adecuadas[...].⁸¹¹

Puede notarse también que los diversos órganos realizan hincapié en sus recomendaciones sobre la necesidad del respeto de la autodeterminación y libre disfrute de las riquezas naturales de sus territorios, más aun considerando que la cosmovisión de los pueblos indígenas es un vínculo inseparable de sus territorios ancestrales y, en el caso de los campesinos, que el trabajo en cultivos constituye más del 70 % de las actividades de las poblaciones rurales del país.

Si bien el Comité no explicita que esta obligación debe ser cumplida con carácter inmediato, remarca en varias ocasiones diferentes medidas de todo tipo y niveles para su cumplimiento efectivo.

3.2. Adopción de medidas

El PIDESC establece la obligatoriedad de los estados de tomar medidas adecuadas para el cumplimiento progresivo de cada uno de los derechos contenidos en el Pacto. En este sentido, y sobre la base de la interpretación del comité DESC, las obligaciones pueden tomar dos aspectos, el primero relativo al comportamiento, y el segundo relacionado con el resultado. Sin embargo, el Comité resalta que muchas de las obligaciones tienen carácter inmediato, y que, de no ser obligatorias las disposiciones del Pacto, ello carecería de sentido. El Comité ha establecido en esta línea que «[...] si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los

⁸¹¹ Comité CEDAW, Observaciones Finales Paraguay, 68º periodo de sesiones, (23 de octubre a 17 de noviembre de 2017), CEDAW/C/PRY/CO/7, párr. 41, inc. b y c.

Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto».⁸¹²

En el periodo de supervisión del año 2007, el Comité realiza el análisis conjunto de informes del Estado paraguayo correspondientes al segundo y tercer periodo. En la ocasión llama la atención al Estado paraguayo sobre la falta de adopción de medidas para el cumplimiento de las recomendaciones del año 1996, y remarca la importancia de que el Estado cumpla con las recomendaciones realizadas al efecto.⁸¹³

El Comité examina la pertinencia de las medidas adoptadas por el Estado paraguayo en materia de derechos sociales prestando especial atención al sentido de la efectividad de éstas para la satisfacción de los derechos contenidos en el PIDESC. En líneas generales, el Comité remarca su análisis en la aplicación directa del pacto en el derecho nacional, y emite recomendaciones particulares sobre el fortalecimiento institucional, el régimen de fiscalidad, así como en materia de corrupción y de justiciabilidad de los derechos del Pacto.

3.2.1. Adopción de medidas institucionales y políticas para la aplicación del pacto

En el primer periodo examinado se ha expresado la conciencia sobre las dificultades para la consolidación democrática tras decenios de dictadura y los obstáculos que el país encuentra para hacer frente a las desigualdades estructurales sociales patentes que requieren de muchos años para ser erradicadas.⁸¹⁴

El comité DESC destaca que la adopción de medidas también incluye dentro de los «medios apropiados» a las instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos

⁸¹² Comité DESC, Observación General N.º 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes 1990, E/1991/23, párr. 2.

⁸¹³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 12 y 23.

⁸¹⁴ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/c.12/1/Add.1, párr. 7.

humanos y en ese sentido señala que estas constituyen «uno de esos medios que permiten adoptar disposiciones importantes».⁸¹⁵

En el marco del primer periodo de examinación (1996), el Comité recomienda que en cumplimiento a la normativa constitucional se establezca la Oficina del Ombudsman sin demoras.⁸¹⁶ Esta recomendación fue ejecutada en 2001 con la aprobación de la Ley orgánica que crea la defensoría del pueblo, la cual inicia sus actividades en 2002. En seguimiento a esta instancia en 2007 el Comité solicita al Estado que en un próximo informe periódico otorgue datos detallados sobre los casos examinados y que proporcione los resultados de las actividades realizadas por la defensoría del pueblo.⁸¹⁷

El Comité lo detalla en la Observación General N.º 10, cuando advierte que «las instituciones nacionales desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y la garantía de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos» y en este sentido señala que las acciones que deben cumplir se enmarcan en los siguientes aspectos: el fomento de programas de educación e información destinados a mejorar el conocimiento y la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto entre la población en general como en determinados grupos, por ejemplo, en la administración pública, el poder judicial, el sector privado y el movimiento laboral; el minucioso examen de las leyes y las disposiciones administrativas vigentes, así como de los proyectos de ley y otras propuestas [...]; la prestación de asesoramiento técnico o la realización de estudios [...]; la determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto; la vigilancia de la observancia de derechos específicos que se reconocen en el Pacto; la preparación de informes al respecto dirigidos a las autoridades públicas y a la sociedad civil; y el examen de las reclamaciones

⁸¹⁵ Comité DESC, Observación General N.º 10, La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, 1998, E/C.12/1998/25, párr. 1.

⁸¹⁶ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/c.12/1/Add. 1, párr. 19.

⁸¹⁷ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 35.

en que se aleguen violaciones de las normas aplicables en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro del Estado.⁸¹⁸

Cabe señalar que, en ocasión de la visita de la relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos al país en 2011, ésta alarma sobre el «parco papel» que desempeña la Defensoría del Pueblo, y señala, además, que «A pesar del preeminente mandato constitucional en la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la profesión de los intereses comunitarios, en la práctica, esta institución ha sido débil desde su establecimiento, ha contado con pocos recursos y no ha cumplido con sus funciones».⁸¹⁹ En la ocasión también recomienda «fortalecer las instituciones del sector público que trabajan en la defensa y promoción de los derechos humanos, con recursos técnicos, financieros y humanos idóneos que posibiliten el cumplimiento de sus funciones. En particular, debe reforzar la Defensoría del Pueblo y garantizar cuanto antes la designación de un nuevo Defensor del Pueblo».⁸²⁰

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en 2013, recomienda que se disponga en brevedad de la elección transparente y participativa de un representante de la Defensoría del Pueblo que cuente con idoneidad incuestionable. Además, hace hincapié en que «se debe crear las condiciones legislativas, reglamentarias y de recursos humanos y materiales necesarias para asegurar que la defensoría del pueblo desempeñe su mandato plenamente y de forma independiente, de conformidad con los Principios de París».⁸²¹ Esta misma línea fue seguida en las recomendaciones del comité DESC en el último periodo de supervisión al Estado paraguayo en 2015.⁸²²

⁸¹⁸ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observación General N.º 10, La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, 1998, E/C.12/1998/25, párr. 3.

⁸¹⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 al 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add. 2, párr. 21.

⁸²⁰ *Ibidem*, párr. 125.

⁸²¹ Para mayores detalles consultar Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones, 2013 (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 7.

⁸²² «El Comité insta al Estado parte a tomar las medidas necesarias inmediatas para llevar a cabo un proceso de selección y nombramiento del Defensor del Pueblo que sea transparente y participativo. El Comité recomienda al Estado parte que adopte las medidas legislativas y administrativas necesarias para asegurar que la Defensoría del Pueblo cumpla plenamente con los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (Principios de París)». Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones, 2015 (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 9.

En el marco del segundo y tercer periodo de examinación al Estado paraguayo, recomienda que adopte medidas en relación con la instancia de derechos humanos del Ministerio de Justicia y en tal sentido detalla que refuerce el mandato de la comisión de derechos humanos del ministerio de justicia;⁸²³ que se otorgue a esta instancia un financiamiento adecuado para el cumplimiento de sus labores; y además, que ésta expanda sus funciones a escala nacional para dar seguimiento a la adopción de las observaciones finales del Comité.⁸²⁴

En 2013 el Comité de Derechos Humanos señala su conformidad por la creación y funcionamiento de la red de derechos humanos del poder ejecutivo de 2010 «como espacio fundamental de coordinación interinstitucional para la elaboración de políticas públicas en derechos humanos y seguimiento de recomendaciones internacionales», así como la extensión del mandato de la comisión interinstitucional ejecutiva para el cumplimiento de sentencias y recomendaciones internacionales (CICSI) para dar un seguimiento y tratamiento a las recomendaciones de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas⁸²⁵ y recomienda al respecto que «se debe asegurar el fortalecimiento de la Red de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo para garantizar políticas públicas con enfoque de derechos, así como la implementación pronta y efectiva de su decisión de extender la competencia de la CICSI a las recomendaciones de los órganos de derechos humanos de las naciones unidas.⁸²⁶

De acuerdo con la Observación General N.º 10 el Comité interpreta que los Estados parte deben «velar por que en los mandatos asignados a todas las instituciones nacionales de derechos humanos se preste una atención apropiada a los derechos económicos, sociales y culturales [...]».⁸²⁷ Sin embargo, el cambio de gobierno en 2013 realiza modificaciones importantes en materia institucional de derechos humanos. Al realizarse a inicios de 2014 la separación del Ministerio de Justicia y Trabajo en Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo respectivamente, el Ministerio de Justicia funciona por resolución del poder ejecutivo hasta la actualidad. En ese contexto se ha eliminado el Viceministerio de Justicia y

⁸²³ Al decir de esta instancia se refiere a la dirección de derechos humanos del ministerio de justicia.

⁸²⁴ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º periodo de sesiones 2007 (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 36.

⁸²⁵ Para mayores detalles consultar Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones, 2013 (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 5.

⁸²⁶ *Ibidem*, párr. 5.

⁸²⁷ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observación General N.º 10, La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, 1998, E/C.12/1998/25, párr. 4.

Derechos Humanos, creado en 2010 del organigrama institucional del Ministerio de Justicia, con lo cual la coordinación de la red de derechos humanos del poder ejecutivo, así como la CICSI y principalmente la Dirección General de Derechos Humanos que impulsa los planes y políticas y la coordinación de instancias relevantes en materia de derechos humanos se encuentra disminuida y condicionada a la voluntad de las autoridades del momento. Es llamativo que ningún órgano de supervisión de tratados de derechos humanos mencione esta importante regresión institucional en materia de derechos humanos, lo cual, además, se suma a la ausencia de pronunciamiento de las organizaciones de la sociedad civil, pues ninguna se ha pronunciado al respecto hasta el momento.

En el último periodo de supervisión al Estado paraguayo el comité DESC refiere de manera general que «los insuficientes recursos económicos, humanos y técnicos asignados a las instituciones dependientes del poder ejecutivo encargadas de asegurar la adopción de medidas para los programas y políticas públicas de derechos sociales determina la deficiente capacidad para el cumplimiento de estos fines». También señala el débil nexo existente entre las instituciones públicas que trabajan la materia y las organizaciones de la sociedad civil.⁸²⁸

En este sentido recomienda que se fortalezcan las instituciones destinadas a ese cometido y detalla particularmente medidas en tres esferas: 1. Que se doten recursos financieros suficientes para el ejercicio de tales funciones; 2. Que se asignen recursos humanos y técnicos para su labor efectiva. 3. En cuanto a las organizaciones de la sociedad civil, el Comité insta al Estado paraguayo a que consolide una cooperación constructiva con ese sector.⁸²⁹

Si se presta atención al sentido de las recomendaciones, puede notarse que todas ellas fijan el foco en la urgente necesidad de la consolidación institucional en materia de derechos humanos. Las constantes variaciones de las estructuras institucionales sólo fragmentan el incipiente avance logrado en la esfera institucional y constituyen un impedimento para el mayor desarrollo en el ámbito. La ausencia de una ley orgánica del ente rector en materia de

⁸²⁸ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015 (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 8.

⁸²⁹ «El Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos por robustecer su las instituciones del sector público que trabajan en la promoción y protección de los derechos humanos, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, entre otras cosas, mediante la asignación de recursos financieros, humanos y técnicos suficientes que posibiliten el cumplimiento efectivo de sus funciones. Así mismo, el Comité recomienda al Estado parte consolidar una cooperación constructiva con organizaciones de la sociedad civil encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos». Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 8.

derechos humanos del poder ejecutivo constituye un fuerte impedimento para el progreso de las políticas públicas porque condiciona la estructura institucional a la voluntad de quienes se encuentren en el Gobierno en cada ciclo, con lo cual los avances son difíciles de sostener, así como las líneas de acción y objetivos institucionales con enfoque de derechos impedidos en su progreso.

Es la posición del Comité que la adopción de medidas pueden tener diversas vertientes dentro del sector estatal por cuanto determina en la Observación General N.º 9 que «todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales».⁸³⁰

En cuanto a las políticas públicas en materia de derechos humanos, la primera y única política nacional en ese ámbito es el plan nacional de acción de derechos humanos presentado en 2011. En ese mismo año la relatora sobre pobreza extrema y derechos humanos recomienda su implementación en la brevedad y la incorporación de indicadores de progreso y resultado para medir su impacto a escala local.⁸³¹

A su vez, el Comité de Derechos Humanos señala en 2013 que el documento del plan aprobado por decreto presidencial del año 2013 no refleja algunas líneas de acción inicialmente propuestas en 2011, por lo que recomienda al Estado paraguayo que revise los cambios introducidos sin concertación y que asigne presupuestos acordes al cumplimiento de las líneas de acción para su implementación efectiva. Sin embargo, es importante señalar

⁸³⁰ Comité DESC, Observación General N.º 9, Aplicación interna del Pacto 1998,E/C.12/1998/24, párr. 9.

⁸³¹ «El Estado debe implementar a la brevedad el Plan Nacional de Derechos Humanos e incorporar indicadores de progreso y resultado que permitan medir el impacto de las políticas públicas en la materia». Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add. 2, párr. 124.

que la política aprobada constituye la única en materia de derechos humanos con un amplio contenido de líneas sobre derechos sociales. También recomienda que se establezcan mecanismos de supervisión local de cumplimiento y rendición de cuentas con participación de organizaciones de la sociedad civil.⁸³²

Si bien en esta ocasión, y en general, el Comité no menciona la remisión expresa, como en otras recomendaciones a la Observación General de referencia, puede notarse que el criterio de la recomendación guarda sentido con esto. Además, es clave especificar que las instituciones que trabajan los derechos sociales y económicos carecen de mecanismos accesibles de reclamo, salvo el fuero contencioso administrativo.

También importa señalar que no existe una institución o instancia que monitoree la implementación a escala nacional de los derechos DESC de forma particular, y ello constituye un obstáculo importante para las personas al tiempo en que se encuentran con dificultades en el cumplimiento de éstos por el Estado. A ello se debe sumar, como se tratará en los próximos apartados, la escasa utilización que realizan los órganos jurisdiccionales del PIDESC y la ausencia de respuestas judiciales en reclamos de esta naturaleza. Ello se profundiza si se toma en cuenta que el Estado hasta la fecha no ratifica el Protocolo Facultativo del PIDESC.

⁸³² «El Comité toma nota de la adopción del Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) por el Decreto 10747. No obstante el Comité lamenta que el Plan adoptado no refleje plenamente los acuerdos y consensos alcanzados tras el proceso participativo de elaboración del proyecto de plan que involucró a instituciones estatales y a la sociedad civil. En este sentido, el Comité lamenta que el Plan adoptado no refleje todas las preocupaciones identificadas y no incluya las líneas de acción estratégicas inicialmente propuestas para permitir su implementación efectiva. El Estado Parte debe garantizar el respeto de los procesos participativos de elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos. En este sentido, el Estado parte debe revisar los cambios introducidos sin concertación al proyecto de Plan Nacional de Derechos Humanos e incluir el presupuesto adecuado para su implementación efectiva, así como mecanismos de monitoreo y rendición de cuentas, con participación de la sociedad civil y uso de los indicadores de derechos humanos». Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones 2013, (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 6.

3.2.2. Adopción de medidas fiscales y económicas

La adopción de medidas económicas y fiscales son elementos claves para la realización efectiva de los derechos sociales. El comité DESC establece en las diversas observaciones generales y de forma específica que «se debe adoptar medidas hasta el máximo de recursos disponibles». Además, destaca en la observación sobre la índole de las obligaciones que existe una obligación básica de cumplir con niveles mínimos de cada derecho.

En el primer periodo de examinación al Estado paraguayo, de 1996, el Comité recomienda al Estado paraguayo, consciente de la situación de disparidades económicas, que [...] continúe los programas de desarrollo económico, reforma agraria y reforma fiscal actualmente en curso a fin de hacer frente al grave problema de la injusta distribución de la riqueza como medio de combatir la pobreza.⁸³³

La fiscalidad ha sido considerada desde un principio un tema de atención del Comité. Nuevamente en el último periodo examinado, de 2015, las recomendaciones emitidas y los datos aportados por la relatora especial sobre extrema pobreza conducen al Comité a recomendar de forma específica al Estado paraguayo que «su política tributaria sea socialmente justa con el objetivo de mejorar la recaudación fiscal con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales».⁸³⁴ Además, destaca especialmente la necesidad de que «tome las medidas necesarias para asegurar la efectiva y transparente aplicación del impuesto sobre la renta».⁸³⁵

Estas recomendaciones se encuentran vinculadas a comentarios generales del Comité, donde detalla que uno de los medios para hacer frente a las inversiones de gasto público social podría estar en la destinación de partidas provenientes de la fiscalidad. El Comité entiende que los recursos utilizados para tal fin aún no se corresponden a los necesarios para hacer frente a las necesidades de las personas en correspondencia a una vida digna, por tanto pone

⁸³³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/c.12/1/Add. 1, párr. 20.

⁸³⁴ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones, 2015 (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 10.

⁸³⁵ *Ibidem*, párr. 10.

el foco en el tema de la fiscalidad, y también en la aplicabilidad del impuesto a la renta a lo que además agrega que se monitoree la transparencia de esa implementación.

Además otro tema que señala el Comité refiere a la «insuficiencia de información sobre los casos de corrupción efectivamente investigados y sancionados».⁸³⁶ Esta observación motiva al órgano de supervisión a recomendar al Estado que [...] aborde de manera prioritaria las causas subyacentes de la corrupción y adopte todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la transparencia de la administración pública, tanto en la ley como en la práctica, combata la corrupción y luche de manera eficaz contra la impunidad en esta esfera [...].⁸³⁷

En esta ocasión, como he señalado, el resultado es analizado por el Comité desde un enfoque de resultados para determinar que las medidas implementadas no dan cuenta de una mejoría en el tema abordado. Si se presta atención al comentario del Comité, podría interpretarse que se señala que el Estado no desarrolla las medidas necesarias para asegurar la ausencia de actos de corrupción en todas las esferas, particularmente en el sector de la administración pública y la recaudación de impuestos transparente. También se observa que no se toma como parámetro la justicia social de los impuesto generales aplicados a la ciudadanía, debido a que el impuesto al valor agregado se aplica con carácter general a toda la población sin distinguir los productos de la canasta básica de consumo ni la situación de pobreza y pobreza extrema en la que se encuentra una amplia población del país.

Si bien el Comité sólo refiere a la ineficacia de los resultados de las medidas adoptadas, también puede observarse que, en la aplicación de las medidas impositivas, el Estado podría estar violando la prohibición de discriminación, en tanto no realiza una diferenciación de escalas impositivas a la población.

⁸³⁶ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 11.

⁸³⁷ *Ibidem*, párr. 11.

3.2.3. Adopción de medidas legales y judiciales

La adopción de medidas legales constituye una obligación inmediata y decisiva para la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este factor es considerado por el Comité en el análisis de los informes de los estados supervisados. En relación a las medidas legales establecidas por el Estado paraguayo se comprueba que el mismo acoge derechos de índole social en su normativa jurídico política, así como la correspondiente incorporación del PIDESC, por tanto en lo que hace a ello se conforma a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Sin embargo, la implementación es motivo de grandes obstáculos para la exigibilidad de los derechos sociales. A ello debe sumarse de manera especial que el Estado, hasta la fecha, no ratifica el Protocolo Facultativo del PIDESC, con lo cual la exigibilidad judicial se ve mayormente comprometida.

Las medidas judiciales implementadas tienen un rol muy importante para la garantía de los derechos sociales. El comité DESC trata de manera detallada este tema en sus observaciones generales y finales.

Por ejemplo, se refiere de manera especial a la aplicabilidad directa del pacto en el ordenamiento jurídico. Es la posición del Comité que «en la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo [...]».⁸³⁸

En el segundo periodo de supervisión al Estado paraguayo, 2007, el Comité recomienda «asegurarse que el poder judicial en sus decisiones tome en cuenta las disposiciones del pacto».⁸³⁹ También recomienda que difunda ampliamente sus observaciones finales y, de manera particular, a funcionarios del poder judicial.⁸⁴⁰ Si bien el Comité no remite su recomendación a la Observación General N.º 9, la misma sigue la línea de ésta. Cabe señalar que la aplicación interna del pacto en el Estado paraguayo puede realizarse por los jueces y

⁸³⁸ Comité DESC, Observación General N.º 9, Aplicación interna del Pacto 1998, E/C.12/1998/24, párr. 11.

⁸³⁹ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007 (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 28, inc. d.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, párr. 37.

tribunales dado que la Constitución paraguaya establece que éstos integran el sistema normativo nacional con rango superior a las leyes dictadas por el poder legislativo. Por tanto, la aplicación del pacto puede darse de manera directa, además de los mecanismos de protección que el sistema judicial prevé que deben activarse de forma inmediata.

Si se presta atención a la Observación General N.º 9, el Comité interpreta que «las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales».⁸⁴¹ Esta interpretación del pacto por el Comité se vincula al control de convencionalidad. En 2015 el Estado paraguayo refiere que aplica las disposiciones del pacto, sin embargo, no detalla los casos concretos en que el sistema judicial resuelve en casos aplicando las disposiciones del PIDESC. Esto motiva que el Comité resalte su preocupación y recomiende que «incluya en su siguiente informe periódico información concreta sobre la justiciabilidad de los derechos consagrados en el pacto, incluidos los casos de aplicación directa del pacto en los tribunales nacionales»⁸⁴² y resalta la importancia de ello al señalar al Estado la Observación General N.º 9 (1998) sobre la aplicación interna del pacto.

También es importante mencionar que, a criterio del Comité, se debe evitar cualquier suposición *a priori* de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata.⁸⁴³

Se debe considerar que el ámbito jurisdiccional no ejerce de garante ante reclamos, dado que el control de convencionalidad, si bien se ha difundido y formado a jueces y tribunales, no se aplica en la práctica de manera generalizada, y no existe una conciencia a escala judicial de la relevancia de su implementación, como ya ha sido mencionado en el capítulo referente a las garantías judiciales implementadas en el país examinado. A ello se suma la falta de adopción del Estado parte del Protocolo Facultativo del PIDESC, el cual podría ser una

⁸⁴¹ Comité DESC, Observación General N.º 9, Aplicación interna del Pacto 1998,E/C.12/1998/24, párr. 4.

⁸⁴² Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 7.

⁸⁴³ Comité DESC, Observación General N.º 9, Aplicación interna del Pacto 1998,E/C.12/1998/24, párr. 11.

instancia alternativa para el reclamo de los DESC ante hechos que los incumplan. Varias instancias recomiendan su aprobación, entre ellas, la relatora especial sobre extrema pobreza y derechos humanos, así como la relatora espacial sobre la alimentación adecuada. También el comité CEDAW se ha pronunciado solicitando que el Estado ratifique el protocolo facultativo como una manera de potenciar la exigibilidad de los derechos sociales.

3.2.3.1. Independencia del órgano jurisdiccional

La ausencia de independencia del Poder Judicial del país supone un obstáculo importante al tiempo de que los jueces y tribunales puedan decidir sin condicionamientos el establecimiento efectivo de medidas judiciales de manera directa, como control de convencionalidad, para la realización o reparación de los derechos económicos y sociales.

La independencia del poder judicial en el Estado paraguayo a partir del 2003 posee una frágil posición debido a que, por intereses políticos del entonces gobierno, se obtiene la conformidad del poder legislativo para destituir a algunos integrantes de este órgano por vía del juicio político mediante acusación por mal desempeño de sus funciones. A partir de entonces, los nombramientos para este poder se encuentran determinados por acuerdos de cuotas políticas entre los integrantes de la Corte Suprema de Justicia. Ante estos hechos, en 2005, se pronuncia el Comité de Derechos Humanos y señala que «lamenta la falta de criterios objetivos en relación al nombramiento y destitución de jueces, incluidos los de la Corte Suprema, lo que puede menoscabar la independencia judicial»,⁸⁴⁴ y en ese sentido recomienda la adopción de medidas efectivas para asegurar la independencia judicial.

Otro motivo de ausencia de transparencia que ha sido señalado en 2015 por el Comité y que constituye un factor determinante en la realización efectiva de los derechos económicos y sociales es la referida a la falta de independencia de los funcionarios del órgano judicial. En este sentido, el Comité ha expresado una particular recomendación que hace referencia a la

⁸⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 85º periodo de sesiones, 2005 (19 y 20 de octubre de 2005), CCPR/C/PRY/CO/2, párr. 17.

necesidad de garantizar la independencia del poder judicial como medio de salvaguardar el goce de los derechos humanos y, en particular, de los DESC⁸⁴⁵.

4. No discriminación en la aplicación del pacto

La discriminación en el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales es un importante obstáculo para el desarrollo en condiciones igualitarias de las personas del Estado paraguayo. A lo largo de los periodos supervisados por el comité DESC se identifica la persistente discriminación hacia determinados sujetos: 1. los pueblos indígenas; 2. la población rural (campesinos); 3 mujeres y niñas indígenas y rurales; 4 personas gais, lesbianas, bisexuales y transgénero (orientación sexual e identidad de género); y 5 personas con discapacidad.

El comité DESC ha establecido que la pertenencia a grupos, así como el nacimiento y el origen nacional y social son motivos de prohibición expresas numeradas en la Observación General N.º 20, ésta no ha sido señalada al Estado en las reiteradas recomendaciones referidas al problema. En diversas recomendaciones, el Comité ha señalado de manera general que se deben tomar medidas enérgicas para eliminar todas las formas de discriminación, prestando especial atención a la resolución de conflictos por propiedad de tierras originarias en el caso de los indígenas y de las ocupaciones en caso de los campesinos.⁸⁴⁶ El acceso y disfrute de derechos sociales de la población indígena y las personas de zonas rurales se encuentran condicionados por la sistémica discriminación en diversos aspectos como la normativa, la ausencia e ineficacia de las políticas dirigidas a estos sectores, así como prácticas y actitudes culturales que predominan en sectores públicos y privados a causa del estigma social que sitúa en desventaja constante a estos grupos. En el marco del primer examen periódico, del año 1996, recomienda al Estado que «tome medidas enérgicas para eliminar las formas de

⁸⁴⁵ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones, 2015 (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 12.

⁸⁴⁶ El Comité insta al Estado Parte a que tome medidas enérgicas para eliminar las formas de discriminación de que son víctimas las poblaciones autóctonas en el disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales. Es esencial que se preste especial atención a los problemas de la tierra que afectan a estas poblaciones y que se manifieste una verdadera voluntad política de solucionar estos problemas en la perspectiva de los derechos humanos. El Comité recomienda asimismo que se realice un estudio exhaustivo bajo los auspicios del Gobierno de la situación socioeconómica de las mujeres indígenas. Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/c.12/1/Add. 1, párr. 21.

discriminación de la que son víctimas las poblaciones autóctonas en el disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales»⁸⁴⁷. En relación con las mujeres y niñas indígenas y rurales, el Comité recomienda «que se realice un estudio exhaustivo bajo los auspicios del gobierno de la situación socioeconómica de las mujeres indígenas».⁸⁴⁸ En el siguiente periodo de examinación al Estado paraguayo, de 2007, el Comité estableció que en el caso de las mujeres y niñas indígenas y campesinas es patente la discriminación múltiple.⁸⁴⁹

Además de los grupos mencionados, se identifica la discriminación de otros grupos por motivos de orientación sexual e identidad de género, entre los que se encuentran las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgénero. Estos grupos se encuentran en particular desventaja, dado que existe una arraigada cultura que los estigmatiza. Sin embargo, la discriminación también alcanza a las personas afrodescendientes y a las personas con discapacidad. La relatora especial sobre extrema pobreza ha solicitado en ese sentido en el 2011, que se [apruebe] una ley contra todas las formas de discriminación, que cumpla con todos los estándares internacionales [...]. Así como también ha indicado la necesidad de «tipificar en la legislación penal todo acto de discriminación»⁸⁵⁰, y en este mismo sentido se ha expresado el Comité de Derechos Humanos en 2013 y ha enfatizado la necesidad de «dar prioridad a la implementación de programas para erradicar los estereotipos y la discriminación, así como garantizar la tolerancia y el respeto de la diversidad»⁸⁵¹.

En el último periodo de examinación al Estado paraguayo, de 2015, el Comité señala otros grupos que también padecen discriminaciones, entre los que se encuentran las personas gays, lesbianas, bisexuales y trasgénero, así como afrodescendientes, personas con discapacidad.

⁸⁴⁷ *Ibidem*, párr. 21.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, párr. 21.

⁸⁴⁹ Al Comité le preocupa la discriminación múltiple de la que son objeto las mujeres en las zonas rurales, quienes en un alto porcentaje son jefas de familia y se enfrentan cotidianamente a la pobreza o a la extrema pobreza. Esta situación las conduce en algunos casos a emigrar o a ser víctimas de explotación sexual. Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 14.

⁸⁵⁰ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 al 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add.2, párr. 133.

⁸⁵¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones 2013, (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 9.

En atención al rechazo por el poder legislativo en 2014 del proyecto de ley contra forma de discriminaciones presentada desde 2007, el Comité especifica una serie de obligaciones que el Estado debe trabajar desde un enfoque amplio de derechos: 1. En primer lugar recomienda la adopción de una legislación contra forma de discriminación, que garantice una protección suficiente contra la discriminación y que se adecue y conforme a los estándares establecidos por el art. 2.2 del Pacto; 2. En segundo lugar detalla que el Estado incluya explícitamente en su legislación general contra la discriminación todos los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el artículo 2, párrafo 2, del Pacto; 3. También refiere que la legislación debe definir la discriminación directa e indirecta de acuerdo a las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud del Pacto; 4. Además, recomienda que prohíba la discriminación tanto en el ámbito público como en el privado; 5. Recomienda igualmente que se determinen mecanismos judiciales y administrativos efectivos para la protección contra la discriminación, incluso mediante la incorporación de disposiciones que permitan obtener reparación en casos de discriminación; [y que] adopte las medidas necesarias para prevenir y combatir la persistente discriminación contra todas las personas o grupos desfavorecidos o marginados, inclusive mediante campañas de sensibilización, a fin de garantizarles pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto, en particular el acceso al empleo, a la seguridad social, a la atención de salud y a la educación.

Cabe señalar que en 2008 el Estado paraguayo ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo y, en el marco de ello, se emprenden acciones determinadas, como la creación de una institución independiente abocada a las políticas para el desarrollo de ese sector. También, en 2011, fue aprobado un plan de inclusión dentro de la función pública, sin embargo, el mismo no se posee datos sobre el nivel de implementación. Se identifica igualmente la ausencia de mecanismos de reparaciones. Si bien en el caso de las personas con discapacidad se han establecido incentivos y campañas para empresas privadas por ley, el control de cumplimiento de éstas es aún muy débil.

5. Igualdad entre mujeres y hombres en la adopción de medidas legales, políticas y judiciales.

La igualdad entre mujeres y hombres en la realización de los derechos enunciados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina el igual alcance del desarrollo autónomo. Las grandes diferencias en el acceso y disfrute de los derechos sociales entre hombres y mujeres es un tema que, desde los inicios de la labor del Comité, es tratado en las observaciones finales a los países y también en la interpretación que realiza el Comité sobre el artículo 3 del pacto. El Comité destaca, entre otras cuestiones, que la igualdad formal no es suficiente para mitigar las brechas de desigualdades entre hombres y mujeres y que, por tanto, es trascendental que se promuevan acciones concretas para impulsar la igualdad sustantiva, es decir de hecho.

Si bien el Comité cuenta con una Observación General en materia de igualdad en la aplicación del pacto entre mujeres y hombres, el propio Comité destaca la posición del mismo en materia de obligaciones estatales cuando refiere a estas interpretaciones y a sus observaciones finales a los Estados parte del pacto.

En la Observación General N.º 16 destaca que la interpretación del artículo 3 realizada por el comité DESC sugiere que «[...] impone a los Estados parte obligaciones a tres niveles: respetar, proteger y cumplir. La obligación de cumplir incluye a su vez obligaciones consistentes en proporcionar, promover y facilitar y que en el sentido de la igualdad entre mujeres y hombres la obligación de cumplir debe interpretarse relacionada con la promoción de la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres».⁸⁵² El artículo 3 establece un nivel no derogable de cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte especificadas en los artículos 6 a 15 del Pacto.⁸⁵³

En el primer periodo de supervisión al Estado paraguayo de 1996, el Comité recomienda que el gobierno adopte una política de acción afirmativa destinada a mejorar la situación social

⁸⁵² De acuerdo con las Observaciones generales Nos. 12 y 13 del PDESC, la obligación de cumplir lleva en sí el deber de facilitar y el de proporcionar. En la presente Observación General, la obligación de cumplir incluye también el deber de promover la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁸⁵³ Comité DESC, Observación general N.º 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales 2005, E/C.12/2005/4, párr. 17.

de la mujer⁸⁵⁴. Esta recomendación condice con la posición del comité DESC que, en su Observación General de 2005, destaca que «los principios de igualdad y no discriminación por sí solos no siempre garantizan una auténtica igualdad. La necesidad de situar a personas, o grupos de personas, desfavorecidos o marginados al mismo nivel sustantivo que los demás puede exigir, en ocasiones, medidas especiales provisionales que miran, no sólo a la realización de la igualdad formal o *de jure*, sino también a la igualdad *de facto* o sustantiva entre hombres y mujeres [...]».⁸⁵⁵

Las observaciones del Comité en este ámbito se focalizan en tres aspectos: 1. La adopción de medidas legislativas; 2. La adopción de programas y políticas especiales, y 3. Medidas judiciales. El Comité, además, identifica que algunos grupos de mujeres y niñas, como las indígenas y las mujeres y niñas rurales y campesinas padecen situaciones de especial desigualdad en el acceso y disfrute de los derechos sociales a condición de la marcada discriminación que padecen por motivos asociados a su género femenino y a otras condiciones como el origen étnico o rural y determina en 2007 que en el caso de las mujeres y niñas indígenas y campesinas es patente la discriminación múltiple.⁸⁵⁶

En relación a las medidas legislativas relativas al género, el Comité señala la existencia de normas discriminatorias entre hombres y mujeres, por lo que recomienda «eliminar las disposiciones discriminatorias que todavía subsisten en la legislación civil, penal, mercantil y laboral, así como en el derecho de familia».⁸⁵⁷ Es preciso señalar que la obligación de proteger de los Estados ha sido interpretada por el Comité DESC en el sentido de que la misma se compone entre otras cosas de «[...]el respeto y la aprobación de disposiciones constitucionales y legislativas sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer a disfrutar de todos los derechos humanos y la prohibición de toda clase de discriminación, la

⁸⁵⁴ Para mayores detalles consultar Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/c.12/1/Add.1, párr. 24.

⁸⁵⁵ Comité DESC, Observación General Nº 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales 2005, E/C.12/2005/4, párr. 15.

⁸⁵⁶ Al Comité le preocupa la discriminación múltiple de la que son objeto las mujeres en las zonas rurales, quienes, en un alto porcentaje, son jefas de familia y se enfrentan cotidianamente a la pobreza y a la extrema pobreza. Esta situación las conduce en algunos casos a emigrar o a ser víctimas de explotación sexual. Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 14.

⁸⁵⁷ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/c.12/1/Add. 1, párr. 22.

aprobación de instrumentos legislativos que eliminen la discriminación e impidan a terceros perturbar directa o indirectamente el disfrute de este derecho, la adopción de medidas administrativas y programas, así como el establecimiento de instituciones públicas, organismos y programas para proteger a la mujer contra la discriminación».⁸⁵⁸

En 2007 el Comité expresó que «observa con preocupación la discriminación que padecen las mujeres en el Paraguay, que se ve perpetuada por los prejuicios y condiciones sociales tradicionales, a pesar de los instrumentos jurídicos y programas adoptados por el Estado parte».⁸⁵⁹ Por su parte, el Comité de Derechos Humanos señala que el Estado debe adoptar medidas «[...] para aumentar la participación de la mujer en todas las áreas de la vida pública y privada».⁸⁶⁰

En el último periodo examinado, el Comité enfatiza la necesidad de tomar medidas para lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, dado que considera el problema persistente como una discriminación sistémica, y reitera sus recomendaciones del periodo anterior, al tiempo que establece que, a la luz de la Observación General N.º 16, el Estado debe adoptar «las medidas necesarias de tipo legislativo y de otra índole para eliminar la persistente desigualdad entre hombres y mujeres y promueva el pleno acceso a la educación, el empleo, los servicios de salud, la seguridad social y la tierra; adopte medidas para eliminar la discriminación múltiple e intersectorial que sufren las mujeres que viven en zonas rurales y las mujeres indígenas, incluso mediante la incorporación del principio de igualdad de género en la asignación de recursos y en las políticas de lucha contra la pobreza».⁸⁶¹

Por su parte el Comité CEDAW recomienda en 2017 que el Estado adopte medidas adicionales para fomentar la utilización de medidas especiales de carácter temporal y su aplicación más amplia, de conformidad con el artículo 4 1) de la Convención y la recomendación general núm. 25 del Comité (2004) sobre las medidas especiales de carácter

⁸⁵⁸ Comité DESC, Observación General N.º 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales 2005, E/C.12/2005/4, párr. 19.

⁸⁵⁹ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 13.

⁸⁶⁰ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 85º periodo de sesiones 2005, (19 y 20 de octubre de 2005), CCPR/C/PRY/CO/2, párr. 8.

⁸⁶¹ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 14.

temporal, como parte de una estrategia necesaria para acelerar la consecución de la igualdad sustantiva de la mujer, en particular para los grupos de mujeres que afrontan formas interrelacionadas de discriminación, como las mujeres indígenas, las mujeres afrodescendientes y las mujeres de las zonas rurales, en todas las esferas de la vida en las que están insuficientemente representadas o se encuentran desfavorecidas, como en los sectores de la salud, la educación y el empleo.⁸⁶²

Las observaciones del comité DESC han avanzado en materia de igualdad de disfrute de derechos económicos y sociales de las mujeres y niñas. Si se presta atención al sentido de las recomendaciones emitidas, se aprecia que éstas conciben con las medidas establecidas por el comité especializado en el tema, CEDAW, en el caso de las recomendaciones sobre la implementación de medidas especiales de carácter temporal, el comité DESC insiste desde 2007 en diferentes derechos económicos vinculados al artículo 3 y 2.2 del PIDESC.

5.1. Violencia contra las mujeres y niñas

El comité DESC trata de forma particular la violencia contra las mujeres como un obstáculo en el disfrute de los derechos sociales. De acuerdo a la Observación General N.º 15 este órgano de supervisión del PIDESC interpreta que «los Estados parte deben tomar disposiciones apropiadas para eliminar la violencia contra hombres y mujeres y actuarán con la diligencia debida para prevenir, investigar, mediar, castigar y obtener reparación por los actos de violencia cometidos contra ellos por actores privados».⁸⁶³ En esta misma línea el Comité de Derechos Humanos manifiesta «[...] que las instituciones creadas con tal propósito reciban financiamiento adecuado para su correcto funcionamiento».⁸⁶⁴

⁸⁶² Comité CEDAW, Observaciones Finales Paraguay, 68º periodo de sesiones, (23 de octubre a 17 de noviembre de 2017), CEDAW/C/PRY/CO/7, párr. 17.

⁸⁶³ Comité DESC, Observación General N.º 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales 2005, E/C.12/2005/4, párr. 27.

⁸⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones, (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 3.

De acuerdo con esta Observación General y a la identificación del profundo problema de violencia contra mujeres y niñas en el Estado paraguayo, en el marco del primer periodo de examinación el Comité hace especial hincapié en que se «adopten las medidas legales adecuadas en relación con los delitos violentos contra las mujeres y los niños dentro y fuera de la familia».⁸⁶⁵

En el siguiente periodo de supervisión, de 2007, el Comité manifiesta su preocupación ante la persistencia de los casos de violencia doméstica y al analizar las medidas legislativas adoptadas contra la violencia de género dicho Comité ha notado que las mismas contenían medidas de acción y reparación insatisfactorias como la habitualidad de la conducta violenta para poder realizar la denuncia, así como la penalidad asignada de multas, que considera insuficiente para la debida protección de las víctimas de violencia y así no condicen con la efectividad para evitar las conductas violentas contra mujeres y niñas. Por tanto, recomienda modificar la legislación penal en materia de violencia doméstica, aumentando la pena para esta conducta delictiva.⁸⁶⁶

En este mismo periodo examinado, el Comité profundiza la situación de las múltiples discriminaciones y violencia que padecían las mujeres y niñas rurales e indígenas, y recomienda al Estado tomar medidas para proporcionar protección y asistencia a las víctimas.⁸⁶⁷

En esta misma línea, y de manera particular, el comité CEDAW ha insistido en 2017 en que el Estado «[...] facilite las denuncias de violencia contra la mujer, en particular mejorando el acceso a los medios para denunciar la violencia y aumentando el número de refugios para las víctimas, ofreciéndoles protección, asistencia jurídica y médica, rehabilitación psicosocial y programas de reintegración, especialmente en las zonas rurales [y que] vele por que las

⁸⁶⁵ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 23.

⁸⁶⁶ El comité ha citado entre los motivos de preocupación «La persistencia de la violencia doméstica. Aunque el Comité observa que en el periodo comprendido por los informes periódicos, el Estado parte adoptó una ley contra la violencia doméstica, le preocupa que la sanción para esta conducta delictiva sea únicamente una multa y que el elemento de «habitualidad», requerido por el tipo penal, provoque que actos de esta naturaleza queden impunes. Comité DESC, párr. 12, inc. d. Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007 (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 23, inc. d.

⁸⁶⁷ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007 (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 25.

niñas y las mujeres estén protegidas contra la violencia de género, especialmente en el ámbito doméstico, ofrezca capacitación sobre el protocolo regional para la investigación con perspectiva de género de los delitos de violencia contra las mujeres cometidos en el ámbito intrafamiliar, vigile su ejecución y tenga en cuenta los resultados de la encuesta sobre la violencia doméstica por razón de género con el fin de elaborar medidas específicas para sensibilizar a la población sobre la gravedad de la violencia doméstica y alentar a las mujeres a denunciar la violencia doméstica[...].⁸⁶⁸

6. Pobreza, situación de la pobreza y condiciones de vida

El comité DESC expresa que el tema común subyacente de la experiencia de los pobres es el de la impotencia,⁸⁶⁹ y en este sentido señala que los derechos humanos pueden potenciar a las personas y a las comunidades.⁸⁷⁰

El derecho a vivir una vida libre de pobreza es examinado en el contexto del Estado paraguay. En este apartado se aborda la pobreza y la pobreza extrema y vinculado a ello el derecho a un nivel de vida adecuado cuyo contenido se encuentra además vinculado al derecho a la alimentación, vivienda, vestido y una mejora continua de las condiciones de existencia⁸⁷¹. Igualmente se examinan las recomendaciones emitidas respecto a la protección de la familia e igualmente a la seguridad social como un derecho que coadyuva a la mejora de condiciones de existencia.

El Comité destaca en las sucesivas observaciones que la situación de pobreza condiciona principalmente la calidad de vida de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Como se menciona en los apartados anteriores esto afecta de manera especial a los pueblos indígenas y a las comunidades rurales, así como las mujeres y niñas. Además,

⁸⁶⁸ Comité CEDAW, Observaciones Finales Paraguay, 68° periodo de sesiones, (23 de octubre a 17 de noviembre de 2017), CEDAW/C/PRY/CO/7, párr. 20, inc. b y c.

⁸⁶⁹ Véase por ejemplo, Deepa Narayan, *Voices of the Poor, Can Anyone Hear Us?*, publicado por Oxford University Press para el Banco Mundial, 2000.

⁸⁷⁰ Comité DESC, Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales, 25° período de sesiones, (23 de abril a 11 de mayo de 2001, Ginebra), E/C.12/2001/10, párr. 6.

⁸⁷¹ PIDESC, Artículo 11.

otros grupos afectados que se tratan en este apartado son las familias, niños y niñas, y las personas privadas de libertad.

La extendida situación de pobreza ha sido señalada por el Comité DESC en el primer periodo en que examina al Estado paraguayo en 1996. La distribución de la riqueza como medio de combate es puesta de relieve cuando el órgano de supervisión recomienda reforzar las acciones adoptadas en materia de medidas de desarrollo, reforma agraria y reforma fiscal como elementos claves en la lucha por la justicia distributiva de la riqueza.⁸⁷²

En 2007, año del siguiente periodo de supervisión, el Comité expresa que «pese al crecimiento económico del Estado parte en los años recientes, el número de personas que viven en la extrema pobreza ha ido en aumento».⁸⁷³ También llama la atención sobre la lentitud en la realización de la reforma agraria [...] y la concentración de la propiedad de las tierras en un porcentaje muy reducido de la población.⁸⁷⁴ En esta ocasión el Comité subraya que se tomen medidas para hacer frente a la extrema pobreza, cabe indicar que el órgano de supervisión del PIDESC identifica que el aumento de los índices de pobreza dan cuenta de que, además, existe una situación más grave de distribución de la riqueza en el Estado. En este sentido recomienda al Estado que tome medidas efectivas para hacer frente a la lucha contra la extrema pobreza. Y dispone en consecuencia que «mejore sus estrategias de desarrollo social, incluyendo medidas de coordinación entre las diferentes instituciones, y de evaluación que permitan conocer el impacto de los planes e identificar sus deficiencias».⁸⁷⁵ También en esta ocasión reitera al Estado que se tomen medidas adicionales de índole fiscal dirigidas a una mejor distribución de la riqueza entre la población, tanto en las áreas rurales como urbanas.⁸⁷⁶

Puede apreciarse que en esta ocasión el Comité establece de manera particular la urgente necesidad de mecanismos de políticas sociales y fiscales para disminuir la brecha entre ricos y pobres señalando además que la distribución debe expandirse de las áreas urbanas a las

⁸⁷² Para mayores detalles consultar Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22º periodo de sesiones (30 de abril a 1º de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 20.

⁸⁷³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 12, inc. a.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, párr. 12, inc. b.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, párr. 23, inc. a.

⁸⁷⁶ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 23, inc. a.

rurales desde un marco de justicia impositiva justa. Además, el Comité refiere las recomendaciones a su declaración sobre la pobreza y el pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales. La importancia de que el Estado considere los postulados de esta declaración son claves para la lucha contra la pobreza y sobre todo de la extrema pobreza que identificada en este periodo de examinación. Por ejemplo en la declaración se detalla, cuestiones especialmente referidas a países en situación de desarrollo y los mecanismos que pueden utilizar para hacer frente a la pobreza. Asimismo, se destaca la obligatoriedad del contenido mínimo o umbral mínimo⁸⁷⁷ de cada uno de los derechos del pacto que deben ser implementados. En la declaración el Comité también especifica y solicita que «[...] las normas internacionales en materia de derechos humanos se integren en los planes nacionales participativos y multisectoriales de erradicación o reducción de la pobreza».⁸⁷⁸ Los programas de lucha contra la pobreza de este tipo cumplen un papel indispensable en todos los Estados, independientemente de la fase de desarrollo económico en que se encuentren.⁸⁷⁹

Por ejemplo, señala en el párrafo 14 que el Pacto potencia a los pobres al otorgarles derechos y al imponer obligaciones jurídicas a otros, como por ejemplo los Estados. [...] el enfoque del fenómeno de la pobreza fundado en los derechos humanos hace especial hincapié en las obligaciones y exige que todos los responsables, los Estados y las organizaciones internacionales inclusive, den cuenta de su conducta en relación con las normas internacionales de derechos humanos. En su Observación General N.º 9, el Comité formula un comentario sobre los mecanismos para garantizar la responsabilidad legal de los Estados parte. En lo que respecta a otros responsables, éstos deben determinar qué mecanismos de atribución de responsabilidades son más apropiados en su caso concreto. Sin embargo, sean

⁸⁷⁷ En la Declaración se menciona que [...] las obligaciones esenciales en materia de derechos económicos, sociales y culturales tienen un papel fundamental en las políticas nacionales e internacionales de desarrollo, hasta en las estrategias para combatir la pobreza. Cuando se las agrupa, esas obligaciones establecen un umbral mínimo internacional que todas las políticas de desarrollo deberían respetar. [...] Comité DESC, Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales, 25º período de sesiones, (23 de abril a 11 de mayo de 2001, Ginebra), E/C.12/2001/10, párr. 17.

⁸⁷⁸ Como los previstos por la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (1995) y la más reciente Iniciativa ampliada para la reducción de la deuda de los países pobres muy endeudados. Para un examen reciente de los programas nacionales de erradicación de la pobreza, véase Informe del PNUD sobre la Pobreza, Superar la pobreza humana, PNUD, 2000.

⁸⁷⁹ Comité DESC, Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales, 25º período de sesiones, (23 de abril a 11 de mayo de 2001, Ginebra), E/C.12/2001/10, párr. 19.

cuales fueren, esos mecanismos deben ser accesibles, transparentes y eficaces.^{880,881} La importancia de la inclusión de parámetros de derechos humanos en apreciación del Comité da la nota de continuidad y equilibrio en el avance de cada uno de los derechos del pacto, incluido el derecho al desarrollo.

En ocasión a su visita al Paraguay, en 2011, la relatora sobre la extrema pobreza y los derechos humanos destaca que en el Estado paraguayo, a pesar de ser el país con mayor crecimiento económico de la región en 2010, estos resultados no se traducen en favor de la pobreza. En este sentido detalla que la pobreza sigue siendo muy extendida y en 2010 afecta a más de la mitad de la población (54,8 %). La pobreza extrema no se ha logrado disminuir, ya que afecta al 30,7 % de la población; y además, constata que la población más pobre y excluida del país es la indígena.⁸⁸² Asimismo, ha señalado que la pobreza se concentra en las áreas rurales del país, «donde llega a triplicarla»⁸⁸³ y destaca que la inequidad de distribución de los ingresos es alarmante,⁸⁸⁴ señalando éste como uno de los principales motivos de la persistencia de altos niveles de pobreza del país⁸⁸⁵ en concordancia con la conclusión del comité DESC de 1996. Otras cuestiones que referencia, especialmente tal como identifica el

⁸⁸⁰ Las observaciones del Comité sobre las «Obligaciones de agentes distintos de los Estados Partes» figuran, en particular, en la parte III de la Observación General N.º 13 y en la parte V de la Observación General N.º 14; véanse también los párrafos 20 y 38 a 41 de la Observación General N.º 12.

⁸⁸¹ Comité DESC, Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales, 25º período de sesiones, (23 de abril a 11 de mayo de 2001, Ginebra), E/C.12/2001/10, párr. 14.

⁸⁸² Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add. 2, párr. 24.

⁸⁸³ El 41,4 % de la población paraguaya habita en zonas rurales. La pobreza extrema en zonas rurales (32,4 %) triplica la de las zonas urbanas (10,3 %). Casi la mitad de la población rural se encuentra en situación de pobreza (48,9 %) y la mayoría está en extrema pobreza. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add.2, párr. 83.

⁸⁸⁴ [...] El 40 % más pobre de la población recibe sólo el 11,3 % del ingreso nacional total, mientras que el 10 % más rico acumula el 41 % de los ingresos totales. En 2010, los más ricos obtuvieron un ingreso medio 35 veces mayor que los más pobres. Esto significa que el 10 % más pobre de la población tiene un ingreso medio mensual de menos de 25 dólares de los Estados Unidos de América, frente al 10 % más rico que tiene un ingreso medio mensual de más de 900 dólares. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add. 2, párr. 27.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, párr. 28

comité DESC de 1996, son la concentración de tierras,⁸⁸⁶ la corrupción⁸⁸⁷ y el sistema impositivo regresivo,⁸⁸⁸ así como la limitada capacidad institucional.⁸⁸⁹ La relatora llama la atención sobre al sistema impositivo, expresando que éste «no sólo atenta contra el principio de equidad, impactando desproporcionadamente en el presupuesto de los sectores más pobres de la población, sino que además, los bajos niveles de recaudación fiscal suponen un obstáculo considerable en la capacidad del Estado para garantizar programas sociales y servicios públicos, lo que impide el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de los sectores más pobres».⁸⁹⁰

Sobre la base de estos obstáculos recomienda una serie de medidas: 1. la primera refiere al aumento del gasto social, como mínimo equiparándolo a la media de la región; 2. como segundo punto, el aumento del ingreso tributario de modo que se garantice la sustentabilidad de los programas sociales a futuro; y 3. por último, recomienda que para el adecuado funcionamiento de las medidas sociales se deben fortalecer las instituciones del sector

⁸⁸⁶ Entre 1991 y 2008, el índice de Gini de tierras revela un aumento de dos puntos (de 0,87 a 0,89) para la Región Oriental y de un punto (0,93 a 0,94) para la Región Occidental. Este dato demuestra que el patrón de tenencia y propiedad de tierras ha permanecido inalterado en las dos últimas décadas, e incluso se ha agravado moderadamente. El proceso de concentración se refleja en la reducción del número de fincas y de la superficie de las unidades de agricultura familiar (menores de 50 hectáreas) así como en el incremento del número de fincas y la superficie de los medianos y grandes productores (superiores a 50 hectáreas). La más perjudicada resulta la agricultura familiar, destinada principalmente al autoconsumo y a la cobertura de las necesidades básicas de las familias campesinas. *Ibidem*, párr. 39.

⁸⁸⁷ En el año 2011, según el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional, Paraguay ocupó el puesto 156 de 183 países. La corrupción es un gran obstáculo para la reducción de la pobreza. No sólo afecta el crecimiento económico y desalienta la inversión extranjera, sino que incide de manera directa en los sectores más pobres de la población al distorsionar las políticas públicas y desviar recursos que podrían ser destinados a inversiones en infraestructura y servicios públicos, elementos esenciales de las estrategias de superación de la pobreza, al tiempo que reduce el ingreso neto de las personas que viven en la pobreza. *Ibidem*, párr. 34 y 35.

⁸⁸⁸ La recaudación fiscal viene en su gran mayoría del Impuesto al Valor Agregado (IVA) que tiene una carga desigual para los que viven en la pobreza. En efecto, el 10% más pobre de la población paga el 18% de sus ingresos en IVA mientras que para el 10% más rico de la población, el pago del IVA representa sólo el 4,6% de sus ingresos. Esto significa que el IVA representa una carga casi cuatro veces mayor para los más pobres de la población en comparación con los más acomodados. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add.2, párr. 44

⁸⁸⁹ Esta limitada capacidad se refleja en casos de comportamientos abusivos e ilegales que buscan intereses particulares o partidistas sobre el interés general de la población y que afectan con más rigor a las personas que viven en situación de pobreza. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add.2, párr. 54

⁸⁹⁰ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add.2, párr. 45

público que trabajan en la defensa y promoción de los derechos humanos, con recursos técnicos, financieros y humanos idóneos que posibiliten el cumplimiento de sus funciones. [...].⁸⁹¹

Además, detalla que para la efectividad de estas medidas se deben adoptar políticas fiscales concretas. Y en este sentido señala, en primer lugar, que es indispensable la entrada en vigor del impuesto a la renta personal; y como segundo punto fiscal recomienda asegurar que el sistema tributario sea progresivo, para lo cual debe considerar seriamente un mayor aporte a través del impuesto a la renta de las empresas, a la producción agropecuaria o un potencial impuesto a las exportaciones.⁸⁹²

En el último periodo de supervisión al Estado, de 2015, las recomendaciones del Comité DESC se centran en la pobreza y, como principal recomendación, destaca que se ponga énfasis en las acciones contra la extrema pobreza para lo cual detalla que 1. los programas sociales establecidos para tal fin sean implementados con un enfoque de derechos humanos y cuenten con los recursos suficientes para su implementación, y presentando la debida atención a las diferencias y brechas existentes en las zonas urbanas y rurales; 2. se adopten medidas efectivas de lucha contra la desigualdad, teniendo en cuenta las necesidades de los sectores sociales más desfavorecidos y marginados, particularmente de los pueblos indígenas y de las personas que habitan en las zonas rurales; y 3. que se ejecuten acciones necesarias para la efectiva implementación de la reforma agraria, la cual, de acuerdo a la Constitución del Estado parte, constituye uno de los factores fundamentales para lograr el bienestar rural, y que dicha implementación se lleve a cabo de forma transparente y participativa.⁸⁹³

⁸⁹¹ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add.2, párr. 125

⁸⁹² Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add.2, párr. 126.

⁸⁹³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 24.

6.2. Las condiciones de vida en la esfera de la protección de la familia

En 1996 el Comité recomienda que se «adopten las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para evitar y paliar las situaciones de desamparo provocadas por el abandono de las familias por los padres, haciéndolos responsables de la asistencia y sustento de sus familias».⁸⁹⁴ La naturaleza de esta recomendación atiende al artículo 10 del PIDESC que expresa que «se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su Constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges».⁸⁹⁵

El índice de niños en situación de calle y de abandono de padres de familia es especialmente considerado sobre la base del derecho al desarrollo, dado que las familias en el país se caracterizan por ser monoparentales, con un mayoritario índice de mujeres cabeza de familia y la ausencia de filiación y reconocimiento de paternidad por parte de los hombres.

Asimismo, el Comité recomienda que «en cooperación con el UNICEF y la OIT, inicie un programa para combatir la explotación de la mano de obra infantil y contra el abandono y explotación de los niños de la calle».⁸⁹⁶ Al señalar la inclusión de la cooperación internacional, el Comité la entiende en el sentido de la observación N°3. Esta observación posiciona que las obligaciones contraídas por los Estados pueden implementarse también por la asistencia y la cooperación internacionales. El Comité observa que la frase «hasta el máximo de los recursos de que disponga» tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales. Más aún, el papel esencial de esa cooperación en facilitar la plena efectividad de los derechos pertinentes se destaca además en las disposiciones específicas que figuran en

⁸⁹⁴ Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22° periodo de sesiones (30 de abril a 1° de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 26.

⁸⁹⁵ PIDESC, artículo 10.

⁸⁹⁶ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22° periodo de sesiones (30 de abril a 1° de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 27.

el artículo 11 sobre las condiciones de vida adecuadas.⁸⁹⁷ Asimismo la observación N.º 2 refiere la facultad del Comité de señalar este tipo de medidas.⁸⁹⁸

6.3 Las condiciones de vida de las personas privadas de libertad

Las condiciones de vida de las personas privadas de libertad han sido objeto de recomendaciones. Si bien éstas provienen del Comité de Derechos Humanos, atienden a la calidad de vida de las mismas y por tanto, deben ser consideradas en esta esfera, en tanto este órgano señala, sobre el estado y las condiciones de vida en centros de privación de libertad, que preocupan al Comité los altos niveles de hacinamiento y las malas condiciones imperantes en los lugares de detención, inclusive en los sitios de privación de libertad para jóvenes, denominados «centros educativos». En este sentido ha recomendado al Estado que se [...] deben mejorar las condiciones de las cárceles y los centros de detención, de conformidad con lo dispuesto en el Pacto y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. En particular, el Estado parte debe adecuar los centros de privación de libertad para jóvenes a los estándares internacionales, particularmente en términos de educación, instalaciones sanitarias, oportunidades recreacionales, acceso al agua e instalaciones de saneamiento básicas apropiadas [...].⁸⁹⁹

La incorporación de este grupo se da atendiendo a que las desigualdades estructurales y la marcada debilidad institucional para atender las condiciones de vida de las personas privadas de libertad se profundiza en el caso de quienes se encuentran en centros de privación de libertad. Llama la atención que, tomando en cuenta la abrumadora situación de pobreza y extrema pobreza el Comité, pese a la inclusión de las condiciones de vida como motivos de no discriminación en su Observación General referente a este tema, no emite

⁸⁹⁷ Comité DESC, Observación General N.º 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes 1990, E/1991/23, párr. 13.

⁸⁹⁸ El artículo 22 del Pacto establece un mecanismo para que el Consejo Económico y Social pueda señalar a la atención de los órganos competentes de las Naciones Unidas toda cuestión surgida de los informes presentados de conformidad con el Pacto «que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del Pacto». Aunque la responsabilidad primordial en la materia a que se refiere el artículo 22 recae sobre el Consejo, es del todo procedente que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desempeñe un papel activo en asesorar y asistir al Consejo en este terreno. Comité DESC, Observación General N.º 2 Medidas Internacionales de asistencia técnica, E/1990/23, párr. 1.

⁸⁹⁹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones, (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 21.

recomendaciones sobre este aspecto particular, más aun considerando que en el informe del Estado correspondiente al último periodo de examinación se ha informado al órgano respecto a la situación de las personas privadas de libertad.

7. Derecho a la seguridad social

La seguridad social es tratada por el Comité de manera diferenciada en los periodos examinados. Si bien en el marco del primer periodo examinado el Comité se pronuncia sobre el escaso margen de cobertura de la seguridad social, no emite ninguna recomendación sobre el tema «[...] el comité expresa su preocupación por el hecho de que importantes sectores de la población queden excluidos de toda protección social, ya que el sector no estructurado representa una gran proporción de la economía».⁹⁰⁰ En este sentido es fundamental especificar que, a consideración del comité DESC, la seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social.⁹⁰¹ Tampoco el Comité señala en esta ocasión la falta de universalidad de cobertura de la seguridad social, ni hace referencia a la cobertura mínima de este derecho. Sin embargo, el Comité interpreta en la Observación General sobre este tema que «todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos».⁹⁰²

En el siguiente periodo examinado, de 2007, el órgano de supervisión señala el alto porcentaje de la población excluida de toda protección social. Llama la atención sobre «el alto grado de desempleo, la magnitud de la economía informal, que alcanza al 80 % de la población económicamente activa, y que las personas que trabajan en este sector reciben salarios insuficientes y no cuentan con beneficios sociales».⁹⁰³ En este sentido es necesario expresar que constituye una obligación estatal dar cobertura a éstos en el sentido de que

⁹⁰⁰ Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22º periodo de sesiones (30 de abril a 1º de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 14.

⁹⁰¹ Comité DESC, Observación General N.º 19, El derecho a la seguridad social 2007, E/C.12/GC/19, párr.3.

⁹⁰² *Ibidem*, párr.23.

⁹⁰³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º periodo de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 12, inc. g.

dispone la observación que destaca que «los Estados parte deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para que los sistemas de seguridad social incluyan a las personas que trabajan en la economía no estructurada».⁹⁰⁴

Respecto a la cobertura mínima del derecho a la seguridad social, el Comité dispone en su Observación General que los Estados deben «asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial,⁹⁰⁵ alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación. Si un Estado parte no puede proporcionar ese nivel mínimo para todos los riesgos e imprevistos hasta el máximo de los recursos de que dispone, el Comité recomienda que el Estado parte, tras celebrar amplias consultas, seleccione un grupo básico de riesgos e imprevistos sociales».⁹⁰⁶ En esta línea en el último periodo examinado, de 2015, el Comité pide al Estado que se remita y tenga en cuenta su Observación General N.º 19 sobre el derecho a la seguridad social y la Recomendación N.º 202 (2012) de la OIT sobre los pisos de protección social. Y recomienda de forma detallada: 1. que se realicen esfuerzos por elaborar un sistema de seguridad social que garantice una amplia cobertura social que asegure las prestaciones adecuadas a todos los trabajadores y a todas las personas y familias desfavorecidas para que estas puedan tener condiciones de vida dignas; y 2. redoblar sus esfuerzos en la determinación de pisos de protección social mínimos que incluyan garantías básicas de seguridad social.⁹⁰⁷

Si se observan con atención las recomendaciones del Comité en los sucesivos periodos examinados, puede apreciarse que sus recomendaciones en el último periodo sobre la seguridad social son mucho más detalladas y se centran en los dos principales problemas de la cobertura social en el Estado paraguayo. Al fijar su atención en la cobertura mínima que

⁹⁰⁴ Comité DESC, Observación General N.º 19, El derecho a la seguridad social 2007, E/C.12/GC/19, párr.34.

⁹⁰⁵ Leído juntamente con la Observación General N.º 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (párrafos 43 y 44 del artículo 12), este derecho incluiría el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, el suministro de medicamentos indispensables, el acceso a la atención de salud reproductiva materna (prenatal y posnatal) e infantil, y la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que afectan a la comunidad.

⁹⁰⁶ Comité DESC, Observación General N.º 19, El derecho a la seguridad social 2007, E/C.12/GC/19, párr. 59.

⁹⁰⁷ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 22.

debe guardar el derecho y principalmente en la cobertura universal, si bien el Comité no recomienda medidas legales sobre el tema, al recomendar «el diseño de un sistema que garantice la amplia cobertura» y que éste debe focalizarse la atención, además de en los trabajadores, en la de los «grupos en condiciones desfavorables» ello supone un importante cambio de sentido de las recomendaciones a los Estados que, como el paraguayo, no contemplan en sus sistemas de protección social a quienes no realicen aportes. Esta recomendación es de suma relevancia para el contexto del país, debido a que un muy escaso margen de la población posee cobertura social y donde el índice de trabajo del sector informal es ampliamente mayoritario.

8. Derecho a una alimentación adecuada

El derecho a la alimentación se encuentra estrechamente vinculado al derecho a condiciones de vida adecuadas enunciado en el artículo 11 del PIDESC. En la Observación General pertinente a este derecho el Comité afirma que «el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la carta internacional de derechos humanos. Es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en el plano nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos».⁹⁰⁸

En el primer periodo de supervisión del Estado paraguayo, el comité DESC señala la existencia de malnutrición en ciertos grupos de la población, como indígenas y campesinos, y especifica que «la principal razón del hambre y la malnutrición de la población indígena y de la privación de sus derechos está relacionada con el grave problema del acceso a las tierras tradicionales y ancestrales».⁹⁰⁹

⁹⁰⁸ Comité DESC, Observación General N.º 12, El derecho a una alimentación adecuada 1999, E/C.12/1999/5, párr. 4.

⁹⁰⁹ Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22º periodo de sesiones (30 de abril a 1º de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 9.

En ocasión del segundo periodo examinado al país, el Comité expresa su preocupación por dos cuestiones centrales que hacen al desarrollo debido del derecho a la alimentación adecuada: 1. el primero refiere al alto grado de desnutrición que afecta especialmente a las poblaciones rurales y a los pueblos indígenas, y que ha ido en aumento;⁹¹⁰ y 2. en segundo lugar señala que la expansión del cultivo de soja trae aparejado el uso indiscriminado de agrotóxicos, provocando muertes y enfermedades de niños y adultos, contaminación del agua, desaparición de ecosistemas y afectación a los recursos tradicionales alimenticios de las comunidades.⁹¹¹

En este sentido señala en sus sucesivas recomendaciones que el Estado debe tomar medidas eficaces y urgentes para combatir el hambre y la desnutrición. Igualmente refiere que se deberían revisar las políticas públicas agrícolas de modo que se impulse el fomento de la agricultura familiar campesina y la seguridad alimentaria. Así como que se debe utilizar el máximo de recursos disponibles para el apoyo financiero y técnico destinado a los productores de pequeña y mediana escala.⁹¹²

En el cuarto periodo de supervisión al Estado paraguayo del año 2015, el Comité señala que el alto índice de subnutrición existente en la población del Estado es alarmante, y hace hincapié en que el Estado debe emprender acciones más eficaces para proteger el derecho a una alimentación adecuada. En particular pide que se intensifiquen las iniciativas para hacer frente de manera efectiva a la situación de inseguridad alimentaria y malnutrición infantil en las zonas rurales. El Comité recomienda al Estado parte acelerar sus esfuerzos para adoptar el proyecto de ley de seguridad alimentaria y nutricional.⁹¹³ Señala también que el aumento del cultivo de soja es desmedido y, en relación con ello, urge al Estado que tome las medidas necesarias para controlar el cultivo de soja a fin de que éste no traiga aparejado un detrimento en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente, el derecho a un nivel de vida adecuado, a la alimentación y al agua y a la salud. Además, recomienda

⁹¹⁰ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39° período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 20.

⁹¹¹ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39° período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 17.

⁹¹² *Ibidem*, párr. 31.

⁹¹³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54° periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 26.

que se establezca un marco legal efectivo de protección al medio ambiente, particularmente contra el uso indiscriminado de agrotóxicos, y prevea sanciones apropiadas para los responsables, y una indemnización adecuada a las personas afectadas.⁹¹⁴

En 2017 la Relatora especial sobre el derecho a una alimentación adecuada, en el marco de su visita al país, identifica como temas centrales que obstaculizan el derecho a la alimentación adecuada: 1. el alto nivel de subnutrición existentes; 2. importantes segmentos de la sociedad excluidos del desarrollo económico del país; 3. las elevadas cifras de población (llega a 687.000 personas aproximadamente) en situación de extrema pobreza, cuyo ingreso mensual per cápita no logra cubrir el costo de la canasta mínima de consumo alimentario ; 4. la mayor exclusión en el área rural, donde las tasas de pobreza extrema son tres veces más altas que en el área urbana;⁹¹⁵ y 5. el acceso a una alimentación adecuada y nutritiva sigue siendo un desafío en el Paraguay para alrededor del 10 % de la población, que sigue subalimentada.

De acuerdo con el recientemente publicado índice global de seguridad alimentaria, el Paraguay ocupa el puesto 67 de 112 países, penúltimo en Sudamérica. Alrededor del 10 % de los niños menores de 5 años actualmente sufre de talla baja, y entre los niños de los pueblos indígenas la tasa de desnutrición crónica llega al 41,7 %. Muchos de los efectos de la desnutrición son irreversibles. La falta de acceso a una alimentación adecuada y nutritiva tendrá un impacto negativo en las futuras generaciones del Paraguay, lo que debe ser abordado como cuestión urgente.⁹¹⁶ En vista al análisis del crecimiento de la economía de mercado libre, ello no se traduce en beneficios para el avance en este derecho, por tanto, las recomendaciones más relevantes a este respecto son:

1. elaborar y adoptar una ley marco nacional de derecho a la alimentación basada en derechos humanos y con puntos de referencia y planes de ejecución eficaces para cada región. El marco presupuestario debería incluir también las medidas presupuestarias y fiscales necesarias, sostenibilidad a largo plazo, autoridades y organismos responsables de la aplicación y la adecuada supervisión y rendición de

⁹¹⁴ *Ibidem*, párr. 25.

⁹¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la relatora especial sobre el derecho a la alimentación Hilal Elver 2016, A/HRC/34/48/Add. 2, párr. 7.

⁹¹⁶ *Ibidem*, párr.9.

cuentas de los mecanismos establecidos y la participación plena y activa de todos los actores interesados, incluidos los más vulnerables al hambre;⁹¹⁷ 2. proteger y promover la agricultura familiar como modelo productivo. El apoyo y los ingresos de los productores de alimentos a pequeña escala, en particular las mujeres, los pueblos indígenas y jóvenes, deberían ser aumentados, asegurando el acceso equitativo a la tierra y otros recursos productivos;⁹¹⁸ y 3. implementar y monitorear cuidadosamente los reglamentos ambientales que protegen la salud humana, la degradación del suelo y la contaminación del agua que pueden ocurrir como resultado de la agricultura intensiva, así como la ganadería a gran escala [...].⁹¹⁹

9. Derecho a una vivienda digna, protección frente a desalojos forzosos, saneamiento y agua

En sus observaciones generales, el Comité ha establecido que «[...] el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto». Así pues, «la dignidad inherente a la persona humana», de la que se dice que se derivan los derechos del pacto, exige que el término «vivienda» se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.⁹²⁰ En este sentido el derecho a la vivienda presenta las siguientes condiciones: 1. Vivienda digna; 2. La protección frente a desalojos forzosos; y 3. saneamiento y agua. De acuerdo a ello estos aspectos son analizados en este apartado de forma específica.

⁹¹⁷ *Ibidem*, párr.106, inc. b.

⁹¹⁸ *Ibidem*, párr.106, inc. f.

⁹¹⁹ *Ibidem* párr.106, inc. n.

⁹²⁰ Comité DESC, Observación General N.º 4, El derecho a una vivienda adecuada 1991, E/1992/23, párr. 7.

9.1. Vivienda digna

La vivienda digna como condición del derecho a vivienda supone que ésta debe encontrarse en condiciones de habitabilidad adecuadas. Así, el Comité interpreta que «la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada [...]».⁹²¹

Las condiciones del derecho a una vivienda adecuada es motivo de sucesivos análisis por el Comité a lo largo de sus recomendaciones al Estado paraguayo. En las sucesivas observaciones realizadas al Estado paraguayo destaca la concentración de la propiedad de tierra como el principal factor que obstaculiza el acceso a la vivienda de un importante sector de la población.

En 2007 el Comité identifica que pese a este generalizado problema «[...] el Estado parte aún no ha adoptado una política de vivienda, especialmente destinada a las áreas rurales, a pesar de la escasez que supuestamente afecta a más de un millón de familias».⁹²² Frente a estas situaciones, el Comité recomienda, de conformidad con su Observación General N.º 4, sobre el derecho a una vivienda adecuada, tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo la construcción de unidades habitacionales, para solucionar el problema de la escasez de viviendas que afecta principalmente a las zonas rurales, a las familias con bajos ingresos y a otras personas y grupos marginalizados. Y además, solicita que en su próximo informe presente información detallada y actualizada, incluyendo datos estadísticos desagregados e indicadores que permitan apreciar los avances logrados en esta área.⁹²³ De acuerdo con esta recomendación se debe especificar que el comité DESC interpreta que «la vigilancia eficaz de la situación con respecto a la vivienda es otra obligación de efecto inmediato»⁹²⁴. Esto incluye la labor de tener datos certeros y suficientes sobre las personas sin hogar y sus familias, las alojadas inadecuadamente y las que no tienen acceso a instalaciones básicas, las

⁹²¹ *Ibidem*, párr. 7.

⁹²² Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 19.

⁹²³ *Ibidem*, párr. 30.

⁹²⁴ Comité DESC, Observación General N.º 4, El derecho a una vivienda adecuada 1991, E/1992/23, párr. 13.

que viven en asentamientos «ilegales», las que están sujetas a desahucios forzados y los grupos de bajos ingresos.

En el último periodo examinado, el Comité señala la persistencia del elevado déficit de vivienda, por lo que recomienda que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para: 1. mejorar la disponibilidad de viviendas; y 2. suministrar viviendas de bajo costo, en particular a los grupos y personas desfavorecidos y marginados. Además, el Comité detalla que estas medidas deben realizarse teniendo en cuenta su Observación General, emitida en 1991, sobre el derecho a la vivienda.

9.2. Protección frente a desalojos forzados

La desproporción de tenencia de tierras en propiedad de un reducido número de personas privadas y/o empresas del sector ganadero, así como la invasión de territorios originarios de pueblos indígenas que se perpetúa por décadas en el Estado paraguayo genera conflictos sociales que acaban en la ejecución de desalojos forzados y la criminalización de las personas sin tierras.

Esta situación es uno de los mayores obstáculos para el disfrute de los derechos sociales, en particular de pueblos indígenas y comunidades rurales, como se menciona en el apartado sobre la libre disposición de recursos, y constituye el principal foco de grandes conflictos sociales en el país, repercutiendo principalmente en el uso generalizado de los desalojos forzados que, en muchos casos, además de ser violentos, generan una profunda cultura de estigma hacia las personas desalojadas y sus familias, quienes además son discriminadas; todo ello sin contar con las consecuencias que padecen debido a la condición de desprotección en que quedan, dado que los desalojos se realizan sin prever medidas de acomodación ni condiciones dignas para las personas y familias desalojadas. Otro aspecto que agudiza el problema es la falta de garantías legales y la restrictiva interpretación judicial sobre la protección debida a las personas desalojadas.

Es importante señalar la posición del Comité DESC respecto al desalojo forzoso cuando señala que «[...] además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto, la práctica de los desalojos forzados también puede dar lugar a violaciones de derechos civiles

y políticos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios[...].⁹²⁵

En el primer periodo de examinación al Estado, el comité DESC alarma sobre los siguientes problemas: 1. la concentración de tierras en detrimento de la amplia mayoría poblacional. En este sentido señala que «en el Paraguay hoy día el 5 % de la población posee del 60 al 80 % del territorio nacional, una situación que hace peligrar la paz y la estabilidad en el Paraguay»;⁹²⁶ y 2. la imposibilidad de acceso a las tierras tradicionales y ancestrales por parte de pueblos indígenas y comunidades campesinas. Señala ante ello que supone una situación que «hace peligrar la paz y la estabilidad en el Paraguay».⁹²⁷ Sin embargo, las recomendaciones no hacen alusión a la protección de estos grupos frente a desalojos.

En el marco del segundo y tercer ciclo de examinación, el Comité identifica numerosos casos de desalojos forzosos realizados en contravención a criterios básicos de protección de derechos como los casos de «desalojo forzoso, del cual han sido objeto familias campesinas e indígenas, en particular en las comunidades Tetaguá Guaraní, Primero de Marzo, María Antonia y Tekojoja, quienes habían venido ocupado las tierras, así como los informes recibidos en cuanto a que la Policía Nacional ha efectuado los desalojos mediante el uso excesivo de la fuerza, quemando y destruyendo viviendas, cultivos, bienes y animales».⁹²⁸ De acuerdo con la Observación General N.º 7, el Comité interpreta que «en todas estas circunstancias puede haber una violación del derecho a una vivienda adecuada y a la protección contra el desalojo forzoso a causa de una serie de actos u omisiones atribuibles a los Estados parte. Incluso en las situaciones en que pudiera ser necesario imponer limitaciones a ese derecho, se exige el pleno respeto del artículo 4 del Pacto, en el sentido de que las limitaciones que se impongan deberán ser «determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos [económicos, sociales y culturales] y con el

⁹²⁵ Comité DESC, Observación General N.º 7, El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos 1997, E/1998/22, anexo IV, párr. 4.

⁹²⁶ Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22º periodo de sesiones (30 de abril a 1º de mayo de 1996), E/C.12/1/Add.1, párr. 9.

⁹²⁷ *Ibidem*, párr. 9.

⁹²⁸ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º periodo de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 17.

exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática». ⁹²⁹ Además señala el Comité que «muchos casos de desalojos forzosos están relacionados con la violencia, por ejemplo, los causados por la violencia comunitaria o étnica». ⁹³⁰

La situación señalada en 2007 genera que el Comité recomiende tomar las medidas necesarias, incluyendo de orden legislativo. Es importante mencionar la posición del Comité sobre la naturaleza de las acciones legislativas, puesto que refiere específicamente que «el párrafo 1 del artículo 2 del pacto exige a los Estados parte que utilicen «todos los medios apropiados», inclusive la adopción de medidas legislativas, para promover todos los derechos protegidos por el Pacto. Aunque el Comité ha señalado en su Observación General N.º 3 (1990) que es posible que tales medidas no sean indispensables en relación con la totalidad de los derechos, es indudable que una legislación contra los desalojos forzosos es una base esencial para crear un sistema de protección eficaz. Esa legislación debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, b) se ajusten al Pacto y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos». ⁹³¹

En ese sentido define medidas específicas que debe tomarse para: a) evitar que las familias campesinas e indígenas que ocupan las tierras sean desalojadas; b) que los reclamos de las familias campesinas e indígenas sean atendidos y no sean objeto de represión; c) se dé curso a las denuncias presentadas ante la fiscalía; d) asegurarse de que el poder judicial en sus decisiones tome en cuenta las disposiciones del pacto; y e) investigar, juzgar y sancionar a los responsables de desalojos forzosos y violaciones conexas a los derechos reconocidos por el pacto. ⁹³²

Si bien el Comité no remite de forma expresa a su observación relativa a este tema, sin embargo se puede verificar que las recomendaciones se adecuan a ésta en líneas generales y además se debe destacar que el Comité detalla que «Antes de que se lleve a cabo cualquier

⁹²⁹ Comité DESC, Observación General N.º 7, El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos 1997, E/1998/22, anexo IV, párr. 5.

⁹³⁰ *Ibidem*, párr. 6.

⁹³¹ Comité DESC, Observación General N.º 7, El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos 1997, E/1998/22, anexo IV, párr. 9.

⁹³² Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 28.

desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados parte deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Deberían establecerse recursos o procedimientos legales para los afectados por las órdenes de desalojo. Los Estados parte deberán velar también porque todas las personas afectadas tengan derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de que pudieran ser privadas».⁹³³

9.3. Saneamiento y agua

El derecho al agua y saneamiento es motivo de pronunciamiento en 2015 en el marco del último periodo examinado al Estado paraguayo por el comité DESC. En ocasión al derecho a la vivienda el Comité señala que «preocupa también la falta de servicios de agua y saneamiento, en particular en las zonas rurales».⁹³⁴

Respecto al agua como un derecho humano vinculado a las condiciones de vida, el Comité expresa que «el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica».⁹³⁵ Igualmente el Comité especifica que «en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanen del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para

⁹³³ Comité DESC, Observación General N.º 7, El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos 1997, E/1998/22, anexo IV, párr. 13.

⁹³⁴ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 27.

⁹³⁵ Comité DESC, Observación General N.º 15 El Derecho al agua 2002, 29º periodo de sesiones, E/C.12/2002/11, párr.2.

la supervivencia». ⁹³⁶ En este sentido ha señalado que, teniendo en cuenta sus Observaciones generales N.º 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada, N.º 15 (2002) sobre el derecho al agua y su declaración sobre el saneamiento (2011), el Comité recomienda que el Estado tome todas las medidas apropiadas para mejorar la disponibilidad y el suministro de viviendas de bajo costo, en particular a los grupos y personas desfavorecidos y marginados. Asimismo dispone que vele por el suministro seguro y asequible de servicios de agua potable y saneamiento, especialmente en zonas rurales. ⁹³⁷

Cabe señalar que, si bien la referencia a este derecho es mencionada por vez primera en 2015, el Comité hace referencia detallada a las condiciones del derecho al agua vinculándolo de manera particular al derecho a la vivienda adecuada, sin embargo, considerando que el Paraguay posee la reserva más grande del mundo de aguas dulces, el Comité no señala problemas como que la amplia privatización del sistema de agua potable obstaculiza el acceso al agua de gran parte de la población cuyas viviendas se encuentran en zonas urbanas y, principalmente, en las zonas rurales. Tampoco refiere a los riesgos de contaminación que supone la ausencia de supervisiones previas de construcciones y ante todo la ausencia de legislación que asegure el resguardo de este derecho.

10. Derecho al Trabajo, condiciones del trabajo, salario mínimo e igualdad salarial.

Las examinaciones en torno al derecho al trabajo se dirigen a la formalización del trabajo, a las condiciones de trabajo, particularmente de las mujeres, y en cuanto a la ausencia de cobertura social en el ámbito laboral. Otro aspecto de suma importancia que se aborda en los diferentes periodos examinados por el comité DESC y otros órganos de monitoreo de cumplimiento de tratados internacionales es el trabajo infantil, el delito de trata y los trabajos forzados en el país.

⁹³⁶ *Ibidem*, párr.3.

⁹³⁷ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 27.

Desde el primer informe del estado paraguayo se identifican tres aspectos que limitan el derecho al trabajo: 1. el primero atiende a las múltiples discriminaciones que recibe la mujer en y que obstaculizan el derecho al trabajo. Al respecto expresa el comité que «la discriminación en el empleo es un problema grave, en particular en su modalidad de remuneración desigual por trabajo igual [...]»;⁹³⁸ 2. También se identifica que la legislación sobre percepción de salarios mínimos, incluso en la función pública no se cumple en aproximadamente el 50 % de las personas que trabajan; 3. Se observa además que el derecho a la huelga no es respetado por los empleadores y que la legislación que la regula no se adecua a los estándares internacionales por su carácter altamente restrictivo.⁹³⁹

En 2006 el Comité aprueba la Observación General referente al derecho al trabajo. En la misma, el Comité establece que el contenido desarrollado en el artículo 6 del PIDESC sobre el derecho al trabajo debe entenderse como «un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo. Engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. Y en este sentido se establece que el derecho se compone de varias dimensiones como: 1. el derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo; 2. supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso a empleo; 3. implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo»;⁹⁴⁰ 4. el trabajo digno incluye condiciones de seguridad laboral y remuneración y es aquél que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, así como el respeto a la integridad física y mental en el ejercicio de su empleo.⁹⁴¹ Si bien la Observación General del Comité sobre el derecho al trabajo data del año 2005, se observa que el Comité realiza sus

⁹³⁸ Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22º periodo de sesiones (30 de abril a 1º de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 10.

⁹³⁹ El Comité señaló que «aunque reconoce que el derecho a constituir sindicatos y afiliarse a ellos está consagrado por la legislación, al Comité le preocupa el excesivo número de casos de prácticas discriminatorias de los empleadores con respecto a los trabajadores sindicados, incluidos los despidos injustificados por actividades sindicales. Aunque consciente de la influencia que decenios de dictadura han tenido sobre la cultura empresarial, el Comité se ve obligado a señalar que el libre ejercicio de los derechos sindicales es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores, consagrado en el artículo 8 del Pacto. El Comité expresa su preocupación por el carácter restrictivo de la legislación que regula el derecho a la huelga». *Ibidem*, párr. 12 y 13.

⁹⁴⁰ Comité DESC, Observación General N.º 18 El derecho al trabajo, 2006, 35º periodo de sesiones (7 a 25 de noviembre de 2005), E/C.12/GC/18, párr. 6.

⁹⁴¹ *Ibidem*, párr. 7.

observaciones finales de acuerdo a los estándares internacionales sobre derechos humanos y derecho al trabajo y los lineamientos de la OIT. Si se presta atención a las observaciones finales que realiza el Comité, se percibe la evolución debido a que se han ido ampliando y especificando.

10.1. Condiciones de trabajo

Una recomendación clave en cuestión de igualdad de género es la referida en 1996 cuando el Comité recomienda al Estado que «adopte una política de acción afirmativa destinada a mejorar la situación social de la mujer, en particular en el lugar de trabajo. El Comité alienta al Estado parte a que tome todas las medidas necesarias para la plena aplicación de la legislación en materia de igualdad de salarios e igualdad de oportunidades».⁹⁴² Este mismo aspecto ha sido considerado en el siguiente periodo examinado, de 2007, cuando detalla que 1. Modifique los artículos del código laboral que establecen condiciones discriminatorias al trabajo doméstico; y 2. Incremente el número de inspecciones laborales en este sector.⁹⁴³ La relevancia que guarda esta recomendación es trascendental, dado que el trabajo doméstico es prácticamente relegado a las mujeres en Paraguay. En el cuarto periodo de examinación, de 2015, el Comité hace hincapié en la persistencia del problema de las prácticas discriminatorias contra las mujeres en las condiciones laborales, entre otros, altos índices de subempleo, despidos injustificados, falta de contratos laborales y remuneraciones más bajas con relación a los hombres. Y, dado que ello constituye un problema de discriminación sistémica, recomienda que se adopten las medidas necesarias para garantizar la igualdad en las condiciones de trabajo, incluyendo un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, y para promover a la mujer en el mercado de trabajo, incluso mediante la realización de capacitaciones a hombres y mujeres sobre la igualdad de oportunidades de carrera.⁹⁴⁴ El

⁹⁴² Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22º periodo de sesiones (30 de abril a 1º de mayo de 1996), E/C.12/1/Add.1, párr. 24.

⁹⁴³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 26.

⁹⁴⁴ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 16. Esta recomendación del Comité se basa en la Observación General sobre el derecho al trabajo de las mujeres. Aunque en sus recomendaciones el Comité no hace explícita referencia a ello, el hilo de las mismas se corresponde con el tono de la posición del Comité al respecto cuando refiere que «El Comité subraya la necesidad de contar con un sistema global de protección para luchar contra la discriminación de género y garantizar igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en relación con su derecho al trabajo, asegurando igual salario por trabajo de igual valor.»⁹⁴⁴ En particular, los embarazos no deben constituir

Comité de Derechos Humanos manifestó en 2005 la necesidad de establecer medidas para el acceso al trabajo de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres.⁹⁴⁵

Por su parte, el Comité CEDAW señala que los problemas de diferencia salarial con hombres, así como en el trabajo doméstico, los despidos injustificados por embarazos y permisos de maternidad o el trabajo infantil doméstico (criadazgo) debían ser enfrentados seriamente por el país. En tal sentido recomienda entre otros: 1. reducir la diferencia salarial por razón de género examinando periódicamente los salarios en los sectores donde se concentran las mujeres; 2. implementar mecanismos eficaces de observación y fiscalización para las prácticas de empleo y contratación a fin de garantizar que se cumpla en todos los sectores el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, y de garantizar el mismo salario mínimo para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores domésticos; 3. implementar medidas específicas para mejorar el acceso de las mujeres al empleo formal, incluidos los puestos de gestión o decisión; 4. aplicar y supervisar la legislación que promueve y protege la maternidad; 5. fortalecer los incentivos para que los hombres ejerzan su derecho a la licencia parental; 6. aprobar la política nacional de atención, la prestación de servicios de guardería suficientes y adecuados; y 7. promover el reparto equitativo de las responsabilidades domésticas y familiares entre hombres y mujeres.

Respecto a la persistente falta de protección legal del trabajo doméstico el Comité de Derechos Humanos señala que «el Estado debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las y los trabajadores domésticos de conformidad con los principios del artículo 8 del Pacto y protegerlos contra cualquier situación de servidumbre doméstica». Igualmente recomienda «establecer mecanismos de control efectivos para garantizar el respeto de estos derechos por los empleadores, así como el acceso a la justicia de las y los

un obstáculo para el empleo ni una justificación para la pérdida del mismo. Finalmente, hay que resaltar la vinculación existente entre el hecho de que las mujeres tengan menos acceso a la educación que los hombres y ciertas culturas tradicionales que menoscaban las oportunidades de empleo y de adelanto de la mujer». Comité DESC, Observación General N.º 18, El derecho al trabajo, 2006, 35º periodo de sesiones (7 a 25 de noviembre de 2005), E/C.12/GC/18, párr. 13

⁹⁴⁵ El Estado Parte debe asimismo adoptar medidas para asegurar la igualdad de condiciones laborales entre hombres y mujeres y para aumentar la participación de la mujer en todas las áreas de la vida pública y privada. Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 85º periodo de sesiones, (19 y 20 de octubre de 2005), CCPR/C/PRY/CO/2, párr. 8.

trabajadores domésticos para hacer valer los mismos, y la investigación y sanción de su violación».⁹⁴⁶

Ante la persistencia de altos índices de desempleo y subempleo y de la amplitud del sector informal de la economía, donde no se cuenta con una protección social ni laboral básica, en su observación referente al trabajo, el Comité expresa que «El derecho al trabajo exige la formulación y aplicación por los Estados parte de una política en materia de empleo con miras a «estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, elevar el nivel de vida, satisfacer las necesidades de mano de obra y resolver el problema del desempleo y el subempleo».⁹⁴⁷ Es en este contexto en el que los Estados deben adoptar medidas efectivas para aumentar los recursos asignados a la reducción de la tasa de desempleo, en particular entre las mujeres, las personas desfavorecidas y los marginados. El Comité hace hincapié en la necesidad de establecer un mecanismo de indemnización en caso de pérdida del empleo, así como la obligación de adoptar medidas apropiadas para la creación de servicios de empleo (públicos o privados) en los planos nacional y local.⁹⁴⁸ Además, la obligación de *aplicar* (proporcionar) el derecho al trabajo incluye la aplicación por los Estados parte de planes para luchar contra el desempleo.⁹⁴⁹ Atendiendo a esta obligación de proporcionar del Estado, el Comité recomienda al Estado paraguayo lo siguiente: 1. intensificar esfuerzos para aumentar oportunidades de trabajo en el mercado laboral formal; y 2. tomar medidas necesarias para la progresiva transferencia de los trabajadores en la economía informal al sector formal.⁹⁵⁰

En referencia al derecho de los trabajadores de la economía informal la posición del comité es que «aunque estos trabajadores representan un porcentaje considerable de la fuerza de trabajo mundial, a menudo están excluidos de las estadísticas nacionales y carecen de protección, respaldo y salvaguardias legales, lo que exacerba la vulnerabilidad. Si bien el objetivo general debería ser la formalización del trabajo, las leyes y las políticas deberían ampliarse explícitamente a los trabajadores de la economía informal, y los Estados partes

⁹⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones, (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 18.

⁹⁴⁷ Véase el Convenio N.º 122 de la OIT sobre la política del empleo, 1964, párrafo 1 del artículo 1.

⁹⁴⁸ Véase el Convenio N.º 88 de la OIT sobre la organización del servicio del empleo, 1948.

⁹⁴⁹ Comité DESC, Observación General N.º 18 El derecho al trabajo, 2006, 35º periodo de sesiones (7 a 25 de noviembre de 2005), E/C.12/GC/18, párr. 26.

⁹⁵⁰ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones, 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 26.

deberían adoptar medidas para recopilar datos desglosados pertinentes a fin de incluir a esta categoría de trabajadores en la efectividad progresiva del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. A tal efecto, la economía informal debería estar incluida en el mandato del respectivo mecanismo de supervisión y cumplimiento. Las mujeres suelen estar excesivamente representadas en la economía informal, por ejemplo como trabajadoras ocasionales, trabajadoras a domicilio o trabajadoras por cuenta propia, lo que a su vez agrava las desigualdades en cuanto a la remuneración, la salud y la seguridad, el descanso, el disfrute del tiempo libre y las vacaciones pagadas».⁹⁵¹ Cabe agregar que sobre la base de los condicionantes que obstaculizan el pleno goce del derecho a condiciones satisfactorias de trabajo el comité ha recomendado en esa ocasión: 1) que se implementen medidas urgentes eficaces para reducir la tasa de desempleo y la economía informal; y 2) implementar medidas que garanticen a los trabajadores el ejercicio de sus derechos laborales, incluyendo a la seguridad social.⁹⁵² En el entendimiento del comité DESC sobre las medidas de seguridad en el trabajo «La política nacional debería abarcar todas las ramas de la actividad económica, incluidos los sectores formales e informales, y todas las categorías de trabajadores,⁹⁵³ incluidos los trabajadores en condiciones atípicas de empleo, los aprendices y los pasantes. Debería tener en cuenta los riesgos específicos para la seguridad y la salud de las trabajadoras en caso de embarazo, así como de los trabajadores con discapacidad, sin discriminar por ningún motivo a esos trabajadores. Los trabajadores deberían poder vigilar las condiciones de trabajo sin temer represalias»⁹⁵⁴

⁹⁵¹ Comité DESC, Observación General N°23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr. 47, inc. d.

⁹⁵² Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 23, inc. e.

⁹⁵³ Véase el Convenio de la OIT sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155), arts. 1 1) y 2 1). En particular, las políticas deberían comprender la protección de los trabajadores domésticos, así como de los trabajadores temporales, los trabajadores a tiempo parcial, los aprendices, los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores migrantes y los trabajadores del sector informal.

⁹⁵⁴ Comité DESC, observación General N°23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr. 26.

10.2. Salario mínimo e igualdad salarial

Las sucesivas recomendaciones emitidas por el comité DESC y otros órganos de supervisión dan cuenta del problema de la falta de garantía del salario mínimo y las altas tasas de desempleo y trabajos realizados en el ámbito de la economía informal con las consecuentes derivaciones de falta de cobertura social. En este sentido, el Comité ha establecido las siguientes recomendaciones: primero, que se adopte medidas urgentes eficaces para reducir la tasa de desempleo y la economía informal; así como para garantizar a los trabajadores el ejercicio de sus derechos laborales, incluyendo a la seguridad social,⁹⁵⁵ como segunda medida que se implementen medidas efectivas para garantizar la igualdad del salario mínimo entre el sector público y privado, vigilando que el mismo permita a todas las familias llevar un nivel de vida adecuado.⁹⁵⁶

Puede notarse que las medidas dispuestas por el Comité siguen el sentido que el mismo ha establecido en la observación sobre el derecho al trabajo que remarca «adoptar las medidas necesarias, tanto legislativas como de otro tipo, para reducir en la mayor medida posible el número de trabajadores en la economía sumergida, trabajadores que, a resultas de esa situación, carecen de protección. Estas medidas obligarán a los empleadores a respetar la legislación laboral y a declarar a sus empleados, permitiendo así a estos últimos disfrutar de todos los derechos de los trabajadores, en particular los consagrados en los artículos 6, 7 y 8 del Pacto [...]».⁹⁵⁷ Conviene señalar, además, que el salario mínimo debe ser entendido como el suficiente para ofrecer una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto.⁹⁵⁸

⁹⁵⁵ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 23, inc. e.

⁹⁵⁶ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones, 2007 (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 23, inc. g.

⁹⁵⁷ El comité entiende que la alta tasa de desempleo y la falta de seguridad en el empleo son causas que llevan a los trabajadores a buscar empleo en el sector no estructurado de la economía. También referencia que las medidas que deben ser adoptadas por los Estado «deben reflejar el hecho de que las personas que viven en una economía sumergida lo hacen en su mayor parte debido a la necesidad de sobrevivir, antes que como una opción personal. Además, el trabajo doméstico y agrícola debe ser debidamente regulado mediante legislación nacional, de forma que los trabajadores domésticos y agrícolas disfruten del mismo nivel de protección que otros trabajadores». Comité DESC, Observación General N° 18 El derecho al trabajo, 2006, 35º periodo de sesiones (7 a 25 de noviembre de 2005), E/C.12/GC/18, párr.10.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, párr.7.

10.3. Trabajo infantil

La existencia del trabajo doméstico infantil de niñas en el Estado paraguayo es motivo de recomendaciones específicas del comité DESC. Cuando destaca que redoble sus esfuerzos para eliminar el trabajo infantil, en particular en el servicio doméstico, señala que se deben considerar «todas las medidas apropiadas». Igualmente el órgano de supervisión solicita al Estado paraguayo que se «investigue todo caso de explotación y abusos sexuales de niños trabajadores, y se juzguen y castiguen a los responsables».⁹⁵⁹ Esta recomendación es reiterada en el último periodo examinado. Sin embargo, en este periodo el Comité recomienda medidas legislativas. En este sentido detalla en su recomendación que se modifiquen los artículos del Código del Trabajo que establecen condiciones discriminatorias en el trabajo doméstico y que continúe sus esfuerzos para fortalecer el sistema de inspección del Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, garantizando la asignación de recursos financieros, humanos y técnicos necesarios para su efectivo funcionamiento.⁹⁶⁰ En cuanto al trabajo doméstico de niñas y mujeres, el comité CEDAW recomienda 1. aprobar el proyecto de ley que tipifique como delito la práctica del trabajo infantil doméstico no remunerado; y 2. vigilar y erradicar esta práctica, en particular sensibilizando a la población a través de los medios de comunicación y programas de educación pública acerca de la situación de las niñas que realizan trabajos domésticos y sobre sus derechos.⁹⁶¹

En atención al trabajo infantil doméstico (criadazgo) el comité DESC, en el último examen realizado al Estado en 2015, recomienda, entre otros, lo siguiente: 1. la aplicación efectiva de la legislación que protege a los niños de la explotación económica; 2. el fortalecimiento de los mecanismos de supervisión del trabajo infantil; 3. fortalecer los programas de prevención y la eliminación de la explotación económica de los niños.⁹⁶² Cabe agregar al respecto que, si bien el Comité no referencia la Observación General N.º 18, en ella se

⁹⁵⁹ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones, 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 23, inc. h.

⁹⁶⁰ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones, 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 20.

⁹⁶¹ Comité CEDAW, Observaciones Finales Paraguay, 68º periodo de sesiones, 2017 (23 de octubre a 17 de noviembre de 2017), CEDAW/C/PRY/CO/7, párr. 34, inc. a, b y c.

⁹⁶² Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones, 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 23.

sostiene que «En lo que respecta a las obligaciones de los Estados parte en relación con el trabajo infantil, según figuran en el artículo 10 del Pacto, los Estados parte deben adoptar medidas efectivas, en particular medidas legislativas, para prohibir el trabajo de niños menores de 16 años. Además, deben prohibir toda forma de explotación económica y de trabajo forzoso de niños.⁹⁶³ Los Estados parte deben adoptar medidas efectivas para velar por que la prohibición del trabajo infantil sea plenamente respetada».^{964, 965}

10.4. Trata

El tráfico de mujeres, niños y niñas con fines de explotación sexual y trabajo infantil existente en el Estado, especialmente en la región de la triple frontera, se señala por diferentes órganos de supervisión de tratado. Por ejemplo, en 2005, el Comité de Derechos Humanos recomienda «tomar medidas urgentes y apropiadas para erradicar esta práctica y que haga lo posible para identificar, asistir e indemnizar a las víctimas de la explotación sexual».⁹⁶⁶ En el posterior examen del Estado se menciona la necesidad de tomar las siguientes acciones: 1. intensificar esfuerzos para poner fin a la trata de personas, en particular de mujeres y niños con fines de explotación sexual y trabajo infantil; 2. procesar a todos los presuntos autores de estos hechos y, de confirmarse su responsabilidad, sancionarlos; 3. capacitar a los funcionarios de las fuerzas del orden y de los servicios de inmigración; 4. ofrecer protección y rehabilitación a las víctimas; y 5. reforzar los mecanismos de cooperación con los países

⁹⁶³ Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 1 del artículo 31.

⁹⁶⁴ Véase el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, párrafo 7 del artículo 2, y la Observación General del Comité N.º 13 sobre el derecho a la educación.

⁹⁶⁵ Comité DESC, Observación General N.º 18 El derecho al trabajo, 2006, 35º periodo de sesiones (7 a 25 de noviembre de 2005), E/C.12/GC/18, párr. 24. Al respecto también el Comité expresa que la protección del niño se contempla en el artículo 10 del Pacto. El Comité recuerda su Observación General N.º 14 y, en particular, los párrafos 22 y 23 relativos al derecho del niño a la salud, y subraya la necesidad de protegerlo frente a todas las formas de trabajo que puedan perjudicar su desarrollo o su salud física o mental. El Comité reafirma la necesidad de proteger al niño de la explotación económica, para permitirle aspirar a su pleno desarrollo y adquirir formación técnica y profesional, según se indica en el párrafo 2 del artículo 6. El Comité recuerda también su Observación General N.º 13 (1999), en particular la definición de enseñanza técnica y profesional (párrs. 15 y 16), que debe concebirse como parte de la enseñanza general. Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados después del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen expresamente la necesidad de proteger a los niños y los jóvenes frente a toda forma de explotación económica o trabajo forzoso. Comité DESC, Observación General N.º 18, El derecho al trabajo, 2006, 35º periodo de sesiones (7 a 25 de noviembre de 2005), E/C.12/GC/18, párr. 15.

⁹⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 85º periodo de sesiones, (19 y 20 de octubre de 2005), CCPR/C/PRY/CO/2, párr. 13.

vecinos y llevar adelante campañas de sensibilización de la población respecto a los efectos negativos de la trata de personas.⁹⁶⁷

Por su parte el Comité CEDAW alerta de que el Estado en 2017 es aún un país de origen, tránsito y destino de la trata nacional e internacional de mujeres y niñas, y que todos los casos de trata de personas con fines de explotación sexual registrados ante el Ministerio Público durante los últimos cinco años afectaron a mujeres y las más expuestas a las redes de trata son las indígenas y migrantes.⁹⁶⁸ En atención a ello recomienda que se revise el actual plan nacional para prevenir y combatir la trata de personas, con el fin de abordar la vulnerabilidad específica de las mujeres, y especialmente de las mujeres indígenas y migrantes, ante la trata [...].⁹⁶⁹

10.5. Derecho de sindicalización y derecho a la huelga

En relación con el derecho a sindicalización y huelga como derechos interrelacionados con el derecho al trabajo, el comité DESC especifica en su Observación General N° 23 que «[El derecho al trabajo] es un componente importante de otros derechos laborales consagrados en el Pacto y el corolario del derecho a un trabajo libremente escogido y aceptado. Asimismo, los derechos sindicales, la libertad de asociación y el derecho de huelga son medios fundamentales para instaurar, mantener y defender unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias».^{970, 971}

En el primer periodo de supervisión al Estado paraguayo, el comité DESC recomienda la adopción de medidas urgentes. Detalla así la sensibilización de los empleadores, los

⁹⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107° periodo de sesiones, (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 17.

⁹⁶⁸ Comité CEDAW, Observaciones Finales Paraguay, 68° periodo de sesiones 2017 (23 de octubre a 17 de noviembre de 2017), CEDAW/C/PRY/CO/7, párr. 22.

⁹⁶⁹ Comité CEDAW, Observaciones Finales Paraguay, 68° periodo de sesiones, 2017 (23 de octubre a 17 de noviembre de 2017), CEDAW/C/PRY/CO/7, párr. 23.

⁹⁷⁰ En el párrafo 2 de la Observación General núm. 18 (2005) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa al derecho al trabajo, se indica la interconexión entre el derecho al trabajo en un sentido general proclamado en el artículo 6 del Pacto, el reconocimiento de la dimensión individual del derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias desarrollado en el artículo 7 y la dimensión colectiva abordada en el artículo 8.

⁹⁷¹ Comité DESC, Observación General N° 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr. 1.

magistrados laborales y la policía a fin de garantizar plenamente la aplicación del derecho a realizar actividades sindicales y del derecho a la huelga. Estas medidas atienden a dos obligaciones de carácter inmediato del PIDESC que tratan sobre el respeto a las condiciones de trabajo (artículo 7) y sobre el derecho a crear sindicatos (artículo 8); como también se direcciona a la obligación de proteger el derecho a la realización de huelgas. Cabe señalar que la recomendación se dio en torno al análisis de los casos de discriminación por actividades sindicales de los que tuvo conocimiento el Comité.⁹⁷² En esta ocasión el Comité también señala el carácter restrictivo de la legislación que regula el derecho a la huelga.⁹⁷³ En el siguiente periodo examinado, el comité identifica la vulneración de las obligaciones sobre el derecho a la sindicalización y las actividades referidas a la huelga; asimismo comprueba que los trabajadores de la economía informal carecen de seguridad social, lo cual supone tomar medidas para el cumplimiento de condiciones satisfactorias de trabajo.⁹⁷⁴

En relación al artículo 8, el Comité señala las siguientes recomendaciones al Estado: 1. supervisar que el Ministerio de Justicia y del Trabajo realice con diligencia el trámite de registro de sindicatos; 2. proteger a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes de actos de intimidación; y 3. investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de acciones de intimidación a líderes sindicales.⁹⁷⁵ En el último periodo examinado, el Comité trata los derechos sindicales reiterando al Estado las restricciones como el número para conformar sindicatos, así como persecuciones a líderes sindicales, y en ese sentido recomienda al Estado

⁹⁷² Aunque reconoce que el derecho a constituir sindicatos y afiliarse a ellos está consagrado por la legislación, al Comité le preocupa el excesivo número de casos de prácticas discriminatorias de los empleadores con respecto a los trabajadores sindicalizados, incluidos los despidos injustificados por actividades sindicales. Aunque consciente de la influencia que decenios de dictadura han tenido sobre la cultura empresarial, el Comité se ve obligado a señalar que el libre ejercicio de los derechos sindicales es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores, consagrado en el artículo 8 del Pacto. Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22º periodo de sesiones (30 de abril a 1º de mayo de 1996), E/C.12/1/Add.1, párr. 12.

⁹⁷³ Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22º periodo de sesiones (30 de abril a 1º de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 13.

⁹⁷⁴ El Comité ha mencionado, entre otros motivos de preocupación, que los derechos sindicales de los trabajadores no estén plenamente garantizados. Al Comité le preocupa la lentitud del trámite de registro de sindicatos ante el Ministerio de Justicia y Trabajo y el hecho de que los empleadores pueden retrasar el registro mediante el envío de un escrito. Le preocupa también el hostigamiento del que pueden ser objeto algunos líderes sindicales en el sector privado. También ha referido el alto porcentaje de la población excluida de toda protección social. El Comité observa preocupado el alto grado de desempleo, la magnitud de la economía informal, que alcanza al 80 % de la población económicamente activa, y que las personas que trabajan en este sector reciben salarios insuficientes y no cuentan con beneficios sociales. Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007 (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 12, inc. f y

g.
⁹⁷⁵ *Ibidem*, inc.

paraguayo que adecue su legislación sobre los derechos sindicales con el artículo 8 del PIDESC y con las disposiciones de los convenios de la organización internacional del trabajo (OIT) N.º 87 (1948) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y N.º 98 (1949) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Además, destaca que el Estado debe proteger los derechos sindicales e investigar de modo efectivo todas las denuncias de violaciones de los derechos sindicales que se señalen a su atención y determinar una indemnización adecuada para los trabajadores afectados.

En el entendimiento del comité DESC sobre las medidas de seguridad en el trabajo «La política nacional debería abarcar todas las ramas de la actividad económica, incluidos los sectores formales e informales, y todas las categorías de trabajadores,⁹⁷⁶ incluidos los trabajadores en condiciones atípicas de empleo, los aprendices y los pasantes. Debería tener en cuenta los riesgos específicos para la seguridad y la salud de las trabajadoras en caso de embarazo, así como de los trabajadores con discapacidad, sin discriminar por ningún motivo a esos trabajadores. Los trabajadores deberían poder vigilar las condiciones de trabajo sin temer represalias»⁹⁷⁷.

En líneas generales el derecho al trabajo, así como las condiciones de trabajo son contemplados por el Comité de manera especial en las recomendaciones de los sucesivos periodos examinados. Cabe agregar que la observación sobre las condiciones de trabajo de 2016 constituye una guía importante para entender a cabalidad la manera en que los Estados deben actuar para el respeto, protección y cumplimiento de este derecho, más considerando la amplitud de temas abordados en la misma y el detalle que contiene sobre cada aspecto interpretado por el comité DESC.

⁹⁷⁶ Véase el Convenio de la OIT sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155), arts. 1 1) y 2 1). En particular, las políticas deberían comprender la protección de los trabajadores domésticos, así como de los trabajadores temporales, los trabajadores a tiempo parciales, los aprendices, los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores migrantes y los trabajadores del sector informal.

⁹⁷⁷ Comité DESC, Observación General N.º 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias 2016, E/C.12/GC/23, párr. 26.

11. Derecho a la salud

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.⁹⁷⁸ El derecho a la salud es un tema ampliamente desarrollado por el Comité DESC, dado que el mismo constituye un derecho humano fundamental que se encuentra estrechamente vinculado con otros derechos humanos⁹⁷⁹ que hacen a la condición de una vida digna. Los deberes de respetar, proteger y cumplir que, con carácter obligatorio, tienen los Estados respecto de este derecho comprenden la adopción de medidas de orden administrativo, político, legal y judicial sin discriminación alguna.

En la Observación N.º 14 se han desarrollado de forma amplia las cuestiones relativas al derecho a la salud. De acuerdo con la misma, el Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.⁹⁸⁰

La situación del derecho a la salud en el Estado paraguayo es ampliamente examinada por el comité DESC y otros órganos de supervisión de cumplimiento de tratados internacionales.

⁹⁷⁸ Comité DESC, Observación General N.º 14, El derecho a la salud, 2000, E/C.12/2000/4, párr. 1.

⁹⁷⁹ El comité ha interpretado que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. Comité DESC, Observación General N.º 14 El derecho a la salud, 2000, E/C.12/2000/4, párr. 3.

⁹⁸⁰ Comité DESC, Observación General N.º 14, El derecho a la salud, 2000, E/C.12/2000/4, párr. 11.

Los principales temas de recomendaciones de estos órganos se centran en la distribución de los servicios de atención a la salud a escala nacional, así como a la salud materna infantil y, de manera general, a la orientación y educación sanitaria y planificación familiar, diferenciando los grupos en situación de especial vulnerabilidad, tal como las mujeres, y también el acceso a la salud, en ámbitos urbanos y rurales particularmente. Asimismo, evalúa las condiciones del medio, las injerencias de la utilización de los suelos y el medio ambiente como factores que también condicionan el más alto nivel posible de salud.

En el primer periodo de supervisión, 1996, el Comité señala la necesidad de potenciar las medidas estatales con el fin de mejorar el sistema de atención de salud, que debe tener en cuenta las necesidades de todos los sectores de la sociedad, y para reducir las disparidades de que adolece actualmente el sistema.⁹⁸¹ Si bien en la recomendación no se especifica, el Comité menciona como uno de los obstáculos para el disfrute del derecho a la salud la disparidad en la distribución de prestación de servicios en las zonas rurales y urbanas del país, así como el déficit de personal médico.

En el siguiente periodo de supervisión, las recomendaciones sobre este derecho son más específicas y se enfocan a poblaciones particulares. Por ejemplo, se centra en la adopción de una política global de salud que permita garantizar el acceso de las poblaciones más pobres a una atención primaria de la salud gratuita y de calidad.⁹⁸² Otra recomendación muy importante es la que especifica que se establezcan medidas legislativas para hacer frente al problema de la mortalidad de las mujeres por causa de abortos clandestinos, y también la adopción de medidas educativas de salud sexual y reproductiva, así como el fomento de programas de planificación familiar.⁹⁸³ Otro tema de recomendación es la salud mental, y las condiciones de internamiento y tratamientos otorgados en materia de asistencia a la salud

⁹⁸¹ Comité DESC, Informe Final Paraguay 1996, 22º periodo de sesiones (30 de abril a 1º de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 28.

⁹⁸² Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 23, inc. i.

⁹⁸³ El Comité alienta encarecidamente al Estado parte a que tome las medidas legislativas necesarias para solucionar el problema de la mortalidad de las mujeres a causa de abortos clandestinos, y le recomienda que, en los programas escolares, los temas de educación sexual y de métodos de planificación familiar sean abordados abiertamente, de tal manera que contribuyan a prevenir los embarazos precoces y la transmisión de enfermedades sexuales. Le recomienda también que adopte una ley sobre salud sexual y reproductiva compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe también continuar con sus esfuerzos para disminuir la mortalidad materna e infantil. *Ibidem*, párr. 32.

mental. El hacinamiento y la ausencia de revisión de situaciones de internamiento de las personas en tratamiento en hospitales neuropsiquiátricos, así como la ausencia de una ley sobre salud mental, fueron señalados como motivos a mejorar por el Estado parte.⁹⁸⁴.

Si se presta atención a las recomendaciones emitidas en este periodo, puede notarse que, pese a la existencia de la Observación General N.º 14, las recomendaciones no dan cuenta de la amplitud con la que la misma aborda los diferentes aspectos, sobre todo respecto a las condiciones establecidas respecto a las medidas como puede ser la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad de los servicios y bienes de salud. Particularmente llama la atención que, pese a emitir recomendaciones vinculadas de manera estrecha con las condiciones de salud, el Comité no sea más específico y enfático en la necesidad de provisión de estos elementos en las recomendaciones al tiempo de evaluar la situación del sistema sanitario del país. La observación sobre el derecho a la salud señala que «la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad» (apartado d) del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental. Otro aspecto importante es la mejora y el fomento de la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional.⁹⁸⁵. Las recomendaciones en materia de obligación de legislar poseen gran pertinencia dada la situación de los programas de salud, en particular de las mujeres y personas con discapacidad psicosocial que poseen régimen de

⁹⁸⁴ El Comité alienta al Estado parte a que continúe con sus esfuerzos para mejorar la situación de las personas bajo tratamiento neuropsiquiátrico internadas en los hospitales de salud, acelerando los avances en la implementación del Acta de compromiso firmada en 2004 y, especialmente, garantizando el acceso a recursos de revisión judicial en casos de internamiento. El Comité también recomienda que adopte una Ley de salud mental, plenamente compatible con el Pacto, en un corto avenir. *Ibidem*, párr. 33.

⁹⁸⁵ Comité DESC, Observación General N.º 14 El derecho a la salud, 2000, E/C.12/2000/4, párr.17.

permanencia en el hospital neuropsiquiátrico. Conviene también señalar que el Comité expresa que «si bien el pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados parte diversas obligaciones de efecto inmediato, que son, por lo que respecta al derecho a la salud, la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud»^{986, 987}.

La relatora sobre extrema pobreza destaca la declaración de gratuidad universal para el acceso a los servicios de salud, establecida por decreto del poder ejecutivo del 24 de diciembre de 2008. Los avances en el ámbito de la salud se traducen en un incremento del 77 % de las consultas médicas en los últimos tres años y en un aumento de cerca del 85 % de personas enfermas del sector rural del quintil más pobre que accedieron a consultas médicas en 2010 en comparación con 2007.⁹⁸⁸ Igualmente, reconoce los avances en el acceso a servicios de salud y su impacto positivo en la población que vive en extrema pobreza. Son loables los esfuerzos por garantizar progresivamente el disfrute del derecho a la salud a través de la eliminación de aranceles para el acceso a las prestaciones médicas, odontológicas, medicamentos, insumos y servicios de ambulancia así como el mayor énfasis en la atención primaria en salud.⁹⁸⁹ Basándose en estas constataciones, la relatora establece como motivos de recomendación los siguientes: 1. la ampliación de la cobertura de las unidades de servicio familiar; 2. el aseguramiento de que la gratuidad del servicio universal sea también de calidad.⁹⁹⁰

⁹⁸⁶ Véase la Observación General N.º 13 (párr. 43).

⁹⁸⁷ Comité DESC, Observación General N.º 14 El derecho a la salud, 2000, E/C.12/2000/4, párr.30.

⁹⁸⁸ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 a 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add. 2, párr. 116.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, párr. 115.

⁹⁹⁰ Reconociendo los avances, la Relatora Especial destaca que la gratuidad de los servicios de salud debe significar también una mejora en la calidad de los servicios, así como una mayor participación de los usuarios. El Estado debe hacer un esfuerzo para ampliar la atención primaria de salud y expandir las USF a lo largo del país. Se debe progresivamente asegurar el mayor acceso y la calidad de la atención de salud, reforzar los esfuerzos para que el acceso a la salud sea entendido por la población como un derecho y blindarlo de cualquier manipulación política y clientelismo. *Ibidem*, párr. 120 y 121.

En el cuarto y último periodo de supervisión de cumplimiento del pacto en 2015, el Comité señala entre sus recomendaciones que se asignen recursos suficientes al sector de salud y continúe sus esfuerzos para asegurar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de la atención de salud, especialmente en las zonas rurales y remotas. En particular, el Comité pone de relieve la necesidad de mejorar la infraestructura del sistema de atención primaria y que se garantice que los hospitales dispongan de personal médico, suministros y medicamentos de urgencia necesarios.

11.1. Salud sexual y reproductiva

Respecto a la salud sexual y reproductiva es la posición del Comité que los estados deben cumplir su obligación de respetar al «abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otro medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud».⁹⁹¹ El Comité de Derechos Humanos refiere en 2005 que se deben «adoptar medidas efectivas para reducir la mortalidad infantil y materna mediante, entre otras, la revisión de su legislación relativa al aborto para que concuerde con el Pacto, y el acceso de la población a los medios anticonceptivos, especialmente en zonas rurales».⁹⁹² Respecto a este derecho, el comité DESC destaca, tanto en 2007 como en 2015, que el Estado debe asegurar la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva y de información, especialmente en las zonas rurales, así como que amplíe y refuerce la educación, integral y apropiada a cada edad, sobre salud sexual y reproductiva para ambos sexos en todas las escuelas, al igual que en el ámbito informal.⁹⁹³

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos recomienda que el Estado revise su legislación sobre el aborto incluyendo excepciones adicionales a la prohibición del aborto, especialmente cuando el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto. El Estado parte debe asegurar que los servicios de salud reproductiva sean accesibles para todas las mujeres y

⁹⁹¹ Comité DESC, Observación General N.º 14, El derecho a la salud, 2000, E/C.12/2000/4, párr. 34.

⁹⁹² Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 85º periodo de sesiones, 2005 (19 y 20 de octubre de 2005), CCPR/C/PRY/CO/2, párr. 10.

⁹⁹³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 29, inc. c y d.

adolescentes en todas las regiones del país. Asimismo, el Estado parte debe multiplicar y asegurar la aplicación de programas de educación y sensibilización a nivel formal (escuelas y colegios públicos y privados) e informal (medios de comunicación y otros) sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos a la salud sexual y reproductiva.⁹⁹⁴

Por su parte, el comité CEDAW recomienda las siguientes medidas: 1. la aprobación del proyecto de ley sobre la salud sexual, reproductiva, materna y perinatal; 2. la implementación de medidas para superar los obstáculos que impiden el buen funcionamiento de los servicios de obstetricia y ginecología identificados en el estudio de la defensoría del pueblo; 3. que se garantice a las mujeres rurales e indígenas el acceso a servicios de atención prenatal, de maternidad y posnatal asequibles y de alta calidad, entre otras cosas, aumentando el número de unidades de salud de la familia.⁹⁹⁵

En ocasión al cuarto periodo examinado, el comité DESC recomienda al Estado paraguayo que implemente medidas legislativas y administrativas necesarias para prevenir la mortalidad y morbilidad materna, tomando en consideración las orientaciones técnicas del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos sobre la aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos a la ejecución de las políticas y los programas destinados a reducir la mortalidad y morbilidad prevenibles asociadas a la maternidad (A/HRC/21/22); y revisar la disposición normativa sobre la prohibición del aborto para hacerla compatible con otros derechos fundamentales como el de la salud y la vida de la mujer, así como con su dignidad.⁹⁹⁶ Cabe agregar en este sentido que la observación N.º 14 establece que la disposición relativa a «la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños» (apartado a) del párrafo 2 del artículo 12)⁹⁹⁷ se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación

⁹⁹⁴ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones, (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 13.

⁹⁹⁵ Comité CEDAW, Observaciones Finales Paraguay, 68º periodo de sesiones, 2017 (23 de octubre a 17 de noviembre de 2017), CEDAW/C/PRY/CO/7, párr. 37, inc. a y b.

⁹⁹⁶ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones, 2015 (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 29, inc. a y b.

⁹⁹⁷ Según la OMS, la tasa de mortinatalidad ya no suele utilizarse; en sustitución de ella se utilizan las tasas de mortalidad infantil y de niños menores de 5 años.

de la familia, la atención anterior y posterior al parto,⁹⁹⁸ los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información.^{999, 1000} En el último periodo examinado también se puede observar que el Comité omite toda referencia a las observaciones realizadas sobre el derecho a la salud. Podría señalarse que, en ocasiones en que el Comité remite a la atención de los Estados, los lineamientos contenidos en las observaciones generales respecto a determinados derechos coopera a que las autoridades encargadas de ejecutar las obligaciones conozcan en detalle los aspectos relacionados a la implementación de cada derecho para su mayor efectividad.

12. Derecho a la educación

El derecho a la educación es ampliamente abordado por el comité DESC en los sucesivos periodos en que examina al Estado paraguayo.

En los primeros exámenes que realiza el Comité, prioriza recomendar al Estado la necesidad de implementar la educación primaria con carácter gratuito en la línea de la Observación General sobre planes de enseñanza primaria obligatoria. En este sentido detalla, en referencia a la aplicación de los artículos 13 y 14 del Pacto, que reconoce los esfuerzos sostenidos realizados por el Gobierno del Paraguay, pero le preocupan las disparidades entre el sistema escolar de las zonas urbanas y rurales, así como la elevada tasa de abandono de los estudios. Asimismo señala la disminución de la calidad de la educación, la irrelevancia de los métodos educativos y la gestión excesivamente centralizada y burocrática del sector docente, según el

⁹⁹⁸ El término *prenatal* significa ‘existente o presente antes del nacimiento’. (En las estadísticas médicas, el período comienza con la terminación de las 28 semanas de gestación y termina, según las distintas definiciones, entre una y cuatro semanas antes del nacimiento); por el contrario, el término *neonatal* abarca el período correspondiente a las cuatro primeras semanas después del nacimiento; mientras que el término *postnatal* se refiere a un acontecimiento posterior al nacimiento. En esta Observación General se utilizan exclusivamente los términos prenatal y postnatal, que son más genéricos.

⁹⁹⁹ La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto.

¹⁰⁰⁰ Comité DESC, Observación General N.º 14 El derecho a la salud, 2000, E/C.12/2000/4, párr. 14.

diagnóstico del UNICEF.¹⁰⁰¹ Por tanto, las recomendaciones que realiza son las siguientes: 1. Otorgar especial atención los programas de cooperación técnica dirigidos al sector de la educación primaria; 2. Ampliar la campaña iniciada por la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Trabajo en relación con la educación de los derechos humanos a nivel de estudios primarios secundarios y universitarios; y 3. Desarrollar la campaña de educación para que incluya a los funcionarios electos, a los militares, a los catedráticos y a los miembros de la judicatura.¹⁰⁰²

En el segundo periodo del año 2007, el Comité destaca la desigualdad en el acceso a la educación entre niños y niñas y refiere que éstas poseen importantes obstáculos que impiden el acceso al sistema educativo primario. En este sentido refiere que se implementen «medidas eficaces para luchar contra la discriminación en la educación de las niñas y adolescentes».¹⁰⁰³

En el último ciclo de supervisión al Estado, destaca que la igualdad en el acceso a la educación entre hombres y mujeres posee importantes brechas que deben ser revertidas con la aplicación de medidas especiales de carácter temporal.

De acuerdo con el Comité, el Estado muestra progresos significativos en este derecho, sin embargo señala que persisten diferencias en cuanto a la accesibilidad, la calidad y las infraestructuras entre las escuelas de las zonas urbanas y rurales, lo cual afecta particularmente a niños indígenas, niños que viven en zonas remotas y niños con discapacidad.¹⁰⁰⁴ Es importante señalar que la obligación de los Estados en materia de no discriminación es significativa para los grupos señalados que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad. En cuanto a las condiciones de las escuelas señala que se identifica que las escuelas de zonas rurales no poseen condiciones óptimas de saneamiento.¹⁰⁰⁵ En las recomendaciones que realiza en la oportunidad el Comité, se distingue que remite éstas a la Observación General N.º 13 sobre el derecho a la educación. Y en

¹⁰⁰¹ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/C.12/1/Add. 1, párr. 17.

¹⁰⁰² *Ibidem*, párr. 29.

¹⁰⁰³ Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 24.

¹⁰⁰⁴ Para mayores detalles consultar Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 30.

¹⁰⁰⁵ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 30.

atención a las condiciones que debe guardar el derecho a la educación recomienda detalladamente que 1. Se implementen las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad y accesibilidad al sistema educativo para todos los niños, incluidos los niños con discapacidad, mediante la promoción de la educación inclusiva; y 2. Mejore la calidad e infraestructura de las escuelas, particularmente en las zonas rurales, y asegure que todas las escuelas en zonas rurales dispongan de instalaciones de servicios de agua y saneamiento adecuados, en particular de servicios sanitarios separados por sexo.¹⁰⁰⁶

En relación a las recomendaciones sobre el derecho a la educación, el comité DESC se centra en la educación primaria básica, sin embargo no siempre hace referencia a la Observación General sobre éste, ni a la importancia de que éste se desarrolle sin discriminaciones. Cabe señalar que, en el último periodo, el órgano de supervisión remite las recomendaciones y las medidas a implementarse por el país a las disposiciones de la interpretación que existe sobre este derecho, con lo cual puede notarse que el propio Comité, en los últimos años, se sirve de sus propios instrumentos para establecer los lineamientos y parámetros sobre este derecho.

¹⁰⁰⁶ Para mayores detalles consultar *ibidem*, párr. 30.

Resumen

Este apartado se centra en sintetizar el contenido desarrollado en esta tesis doctoral. En él se realiza un recuento como resultado del trabajo de esta investigación una vez descritos los objetivos principales, y las cuestiones que se han intentado responder a lo largo de los capítulos siguiendo un esquema de contenidos guiado por la metodología dispuesta para cada tramo de la investigación.

La hipótesis de la que se parte es si existe la posibilidad de la realización efectiva de los derechos sociales en España y Paraguay, hasta dónde ello puede exigirse y cómo puede ser supervisado. Para responder al objeto central de la investigación se ha planteado determinar los problemas de orden teórico y práctico que impiden la efectividad de los derechos sociales asociados las restricciones legales, institucionales y jurídicas ante las cuales el marco institucional y los sistemas de garantías plantean opiniones enfrentadas y no ofrecen respuestas eficaces.

El reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales mínimos subordinados y alejados de los fines del Estado supone una interpretación difícil de sostener cuando se la enfrenta al análisis en los términos de razones de justicia social.

La idea minusvalorada de los derechos sociales que los concibe como pretensiones de difícil realización, así como la exigibilidad de esta categoría plantea interrogantes que son abordadas de forma esquematizada en cada uno de los capítulos de la tesis con la intención de obtener respuestas que de manera concatenada podrían aproximar la investigación a los objetivos trazados.

De esta manera, las interrogantes planteadas se dirigen a los siguientes temas: las razones que fundamentan el carácter subjetivo de los derechos sociales; la relevancia del carácter fundamental de los derechos sociales a través de la nivelación de sus dimensiones objetiva y subjetiva; la determinación de elementos teóricos necesarios para un concepto del derecho subjetivo acorde a la efectividad de los derechos sociales; la exigibilidad de los derechos sociales en orden a las teorías de las garantías; el régimen jurídico-político de los derechos sociales en el estado español y el paraguay; los sistemas de garantías dispuestos en España

y Paraguay para la garantía de los derechos sociales; la posibilidad de la interpretación unitaria de las obligaciones de derechos en el sistema jurídico-político español; la posibilidad de la interpretación unitaria de las obligaciones de derechos en el sistema jurídico-político paraguayo; la posibilidad de implementación del control de convencionalidad de los instrumentos internacionales en vigor en el sistema jurídico paraguayo; la valoración de la doctrina del sistema universal en la interpretación, aplicación y supervisión de los derechos sociales; y, por último, la supervisión por el comité DESC de la implementación de derechos sociales en España y Paraguay.

Tras señalar las cuestiones que se analizan conviene dejar en claro que a lo largo del trabajo se busca de manera principal responder a las interrogantes planteadas a partir de los medios jurídicos e institucionales existentes desde una mirada constructiva y amplia de sus garantías. Por tanto, lo que se procura con ello vendría a aportar al campo de la utilización de los recursos existentes y poder establecer criterios que amplíen la efectividad de los derechos sociales desde la óptica de que se encuentran dadas las condiciones para ello. Sin embargo en el estudio no se abandona el hecho de señalar elementos ausentes y que debieran incorporarse.

Se intenta responder al objetivo y a las hipótesis del trabajo de investigación desde la adopción de un enfoque interdisciplinar que comprende el aspecto jurídico desde diferentes doctrinas, como la filosofía jurídica, la teoría del derecho, el derecho constitucional, la filosofía política y moral, y el derecho internacional de los derechos humanos, a la teoría y filosofía del derecho internacional. A estas doctrinas jurídicas se vincula en el estudio a las praxis y políticas públicas nacionales, y el análisis de las observaciones finales de mecanismos de supervisión y monitoreo de implementación de derechos humanos, así como informes conclusivos sobre observaciones en terreno de relatores especiales del sistema universal de protección de los derechos humanos. La combinación de las disciplinas y enfoques pretende responder a la complejidad del tema analizado.

A continuación se presenta de forma resumida los temas abordados en cada capítulo y se los relacionará con los principales análisis conclusivos obtenidos en cada etapa como manera previa a la presentación de las conclusiones finales sobre cada eje temático contenidas en el siguiente apartado.

Capítulo I

En el primer capítulo titulado “Subjetividad de los derechos sociales se exploran los desarrollos teóricos de los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales y la técnica de los derechos subjetivos como herramienta para la efectividad de los derechos sociales. Se avanza así, sobre la premisa de que el carácter heterogéneo de los derechos sociales ha sido interpretado como derechos incompletos, subordinados a los civiles y alejados de los fines del Estado. En este sentido se muestra que la mayor resistencia doctrinaria y jurisprudencial se da en el ámbito de los derechos sociales como derechos subjetivos y como derechos fundamentales, esto supone una interpretación difícil de sostener cuando se la enfrenta al análisis en los términos de razones de justicia social. Por tanto, se postula que los elementos axiológicos contribuyen a la legitimidad del Estado y a potenciar la democracia cuando los derechos fundamentales se consideran en sentido unitario e inclusivo.

Para el estudio en profundidad se parte de la estructura utilizada en el análisis de los derechos subjetivos ideada por Alexy, esto es, las razones para los derechos, los derechos como posiciones y relaciones jurídicas y, por último, la exigibilidad de los derechos. Tras ello, en el primer apartado se estudia las teorías que avanzan en el argumento de los principios y valores que subyacen a los derechos para su configuración. En cuanto a las razones para los derechos se examinan los argumentos provenientes de teorías filosófico-jurídicas que desarrollan razones basadas en valores y principios morales teniendo como centro a la autonomía personal. A través de ellas se avanza en los argumentos que postulan la relevancia de los bienes y valores que el derecho pretende proteger. El estudio avanza en aquellas teorías que superan la dicotomía tradicional entre las teorías de la voluntad y las del interés, asumiendo alguno de los elementos de cada uno de ellos y combinándolos con argumentos sustantivos, institucionales y funcionales que pueden dar cuenta de la entidad que denominamos «derechos sociales». Esta perspectiva ofrece la posibilidad de dirigir el estudio a las teorías del bienestar que ofrecen respuestas a la autonomía personal. Desde el enfoque del bienestar, las teorías de las necesidades vinculadas a la moralidad tienen como miras la autonomía y el desarrollo de las personas en tanto se dirigen a la satisfacción de bienes y valores con carácter imprescindible para la supervivencia y como medio de evitar el daño. En esta misma fase se contempla el análisis de teorías de la justicia que expanden la óptica

de los derechos sociales al campo del desarrollo de la personalidad al posicionar los derechos sociales contenidos en el umbral de capacidades que facilitan el desarrollo. Las teorías de las capacidades dan cuenta de la libertad real a partir de la determinación de un umbral mínimo de capacidades que posibilitan el desarrollo autónomo para elegir y actuar. La teoría que postula la libertad como ideal supremo del Estado concibe a los derechos civiles, políticos y sociales como derechos fundamentales de manera unitaria. Al concebir las condiciones equitativas para el ejercicio de la libertad, combina las capacidades equitativamente distribuidas para su realización e identifica a las necesidades básicas con las condiciones indispensables para que las personas sean libres. Igualmente concibe a la igualdad como un criterio de justicia para la distribución de los bienes frente a las desigualdades estructurales. De este modo, se pone el acento tanto en la dimensión objetiva de los derechos —también los sociales—, cuanto en las posiciones jurídicas a las que aquéllos pueden dar lugar —derecho subjetivo—. Otra concepción teórica considerada es aquella que plantea un concepto amplio de los derechos, incluidos los de contenido social, entendidos como precondiciones sustantivas para la autonomía de las personas y su plena participación contra mayoritarias con miras a la justicia social. Desde la teoría procesal de la democracia se pone el acento en la garantía de los derechos a través del control robusto de constitucionalidad. Este orden de ideas posibilita nivelar las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos sociales y determinar elementos que en su combinación permiten una concepción amplia del derecho subjetivo que sea acorde a los derechos sociales.

En el apartado posterior se indaga sobre las teorizaciones del derecho subjetivo en atención a las relaciones que a partir de éste se generan, y se enfrenta a éstas con las teorías que cuestionan el carácter de los derechos sociales como derechos subjetivos. Se parte de que los derechos subjetivos en tanto posiciones y relaciones jurídicas constituyen el precipitado o la materialización jurídica de las razones, valores y principios, de derechos fundamentales. En este sentido se percibe que la posición subjetiva no es plenamente accionable jurídicamente porque ello depende principalmente de la configuración normativa e institucional que son previas a la exigibilidad jurídica y se vinculan además a labores de reforma social asociadas a las garantías políticas. La mayor o menor adecuación de los contenidos sociales fundamentales en la configuración estructural en su dimensión subjetiva y objetiva conduce a la utilización de una u otra atendiendo a las características de cada derecho, y su capacidad

de adaptación sea a los derechos subjetivos o a los de orden objetivo para la garantía de los fines que cada uno conlleva. En definitiva, la vía del derecho subjetivo como técnica del lenguaje jurídico en un sentido amplio y comprensivo de elementos teóricos que lo expanden como los mencionados, determina que se lo considere como un elemento fundamental para cristalizar las pretensiones que lo integran. Sin embargo, no se debe perder de vista la dimensión objetiva, que en el caso de los derechos sociales es muy importante y trasciende del ámbito jurídico. Por último se analizan y contrastan las diversas teorías para establecer elementos que ayuden a la mejor configuración de un concepto de derecho subjetivo abocado a la efectividad a los derechos sociales.

Capítulo II

El segundo capítulo denominado “Exigibilidad de los derechos: teorías de las garantías” aborda las teorías de las garantías de los derechos sociales. El análisis en profundidad de los sistemas de garantías viabiliza conocer los diferentes obstáculos para la tutela jurídica de los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales. Sin embargo, esto otorga también la posibilidad de reforzar la afirmación de que las exigencias jurídicas complementan obligaciones políticas de los Estados democráticos de ejecutar acciones de índole legislativa y administrativa sobre la base de los principios y valores que guían los fines de los Estados constitucionales de derecho. Esto plantea reflexionar sobre las posibilidades que presentan las teorías garantistas no sólo desde las cualidades y carácter obligatorio en sentido jurisdiccional, sino en torno a la implementación de las obligaciones de carácter político. Los aspectos mencionados aproximan de forma amplia a los mecanismos que movilizan la efectividad y eficacia de los derechos sociales.

En primer lugar se estudian las principales teorías que den cabida al mejor aseguramiento y protección de los derechos sociales. Las teorías de las garantías analizadas posicionan a las obligaciones como expectativas que movilizan la acción estatal. Las obligaciones negativas y positivas toman relevancia en tanto se las concibe como primarias y secundarias. Una reconstrucción multidimensional, nivelada y escalada de las obligaciones posibilita, desde una esfera compleja, la determinación de garantías políticas y jurídicas interrelacionadas incluyentes de las garantías extrainstitucionales y la nivelación de éstas en ámbitos nacional, supranacional e infraestatal complementan el circuito de las garantías de manera completa.

Posterior a ello, se analiza la teoría de las obligaciones estatales sobre derechos sociales en el marco de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos. La teoría de las obligaciones de los derechos proveniente de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos traduce la continuidad axiológica y estructural de los derechos humanos para su cumplimiento. El reconocimiento asentado en la doctrina internacional de la continuidad axiológica y estructural de los derechos civiles, políticos y sociales como derechos humanos fundamentales permite la estructuración de las obligaciones en base a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Al combinar las obligaciones de respeto, protección y satisfacción con las acciones negativas y positivas, facilita la efectividad de las garantías. La determinación de las obligaciones estatales con carácter inmediato supone el respeto, la protección y satisfacción de cada derecho sin discriminaciones y establece de esta manera el marco igualitario para su materialización. Los resultados progresivos guían la conducta estatal tomando como referencia los atributos básicos de cada derecho y determinando sus niveles esenciales. Esto supone garantizar niveles mínimos de respeto, protección y satisfacción de derechos con carácter general con independencia del grado de desarrollo estatal y a las condiciones económicas. El aseguramiento de las garantías dispuestas contempla, además, el enfoque de violaciones centrado en la no regresividad obligatoria que entraña el respeto de las necesidades básicas y esenciales para la vida digna de las personas como medida inderogable de carácter obligatorio. Esto alude no sólo al carácter preventivo, sino también reparador y sancionador a través de garantías secundarias judiciales y cuasi judiciales dispuestas.

Como último punto se trata sobre la acogida de los derechos sociales en los distintos modelos de Estado de derecho. Establecer el nexo existente de las garantías de los derechos sociales en los modelos de Estado de derecho permite identificar los focos ideológicos que guían argumentos jurídicos-políticos, y la influencia que éstos poseen en el reconocimiento y eficacia o en los límites de los derechos sociales en la esfera constitucional.

Capítulo III

El tercer capítulo denominado “Sistemas constitucionales y régimen jurídico de los derechos sociales: la exigibilidad política y jurídica de los derechos sociales en España”. En el primer apartado se estudia la evolución de la exigibilidad de los derechos sociales en el marco de los Estados constitucionales de derecho. Posteriormente se analiza el régimen jurídico constitucional de los derechos sociales del Estado español. Se ahonda en la cuestión de la incorporación de los derechos sociales al esquema constitucional español como tema que enfrenta amplios debates. Tras ello, se exploran las garantías dispuestas en el Estado español, así se realiza un análisis de la exigibilidad política y se realiza un análisis de la configuración institucional y de políticas públicas. Posteriormente se trata las garantías extra institucionales como componente del Estado democrático de derecho y se prosigue con un análisis sobre las escalas de garantías en sentido infraestatal y supraestatal y se identifican los focos en que se utilizan buenas prácticas y aquellos en los que se precisa dar mayor énfasis para la efectividad. En este capítulo se analizan las limitaciones legales y judiciales y su interpretación. De esta manera se ahonda y responde a las posturas que cuestionan la posibilidad de exigir mediante mecanismos judiciales el aseguramiento de los derechos de orden social. Por último, como complemento y resultado de los cuestionamientos que surgen del análisis de la exigibilidad jurídica, se avanza en las posibilidades de la interpretación amplia y unitaria de los derechos fundamentales para el aseguramiento de su realización en la esfera jurisdiccional.

Capítulo IV

En este capítulo titulado “Régimen jurídico de los de los derechos sociales en la Constitución paraguaya: su exigibilidad política y jurídica” se sigue la misma línea analítica del que lo precede, pero en orden al sistema de garantías existente en el Estado paraguayo. En el primer apartado se estudia la configuración de los derechos sociales en el marco constitucional paraguayo. En el siguiente apartado se analizan los rasgos de la exigibilidad en orden al aspecto objetivo y subjetivo. Posteriormente se tratan las garantías extrainstitucionales como componente del Estado democrático de derecho y se prosigue con un análisis sobre las escalas de garantías en sentido infraestatal y supraestatal. En el apartado de las garantías supraestatales se da especial énfasis al cumplimiento de los dictámenes, sentencias y

acuerdos de la Corte IDH relativos a derechos sociales. Al igual que en capítulo anterior se enlaza la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos con la constitucional para la concepción unitaria de los derechos fundamentales. De manera particular se estudia en un apartado la posibilidad que ofrece el sistema jurídico–político para la implementación directa e inmediata del control de convencionalidad.

Capítulo V

El capítulo titulado “Análisis de la doctrina del sistema universal de protección de derechos humanos en la interpretación, aplicación y supervisión de los derechos sociales” se centra en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en particular en la doctrina del órgano de supervisión de aplicación del PIDESC. Al explorar la evolución institucional y doctrinal desarrollada en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos se realiza una aproximación a la valoración que posee esta instancia para la efectividad de los derechos sociales. La evolución de la doctrina de los derechos sociales en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos es analizada a partir de la amplia aceptación que poseen los pronunciamientos de los órganos de tratados en el reconocimiento e implementación de los derechos sociales en los países que acogen su normativa. Se profundiza igualmente en el significativo desarrollo de la doctrina del comité DESC en el seno de las Naciones Unidas y se analiza la manera en que sus aportaciones doctrinarias son utilizadas en los diversos sistemas regionales e internacionales para la tutela de los derechos sociales. Posteriormente se ahonda sobre el valor que en la esfera del derecho internacional se otorga al sentido de los pronunciamientos de este órgano, en tanto sirven como fuente del derecho internacional consuetudinario. El avance en la interpretación del PIDESC a través de la labor de su órgano de tratado señala el aporte a la exigibilidad de los derechos de índole social y la posibilidad que ofrece para la mayor efectividad de éstos en todos los niveles y escalas.

Capítulo VI

La supervisión internacional sobre el cumplimiento de los derechos sociales se concreta en este capítulo denominado “Análisis de las observaciones finales emitidas por el comité de derechos económicos, sociales y culturales y otros órganos de vigilancia de derechos humanos al Estado español”. El análisis en esta instancia se centra en el análisis de políticas públicas a través de las que se llevan a la praxis las disposiciones relativas al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en España. A lo largo de éste se estudia de manera global la ejecución de los derechos sociales tomando como base los informes del Estado español desde el tercer periodo de examinación del comité DESC. Ello se contrapone a las recomendaciones generales del comité DESC y otros órganos del sistema universal que abordan derechos conexos a éstos, como las emitidas por las relatorías sobre discriminación racial, vivienda adecuada, así como del comité de derechos civiles y políticos y del comité CEDAW, enfrentándolos con la interpretación jurídica que de cada derecho social emite el comité DESC en consideración a su relevancia teórica y jurídica. Se ha considerado incorporar al estudio, las observaciones que realizan expertos independientes de las Naciones Unidas luego de sus visitas sobre el terreno en razón a profundizar en derechos que presentan mayores problemas en España. En el análisis se examina las observaciones y respuestas del comité analizando un conjunto de derechos seleccionado y sometiendo el análisis de forma transversal a mujeres y grupos en situación de vulnerabilidad. En el estudio destacan problemas de los derechos sociales en el país asociados a las crisis económicas y financieras. Se puede de esta manera apreciar los focos en los que la realización de los derechos sociales posee mayores obstáculos como el caso del derecho al trabajo, las condiciones de vida, vivienda y seguridad social que determinan el avance de la situación social de pobreza. En cuanto los grupos en situación de vulnerabilidad destacan las mujeres y niñas y las personas migrantes y solicitantes de asilo. Otros derechos como la salud y la educación dan muestra de regresiones por la aplicación de medidas de austeridad aplicadas. El análisis conclusivo en profundidad de todo esto se encuentra detallado en el siguiente apartado que expone las conclusiones.

Capítulo VII

El desarrollo del último capítulo se dirige al análisis de las observaciones finales emitidas por el comité de derechos económicos, sociales y culturales y otros órganos de vigilancia de derechos humanos al estado paraguayo. Para ello se sigue la misma línea analítica del que lo precede, pero en orden al Estado paraguayo. El análisis se centra en las políticas públicas a través de las que se implementan las disposiciones relativas al Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales en el país. De manera global contempla la evaluación de la ejecución de los derechos sociales tomando como base los informes del estado paraguayo desde el segundo periodo de examinación del comité DESC. Se contraponen ello a las recomendaciones generales del comité DESC y otros órganos del sistema universal que se ocupan de derechos conexos a estos, como ser los provenientes de relatorías sobre pobreza extrema y derechos humanos, alimentación, comité de derechos civiles y políticos, así como del comité CEDAW, comparándolos con las observaciones generales que de cada derecho social emite el Comité DESC.

La línea de análisis en esta instancia pone el foco en las desigualdades estructurales existentes para la realización de los derechos sociales. En este sentido, se enfoca en los problemas de la pobreza y extrema pobreza existente en el país. Se hace hincapié sobre el contexto de los grupos en situación de vulnerabilidad en el análisis de cada derecho. Otro aspecto que destaca en el estudio es la evaluación de las debilidades institucionales de derechos humanos así como la corrupción y la falta de independencia de la judicatura. Se analiza la discriminación y la violencia hacia las mujeres como problemas sistémicos. Se percibe también que la falta de adhesión del Estado al Protocolo Facultativo del PIDESC constituye un agravante en los casos en que se encuentran obstáculos por incumplimientos o vulneración del Pacto DESC. Las conclusiones en profundidad señalan limitaciones que se presenta en la implementación de los contenidos mínimos y atributos de los derechos a la salud, el trabajo, así como la educación. Estas son presentadas de manera detallada en el siguiente apartado que desarrolla las conclusiones por cada eje temático.

Conclusiones

Este apartado se centra en presentar las conclusiones a las que se ha llegado a través de la investigación llevada a cabo. Se postula que la perspectiva más adecuada para examinar la efectividad de los derechos es aquella que mantiene una visión holista y compleja de los derechos sociales, de sus dimensiones objetiva y subjetiva, vinculadas a las garantías y obligaciones en diferentes niveles y escalas.

El estudio realiza un análisis de las garantías políticas y jurídicas dispuestas en los sistemas jurídico-políticos español y paraguayo, y estudia el cumplimiento de éstas a partir del contexto de supervisión de la doctrina del comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas. Esta perspectiva permite identificar los avances y obstáculos que condicionan el disfrute de la categoría que entendemos como derechos sociales. Las limitaciones, en general, responden a restricciones de índole legal, institucional y jurídica, derivadas o influenciadas por componentes ideológicos y a políticas económicas que operan en contraposición a los fines de justicia social pactados a escala global.

Frente a estas limitaciones se propone la superación de las inconsistencias del concepto tradicional del derecho subjetivo, igualmente se propone nivelar la relevancia que posee la dimensión objetiva como complementaria de aquella más subjetiva para la efectividad de los derechos. Se concluye que existen condiciones teóricas que permiten superar la idea de que los derechos sociales son derechos subordinados, diferentes a los civiles y de difícil realización y se opta por dirigir la mirada a potenciar las garantías políticas y judiciales como un imperativo para salvar los obstáculos señalados.

Presentaré a continuación las conclusiones dispuestas en ejes temáticos, de acuerdo a los contenidos que han sido analizados.

I – Subjetividad de los derechos sociales: fundamentos para su exigibilidad

El carácter multidimensional y heterogéneo de los derechos sociales supone que lo que cabe entender por esta categoría sea objeto de amplio debate. Los derechos sociales se basan en razones que fundamentan su reconocimiento en tanto derechos humanos y cuanto que derechos fundamentales, que además puede precipitarse en posiciones y relaciones jurídicas que permiten catalogarlos como derechos subjetivos.

Una mirada amplia de las posiciones y relaciones jurídicas remite a los valores que movilizan cada derecho, las razones que justifican y dan sentido a aquéllos.

Las principales teorías filosófico-jurídicas que aportan una concepción sustantiva del derecho subjetivo desde valores y principios morales postulan la agencia moral de las personas y ofrecen argumentos de los que se parte al considerar la subjetividad de los derechos sociales, sin embargo, resultan insuficientes cuando se valora la funcionalidad de la autonomía y desarrollo de las personas que no pueden valerse por sí mismas. De alguna manera, las principales respuestas las encontramos en desarrollos de esta idea central de autonomía.

En este orden de cosas, se apela con frecuencia a la noción de las necesidades básicas en su conexión con los derechos sociales porque éstas atribuyen valor moral a aquello que se identificaría con las condiciones elementales de existencia humana: la supervivencia, el bienestar y la evitación del daño grave. La conexión de las necesidades con la moralidad pondría el acento en la satisfacción de los derechos sociales como la alimentación, salud, educación, inescindibles para el bienestar general, y esto posibilita el desarrollo autónomo de las personas.

La teoría de las capacidades presenta a la libertad vinculada con la capacidad potencial para alcanzar la realización personal. La determinación de un umbral mínimo de capacidades, que comprende ampliamente a los derechos sociales, admite elegir y actuar libremente, y en consecuencia asegura la calidad de vida e imprime la posibilidad del desarrollo personal. Cuando se vincula a las capacidades con el umbral mínimo para la justicia social básica se comprende que éstas refieren a las oportunidades con que las personas cuentan para alcanzar la libertad real.

La teoría de las condiciones equitativas para la libertad comprende a los derechos fundamentales desde un enfoque unitario ya que todos conducen a la materialización de la libertad real, referida como ideal supremo de la vida humana y de su ordenación política. Vincula a los derechos sociales con la libertad de las personas desde su condición educativa, asistencial y laboral, que pasan a ser identificados como derechos que integran el estatus de ciudadanía.

Cuando se postula la libertad material como ideal supremo de la vida humana que ha de guiar la ordenación política, se comprenden también las necesidades y las capacidades de manera complementaria y relacionada. Las necesidades traducidas a los derechos fundamentales, como por ejemplo, la educación, posibilitan la capacidad del ejercicio autónomo y libre de las personas. Esto hace posible que se opte por una comprensión combinada de los elementos teóricos enunciados por estas teorías.

II. La relevancia del carácter fundamental de los derechos sociales: aproximación a la nivelación de sus dimensiones objetiva y subjetiva

La fundamentalidad de los derechos sociales toma particular relevancia cuando son tratados desde dos enfoques: el primero como derechos que sirven a la libertad y ordenación política, y por tanto estar fuera del alcance del mercado; el segundo cuando se los concibe como precondiciones que deben asegurarse desde la óptica de la justicia social y límite a los poderes del Estado a través de su tutela constitucional. Estas concepciones aluden desde diferentes esferas a reforzar el carácter fundamental de los derechos sociales como fuente de los derechos subjetivos.

Los valores protegidos por los derechos fundamentales se transcriben de manera diferenciada en derechos subjetivos, en razón a las diferentes garantías que se deben configurar para su alcance en cada derecho, lo cual determina que la efectividad como derechos de esta categoría posea diferencias de grados y alcance. Esto indica el carácter contingente de la subjetividad de los derechos fundamentales porque este varía de unos derechos a otros. Se ha optado por tanto en que cabría evaluar en cada caso la conveniencia de su postulación como derechos subjetivos u objetivos, en tanto esto permita un mejor despliegue del derecho en cuestión.

III. Determinación de elementos teóricos necesarios para un concepto del derecho subjetivo acorde a la efectividad de los derechos sociales

La distinción entre los derechos fundamentales, de un lado, y de otro el derecho subjetivo es un aporte teórico de relevancia para este trabajo porque al diferenciar a los primeros como ideales del Estado, y a los segundos como un medio o herramienta en que se precipitan dichos ideales se vislumbra el carácter contingente que describe la dimensión subjetiva de los derechos sociales.

Se ha optado por establecer una concepción amplia del derecho subjetivo que combine elementos teóricos y en la que el encaje de los derechos sociales se considere más adecuado para su realización. De esta manera, un concepto del derecho subjetivo conforme a los derechos sociales debería comprender un conjunto de diversas posiciones y relaciones jurídicas universales con vocación transformadora en razón a valores y principios centrados en la igual capacidad y libertad sustantiva como elementos para el aseguramiento de la autonomía y desarrollo personal, y cuya configuración jurídica entrañe estos contenidos como precondiciones que determinen su condición y protección como derechos de primer orden.

IV. Exigibilidad de los derechos sociales: teorías de las garantías

Las obligaciones se basan en las razones de los derechos y se asocian a éstos porque pretenden su realización y efectividad. De esta manera, se las comprende en un doble sentido. El primero asociado a la idea de que son dispuestas como límites a los poderes públicos y privados; el segundo, vinculado a las expectativas creadas por las potestades, facultades, inmunidades y pretensiones.

Se aboga por abandonar la idea tradicional que asocia la exigibilidad de los derechos sólo a sus garantías jurisdiccionales, y en su lugar posicionar que la tutela es efectiva cuando se implementan todas las dimensiones de los derechos sociales y se establece una interacción combinada de las garantías políticas y jurídicas.

El carácter heterogéneo de los derechos conduce a que su realización plena —englobante de todas sus dimensiones de manera unitaria— se efectiviza cuando se superan las acciones

puramente abstencionistas o prestacionales, y se especifica a las obligaciones de los derechos como acciones a respetar, cumplir y satisfacer por el poder público.

Las obligaciones de respetar, cumplir y satisfacer imprimen una mayor efectividad de los derechos al implicar acciones positivas y negativas con carácter inmediato y progresivo. De esta manera, el requisito de la efectividad supone el relacionamiento entre la medida que se adopte y los objetivos que persigue cada derecho, y por tanto todas las garantías están destinadas a producir resultados con carácter insoslayable.

Se ha optado por adecuar el análisis de la exigibilidad de los derechos sociales a través de la teoría de las garantías que propone un esquema multinivelado inclusivo de todos los actores sociales para la sustantividad democrática, en la que tiene cabida el análisis de las obligaciones desde una esfera unitaria, con lo cual se facilita el análisis en cada nivel.

VI. Los derechos sociales en los sistemas constitucionales español y paraguay

La articulación constitucional mínima de los derechos sociales fundamentales señala incoherencias con los fines que se postulan en el marco del estado social y democrático de derecho en el Estado español y en el paraguay.

Se ha optado por superar las fricciones que se presentan al analizar la disposición de los derechos humanos por la dogmática constitucional frente a la doctrina elaborada en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. El estudio de los sistemas constitucionales locales demuestra que es posible el encaje de ambos sistemas a través de la construcción unitaria de los derechos fundamentales. La consideración unitaria, si bien proviene del ámbito del derecho internacional, se desarrolla y aplica en el campo del derecho local.

La Constitución española prevé la indivisibilidad de los derechos humanos en diversos preceptos que postulan la labor combinada de las instituciones políticas y jurisdiccionales para la realización de los derechos fundamentales. Al remitir la interpretación del principio de dignidad al sentido de los instrumentos internacionales otorga la nota fundamental que ha de guiar el actuar de todos los poderes del Estado conformándose a ello.

El marco jurídico-político paraguayo también permite la construcción unitaria de los derechos humanos a partir la dignidad de la persona humana, así como la igualdad y la libertad como valores acogidos de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que se encuentran consignados en diferentes articulados. El sentido fundamental que se otorga a las disposiciones de los instrumentos internacionales se refleja, además, en la cláusula constitucional que dispone la renuncia a los tratados con el procedimiento de modificación de la propia norma fundamental. Asimismo, en la Constitución se prevé la labor interrelacionada de los poderes públicos que conforman el Estado.

VII. Posibilidad de la interpretación unitaria de las obligaciones de derechos en el sistema jurídico-político español

La interpretación doctrinaria y jurisprudencial que limita los derechos sociales se encuentra vinculada al argumento dogmático que postula la libertad de configuración del legislador, como los derechos sociales se enuncian como principios se niega su carácter de derechos fundamentales. Esta opinión mayoritaria se traslada al ámbito de las garantías políticas y jurídicas.

En el ámbito de las garantías políticas, la libertad de configuración legal supuso el alejamiento de la interpretación de los principios sociales de los fines que han de guiar el actuar del Estado. Se ha optado, sin embargo, por considerar que la fuerza de la Constitución se proclama de manera unitaria y no sólo en relación con algunas de sus partes o contenidos.

Se subraya la necesidad de una interpretación compleja que contemple la unidad del conjunto de derechos humanos. Ello posibilitaría superar los problemas asociados a la falta de justiciabilidad de los derechos sociales y reforzaría su tutela ante situaciones de regresividad para el respeto de los contenidos mínimos esenciales.

Se aboga por una ampliación interpretativa para el aseguramiento de los derechos sociales en su carácter de disposiciones fundamentales. Los tribunales contenciosos administrativos y los tribunales superiores ya han avanzado en este sentido, con lo cual existen condiciones para que ello se traslade a la doctrina del Tribunal Constitucional.

VIII. Posibilidad de la interpretación unitaria de las obligaciones de derechos en el sistema jurídico-político paraguayo

El carácter fundamental de los derechos sociales se encuentra limitado por la interpretación mayoritaria como normas programáticas vinculadas a políticas económicas antes que a auténticos fines del Estado.

El efecto *inter partes* que tienen las declaraciones de inconstitucionalidad limitan las garantías de los derechos fundamentales, dado que no contemplan la nulidad de las leyes y disposiciones inconstitucionales y la situación injusta generada por ellas continúa patente.

En la esfera de las garantías políticas, los programas y políticas con enfoque social sortean constantes medidas de los gobiernos que se suceden, mientras algunos los potencian como ejes centrales de sus programas, otros los reducen de manera significativa, sin que ello pueda ser objeto de reclamos judiciales.

En el ámbito jurisdiccional las garantías de los derechos sociales como derechos fundamentales poseen importantes limitaciones interpretativas. De un lado, el carácter programático asignado a estos es interpretado como la ausencia de interferencia en las labores legislativas y administrativas del poder judicial. De otro lado, la facultad de decisión de los jueces y tribunales ordinarios sobre la aplicación de leyes y preceptos que contravienen a la Constitución se encuentra limitada por una ley procesal y la falta de uniformidad de criterios sobre ello genera mayor inseguridad jurídica.

IX. Control de convencionalidad de los instrumentos internacionales en vigor en el sistema jurídico paraguayo

El sistema constitucional paraguayo acoge la aplicación directa de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. Esto incluye también a los que conciernen a derechos sociales.

La limitación del control de convencionalidad se asocia a la interpretación restrictiva que se realiza del artículo 137 de la Constitución en el que se establece el orden de prelación normativo que otorga un carácter cuasi constitucional de los convenios y tratados internacionales y los sitúa por debajo de la Constitución. La doctrina mayoritaria interpreta

que su aplicación se encuentra condicionada al desarrollo constitucional expreso de estos contenidos. Desde otra arista se entiende que la aplicación no puede tener lugar con efecto directo e inmediato.

Se concluye que existen condiciones para abandonar estas posturas desde la propia Constitución. El artículo 45 de la Constitución establece que la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar ningún derecho o garantía. Esto, además, se refuerza con el artículo 148 que postula la renuncia a tratados y convenios internacionales a través del mecanismo de modificación de la propia Constitución, con lo cual se determina el carácter cuasi constitucional de los instrumentos internacionales.

X. Valoración de la doctrina del sistema universal en la interpretación, aplicación y supervisión de los derechos sociales

El significativo valor teórico, jurídico y práctico que posee en la actualidad la doctrina del sistema universal de derechos humanos, dada su amplia acogida estatal, regional y dentro del propio sistema universal, da cuenta de la eficacia que éstas suponen. En los últimos decenios el comité DESC ha desarrollado una labor doctrinal importante y fue evolucionando entorno a convertirse en un mecanismo imprescindible para la exigibilidad de los derechos de índole social a escala mundial.

La doctrina del comité DESC ha servido para la evolución de la interpretación de los derechos contenidos en el PIDESC y se replica en decisiones adoptadas por tribunales internacionales de protección de derechos humanos. Esto ha supuesto un importante avance en materia de exigibilidad de los derechos humanos, y de los sociales en particular.

Los efectos jurídicos vinculan a los Estados con las observaciones finales, recomendaciones, observaciones generales, dictámenes a las disposiciones normativas de los diferentes tratados que son ratificados y potencian su exigibilidad, dado que se entiende que el pronunciamiento de los órganos de tratados conlleva efectos jurídicos de índole obligatoria que vinculan de forma directa a los Estados con su ejecución.

Se ha identificado además que los efectos jurídicos de los diferentes pronunciamientos de los órganos de tratados constituyen una fuente relevante de derecho internacional

consuetudinario cuando sus pronunciamientos son incorporados a resoluciones por el propio sistema universal, como ha sucedido en casos como el derecho al agua, saneamiento o cuestiones alimentarias, entre otros.

La doctrina construida a partir de la interpretación que realiza el comité DESC en las observaciones generales facilita el conocimiento acabado del contenido, sentido, maneras de realización y formas de protección de cada derecho que en su conjunto representa un cuerpo interpretativo del pacto y, al mismo tiempo, constituye un parámetro para la formulación del sentido en que este órgano de supervisión emite sus observaciones finales o recomendaciones finales a los Estados parte del pacto PIDESC.

La relación que se hace de la doctrina del mecanismo universal de supervisión de cumplimiento de derechos sociales con su implementación a escala local permite identificar cuáles deberían ser los compromisos prioritarios de los Estados en materia de derechos sociales. Además amplía la participación democrática con la inclusión de informes alternativos de la sociedad civil para controlar la adecuación de la conducta del Estado evaluado a estándares de derechos humanos y verificar si ello condice con sus reclamos.

La utilización de los criterios contenidos en las observaciones generales por el comité DESC en sus recomendaciones indica que no se aplican en relación con todos los derechos, y que en ocasiones su remisión a las observaciones ha sido escasa o simplemente inexistente.

El posicionamiento de los pronunciamientos del comité DESC demuestra una evolución constante de su doctrina, sin embargo, posee limitaciones en orden al incumplimiento de las observaciones finales y en la acogida del protocolo facultativo del PIDESC. Aun así, la incipiente labor de este mecanismo es importante y su funcionamiento es clave para la evolución de estos derechos en el ámbito de la justiciabilidad de los derechos sociales.

XI. Observaciones finales emitidas por el comité DESC al Estado español

Factores determinantes del avance de la situación de pobreza

Los periodos examinados indican que las sucesivas crisis económicas y financieras afectan de manera transversal a la realización de los derechos sociales. El desempleo, y la precarización del trabajo, así como las personas sin vivienda son sólo algunos indicadores de

los efectos del incremento de la pobreza en la sociedad española. Las medidas de austeridad aplicadas a la seguridad social, la salud, la educación y la vivienda han tornado en residual su disfrute por los miembros menos aventajados de la sociedad.

El estudio de las examinaciones dan cuenta del progresivo avance de la pobreza en el país y se identifica que las medidas restrictivas aplicadas a políticas nacionales dirigidas a derechos vinculados a las condiciones de vida vulneran criterios de no regresividad y de contenidos mínimos, y afectan de manera desproporcionada a grupos en situación de vulnerabilidad y a reforzar las desigualdades estructurales de las comunidades autónomas. Se concluye que se debe cesar la aplicación de políticas de austeridad que vulneren derechos, y potenciar medidas económicas complejas que combinen un régimen tributario progresivo y redistributivo que sea transparente y equitativo. Relacionado a este tema se propone el restablecimiento de la cuantía de las pensiones acorde al nivel de vida digno y que se extiendan los beneficios con carácter universal y no condicionado a las aportaciones. La situación social se ha precarizado debido a los dilatados problemas sobre la vivienda asociados al incumplimiento de las obligaciones mínimas de este derecho. Ello se profundiza con la regresión de las políticas de promoción y acceso, y el uso indiscriminado de los desahucios y desalojos en periodos de crisis. Tales condiciones sugieren la urgencia de políticas que contemplen los atributos de este derecho con carácter obligatorio y se amplíen la medidas de promoción de viviendas comunitarias y alquileres flexibles.

Eficacia del principio de no discriminación

Los programas y las políticas inconsistentes en materia de discriminación conllevan décadas de segregación de grupos africanos, gitanos, migrantes y solicitantes de asilo. Esto incide en el acceso y condiciones de trabajo, la continuidad en la educación, la vivienda y en la utilización de servicios de salud. En paralelo se identifica que la tutela legal es débil o muy residual y el propio comité se enfoca en las garantías judiciales recién en 2012. Se ha visto, además, que el Comité no remite al contenido de la observación general sobre el tema y tampoco señala la inmediatez de esta obligación frente a un problema sistémico.

Desigualdad y violencia por razones de género

La persistencia del estereotipo de roles de género y la violencia hacia mujeres denota que se trata de un problema sistémico en España. Las asimetrías se expanden cuando se fija la atención en derechos como el trabajo, condiciones laborales, educación, salud y condiciones de vida. Las recomendaciones del comité DESC no describen mayores detalles sino hasta 2012. Cabría que las recomendaciones subrayasen la necesidad de inmediatez en las medidas y la implementación de normas especiales con carácter temporal, especialmente en periodos de crisis económicas, para evitar que se refuercen las desigualdades entre mujeres y hombres, y la violencia que padecen estas. Se considera relevante que el Comité remita en sus recomendaciones a su doctrina sobre este tema para hacer frente a la interpretación sesgada.

Consistencia de las medidas legales y judiciales

El rigor clasificatorio legal no reconoce como derechos fundamentales a un importante grupo de derechos sociales y su tutela se halla excesivamente limitada. Se aboga por la revisión de la normativa constitucional y la ampliación interpretativa interna conforme a la doctrina unitaria de los derechos humanos.

Adecuación de medidas a los contenidos del derecho al trabajo

Las sucesivas crisis económicas inciden de manera significativa en la vulneración de los contenidos mínimos del derecho al trabajo, determinando altos niveles de desempleo y su precarización. El salario mínimo interprofesional carece de mecanismos de mantenimiento y adecuación eficaz para el desarrollo de una vida digna y la brecha salarial que padecen las mujeres frente a los hombres refuerza la discriminación y la desigualdad. Se aboga por medidas para el impulso del pleno empleo, y la magnitud de los problemas asociados al acceso y condiciones de trabajo debe tener una respuesta efectiva que implicaría la adopción combinada de medidas recomendadas.

Preponderancia del derecho a la salud

La evaluación del derecho a la salud muestra que las medidas adoptadas en periodos de crisis económica y financiera afectan a la calidad de los servicios, y ha determinado la reversibilidad del sistema universal de salud. Se subraya que los ciclos económicos no pueden condicionar el sistema sanitario y se aboga por suspender la implementación de

medidas de austeridad que pongan en riesgo y obstaculicen el derecho a la salud en todos sus componentes.

Preservación de los atributos del derecho a la educación

El derecho a la educación muestra variaciones a consecuencia de las medidas de austeridad. La educación presenta debilidades en colectivos culturalmente diversos o en condiciones de pobreza que determinan que el acceso a este derecho no se pueda desarrollar a plenitud, y ello se acentúa en el caso de niñas y mujeres. La doctrina del comité DESC establece que el derecho a la educación es un derecho social intrínseco y un medio de realizar otros derechos humanos. Sin embargo, las recomendaciones no se realizan de forma detallada y se echa en falta la utilización por el propio órgano de supervisión de las observaciones generales siendo que en esferas regionales e internacionales son de gran utilidad.

XII. Observaciones finales emitidas por el comité DESC al estado paraguayo

Factores decisivos en la pobreza, extrema pobreza y discriminación

La amplia desigualdad estructural asociada a la combinación de factores como el modelo económico, la debilidad institucional y la corrupción determina que la pobreza y la extrema pobreza sean problemas sistémicos en Paraguay. Paralelamente, el régimen fiscal e impositivo señala que su aplicación es injusta, y la recaudación es insuficiente para la cobertura de derechos asociados a las necesidades básicas. La concentración de tierras en poder de empresas agro-ganaderas y la discriminación a pueblos indígenas y campesinos constituye un obstáculo para la libre disposición de los territorios ancestrales. La discriminación de estas poblaciones y de aquéllas motivadas por la orientación sexual e identidad de género, la discapacidad, y la edad determinan múltiples tipos de discriminación y profundizan la situación de pobreza que se agrava en casos de mujeres y niñas indígenas y campesinas. En cuanto a la vivienda y otros derechos asociados a ésta, como el agua potable y saneamiento y los desalojos forzosos, se plantea que la calidad de ésta es deficiente y no logra comprender los atributos mínimos. La ausencia de programas de ayuda a la vivienda eficaces y la ausencia de albergues deja sin cobertura a un alto porcentaje de la población. Los desalojos forzosos y sus consecuencias sociales afectan especialmente a mujeres, niños y niñas en situación de precariedad.

Se aboga por la implementación de una legislación contra toda forma de discriminación, el fortalecimiento de las instituciones públicas y las políticas de reordenamiento agrario que impliquen reformas legales y medidas judiciales para evitar los desalojos injustos y sus consecuencias, así como por la adopción de medidas que incluyan el respeto a la cosmovisión de sus culturas y programas que contemplen la inclusión de estos grupos en las políticas, con especial atención al derecho a la salud, educación, alimentación y condiciones de vida para hacer frente a los altos índices de pobreza y extrema pobreza. Se debe reforzar el sistema impositivo y tributario para que sea adecuado y nivelado y combatir la corrupción en el sistema de recaudación. Se requieren medidas urgentes para facilitar programas públicos para el acceso a la vivienda, agua y saneamiento, y la implementación de albergues de calidad. En cuanto a los desalojos, se precisan políticas judiciales destinadas al control de la interpretación jurisdiccional de la figura.

La seguridad social como derecho vinculado a las condiciones de vida es insuficiente y su cobertura, sectorial, pues solo abarca a trabajadores dependientes. La respuesta a este inconveniente supone la ampliación del sistema de seguridad social, que adopte el principio de universalidad y que incluya a todas las personas del territorio. Los índices de desnutrición y subnutrición son altos y deparan un desafío urgente de modificaciones legales y programas que incluyan el acceso a alimentos necesarios y de calidad suficientes a escala nacional.

Seguridad jurídica y medidas judiciales

La excesiva injerencia de factores económicos e ideológicos y la falta de independencia judicial obstruyen la tutela jurídica directa e inmediata de los derechos sociales. Su exigibilidad judicial se ve mayormente comprometida con la falta de ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC. Se propone la reconstrucción compleja de los derechos fundamentales en todas sus dimensiones y la implementación urgente del control de convencionalidad.

Desigualdad y violencia hacia mujeres y niñas

Las acentuadas asimetrías entre mujeres y hombres, la desigualdad y violencia motivadas por el género femenino obstaculizan y condicionan su desarrollo. Asociado a ello, el origen étnico y rural en el caso de las mujeres y niñas indígenas, campesinas, adultas mayores y con

discapacidad determina la discriminación múltiple. Las medidas recomendadas apuntan a la transversalidad de las cuestiones de género femenino en la legislación y las políticas públicas y judiciales, así como en la cultura como respuestas a estos problemas sistémicos.

Integralidad del derecho al trabajo

La formalización del empleo y del empleo precario, así como la tutela efectiva de la sindicalización y huelga, son consideradas de manera particular. Las mujeres enfrentan condiciones muy desiguales de trabajo y de salarios, se resiente la falta de cobertura social en el ámbito laboral y el monto del salario mínimo general es insuficiente para dar cobertura a condiciones de vida dignas. En este sentido, se hace hincapié en la implementación de políticas que aseguren condiciones dignas de trabajos y salarios a las mujeres, en particular al trabajo doméstico.

Adecuación de medidas a los componentes del derecho a la salud

La implementación del derecho a la salud carece de algunos atributos y contenidos mínimos, como puede ser la universalidad, los servicios sanitarios en ámbitos rurales presentan problemas de accesibilidad, disponibilidad y calidad. Ello incide especialmente en colectivos como mujeres, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores, indígenas y rurales. Se aboga por la suficiencia de recursos destinados al sector de la salud y a asegurar que se cumplan los contenidos mínimos de este derecho y el mejoramiento de la infraestructura del sistema de atención primaria y de urgencia.

La salud sexual contemplada en casos de prevención y métodos anticonceptivos genera un amplio margen de muertes de mujeres por abortos clandestinos y supone el estudio y modificación de la legislación que prohíbe el aborto.

Aseguramiento del derecho a la educación

El derecho a la educación es analizado particularmente desde la perspectiva del derecho a la educación primaria. Los obstáculos que se señalan indican que los componentes mínimos, como la accesibilidad y adaptabilidad, son desafíos importantes en el sistema escolar básico. Se alude a la importancia del establecimiento de temas particulares que componen este derecho, como las partidas económicas, y las condiciones edilicias. Si bien las

recomendaciones del comité DESC se centran en la educación primaria básica, no siempre se hace referencia a la observación general sobre este derecho, ni a la importancia de que este se desarrolle sin discriminaciones.

La adopción de la metodología de monitoreo del cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos facilita la aproximación sobre la situación en que se encuentra el desarrollo de cada derecho a escala local. Esto se ve favorecido cuando se cruzan los informes provenientes de diversos órganos. Los periodos examinados describen los avances, obstáculos y desafíos urgentes, pero principalmente constituyen una guía para la realización efectiva de los derechos sociales que representa un imperativo en el marco de la justicia social.

Bibliografía

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *Los Derecho sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Traducción de Jorge Seña, Gedisa, Barcelona, 2004.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*, Traducción de Luis Villar, Universidad Externado de Colombia, 1995

ALMIRON, E., «El derecho internacional de los derechos humanos y su alcance constitucional», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentarios a la Constitución Tomo II*, Corte Suprema de Justicia. 2002.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El Consejo de Derechos Humanos*, en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf p.11

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS Folleto Informativo N°33, Preguntas frecuentes sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_spfolletoDESC.pdf, p.53.

ANSUÁTEGUI, F., «Argumentos para una teoría de los derechos sociales» en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, ZAPATERO, V. y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Madrid, 2009.

AÑÓN, M. J. y Otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, 2004.

AÑÓN, M. J., «¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?», *Derechos y Libertades N.º 34, Época II*, enero 2016,57-90.

AÑÓN, M.J., «Derechos humanos y obligaciones positivas», *La eficacia de los derechos sociales*, BERNUZ, M.J., y CALVO, M., Editores, Tirant Lo Blanch, 2013, 43-71.

AÑÓN, M. J., «Derechos Sociales. Cuestiones de legalidad y legitimidad». *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, 15-41.

AÑÓN, M. J., *Necesidades y derechos. Un examen de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

APARICIO, M., y PISARELLO, G., «Los Derechos humanos y sus garantías: nociones básicas», en BONET PÉREZ, J., SÁNCHEZ, V., *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens, 2008, 140-161.

ARANGO, R, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, 2ª ed., Bogotá, 2012.

BALAGUER, F., *Manual de Derecho Constitucional Tomo II*, Editorial Tecnos. Madrid, 2017.

BALDASARRE, A., *Los derechos sociales*, Universidad del Externado de Colombia, 2001.

BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES, A. (coordinadores), *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.

BASTIDA, F, y Otros, *Teoría General de los Derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

BASTIDA, F., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007, 103 – 149.

BASTIDA, VARELA y REQUEJO, *Cuestionario comentado de derecho constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.

BENITEZ, J. M., «El Estado social de derecho», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997.

BERNAL, C., «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria», *Revista Discusiones*, 2004, 99-144.

BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BERNUZ, M. J. y CALVO, M., Editores, *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

BETEGÓN, J, LAPORTA, F., PÁRAMO, J. R., y PRIETO, L. (editores), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

BOCKENFORDE, W., «Los derechos fundamentales en la estructura de la Constitución», *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden–Baden, 1993.

BONET PÉREZ, J. y SÁNCHEZ, V., *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens, 2008.

BONET PÉREZ, J., «Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales» en BONET PÉREZ, J., y ALIJA, R., Editores, *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI: Una aproximación jurídica desde el derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

BREGAGLIO, R., «Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos», en BANDEIRA GALINDO, G. R., URUEÑA, R., TORRES PÉREZ, A. (coordinadores), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.

CALVO, M., «La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Los derechos sociales como una exigencia de la Justicia. Cuadernos de democracia y derechos humanos*, ZAPATERO, V., y GARRIDO, M. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2009, 201-225.

CANO, J., «El derecho constitucional a una vivienda digna», *Revista de Derecho Urbanístico. Medio Ambiente*, 291, p. 143-172

CARBONELL, M., *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, UNAM, Madrid, 1996.

CARBONELL, M., «La garantía de los derechos sociales», *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.

CARBONELL, M., y CRUZ PARCERO, J. A., Compiladores, *Derechos sociales y las minorías* Universidad Autónoma de México, México DF, 2000.

CASCAJO, J. L., «Derechos sociales en Derechos sociales y principios rectores»: *Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMINGUEZ, A., (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CASCAJO, J. L., «Ponencia: Derechos sociales», en CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMINGUEZ, A., y NAVARRO, V. (coordinadores), *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CASCAJO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMINGUEZ, A., (coordinadores), *Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CLEMENTS, L. y SIMMONS, A., «El tribunal Europeo de derechos humanos. Malestar receptivo», en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, 591-615.

COURTIS, C., «Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social», *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, CARBONELL, M., (edit.) Trotta/UNAM, Madrid, 2007.

COURTIS, CH., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Compilador, CEDAL - CELS, Del puerto Editores, Buenos Aires, 2006.

CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford University Press, 1995.

DE LA IGLESIA, A., «La fragmentación de la exigibilidad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español», *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, TEROL, M., y JIMENA, L., Directores, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 119.

DE LUCAS, J. y otros, *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

DE LUCAS, J., «Los derechos sociales en tiempos difíciles. (Para una discusión genuinamente radical de los derechos sociales)» *Los derechos sociales como una exigencia de la Justicia. Cuadernos de democracia y derechos humanos*, ZAPATERO, V., y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2009.

DE LUCAS, J., «¿Qué políticas de inmigración? (Reflexiones al hilo de la Ley de Extranjería en España) », *Tiempo de Paz*, núm. 55, 1999, 5-31.

DE LUCAS, J., «Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos» en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, 59-128.

DE LUCAS, J., «Ciudadanía: concepto y contexto. Algunas observaciones desde Principia Iuris de L. Ferrajoli», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2012, 101-124.

DE LUCAS, J., «Democracia, derechos y políticas migratorias en tiempos de crisis», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 12, 2012.

DE LUCAS, J., «Inmigración y ciudadanía. Visibilidad, presencia, pertenencia», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, 81-103

DE LUCAS, J., AÑÓN, M. J., «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, núm. 7, 55 -81. DE LUCAS, J., «Sobre el proceso de globalización de la xenofobia y el racismo institucionales», *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 229, 1990, 41-56.

DIAZ, E. y COLOMER, J.L. (coordinadores), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002.

DIAZ, E., «Estado de derecho y legitimidad democrática», *Estado, justicia, derechos*, DIAZ, E. y COLOMER, J.L. (coordinadores), Alianza, Madrid, 2002.

DIAZ, E., *Curso de filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Directrices de Maastrich Sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

EIDE, A., «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights» in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition. Edited by Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston. Kluwer Law International, Netherlands, 2001.

ESCOBAR., G., *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, España, 2012.

FERNÁNDEZ, E., «El problema del fundamento de los derechos humanos», *Anuario de derechos humanos 1981*, Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pp. 73 y ss.

FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.

FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

FERRAJOLI, L., *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008., p. 62.

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1998.

FERRAJOLI, L., *El paradigma garantista*, Trotta, Madrid, 2018.

FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini*, Trotta, Madrid, 2001., p. 181.

FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia 1. Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011.

FREDMAN, S, *Human Rights Transformed. Positive rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008.

GARCIA DE ENTERRIA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1981

GARCÍA MANRIQUE, «En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos (Acotaciones a Liborio Hierro)», *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, 2000.

GARCÍA MANRIQUE, R., «Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello» *Anuario de Filosofía del derecho*, 2007, Trotta, Madrid, p. 495.

GARCÍA MANRIQUE, R., «Los derechos sociales como derechos subjetivos», *Derechos y Libertades*, Número 23, Época II, junio 2010, pp. 73-100 .

GARCÍA MANRIQUE, R., «Un poco de luz sobre los conceptos jurídicos: el caso de los derechos sociales (Homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro)», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017)*.

GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1997.

GARCÍA PASCUAL, C., *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015.

GARCIA MANRIQUE, R., *La libertad de todos*, El viejo topo, Barcelona, 2013.

GARRIDO, F., «El artículo 53 de la Constitución», *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 21, 1979.

GONZALEZ, C., «El Estado social de derecho en la Constitución de 1992 y sus antecedentes», *Comentario a la Constitución. Tomo III*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007.

GONZÁLEZ, D., *Conceptos básicos del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

GONZÁLEZ, J., *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático, Siglo XXI de España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1989.

HIERRO, L., «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy» en *Derechos sociales y ponderación*, R. GARCÍA MARIQUE (editor); Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, (163-222).

HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de G. Carrió, Fontamara, México, 1991, p. 47.

IHERING, *El fin en el derecho*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978.

Informe Conjunto de las organizaciones de la sociedad civil española al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Revisión 2012- 2016.
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/ESP/INT_CESCR_CS_S_ESP_30397_S.pdf

JIMENA, L., *La Jurisprudencia del Comité Europeo de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Traducción de G. Robles y F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011

LANGFORD, M. y KING, J., «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, 681-764.

LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

LAPORTA, F., «El concepto de derechos humanos», *DOXA*, N.º 4, 1987, 23-46.

LAPORTA, F., «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», en *Constitución y derechos fundamentales*, J. BETEGÓN, F. LAPORTA. J. R. PÁRAMO y L. PRIETO (editores), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 297-325

LEZCANO CLAUDE, L., *Historia constitucional del Paraguay (periodo 1870-2012)*, en <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/08/15/169/>, recuperado el 15/05/2018.

LEZCANO, L., *El control de la constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2000.

LEZCANO, L., *El control de constitucionalidad en Paraguay*, recuperado de <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/05/28/el-control-de-constitucionalidad-en-el-paraguay/>, extraído en fecha 12 de mayo de 2018.

LÓPEZ GUERRA, L., «El sistema europeo de protección de derechos humanos», en BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES, A. (coordinadores), *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013

LÓPEZ GUERRA, L., «La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en TEROL, M. y JIMENA, L., *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, 2014.

MACCORMICK, N., «The limits of Rationality in Legal Reasoning», *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986, p. 190-194.

MACCORMICK, N., *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, traducción de M^a. Lola González Soler, Tecnos, Madrid, 1990.

MARRADAS, A., «Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional», *UNED revista de derecho político* N.º 97, septiembre-diciembre 2016, pp. 219-242.

MARTENS, J., «Redefinir las políticas para el desarrollo sostenible. Cómo cerrar las brechas y superar las contradicciones en la aplicación de la Agenda 2030», *Enfoques sobre Desarrollo Sostenible 2018. Explorando nuevas orientaciones políticas. Informe del Grupo de Reflexión de la Sociedad Civil sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*.

MELISH, T., «La comisión interamericana de derechos humanos. La defensa de los derechos sociales mediante demandas basadas en casos particulares», en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres, Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, 497- 538.

MELISH, T., «La corte interamericana de derechos humanos. Más allá de la progresividad en la aplicación de los derechos» en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, 539- 590.

MENDONCA, D., «Constitución y política económica y social», *Comentarios a la Constitución Nacional, Tomo IV*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2012, p. 293-323.

MENDONCA, D., «Ingeniería constitucional y gobernabilidad democrática», *Novapolis N.º 07*, Mayo 2004.

MENDONCA, D., *Estado social de derecho. Análisis y desarrollo de una formula constitucional*, CIDSEP-Fundación Konrad Adenauer, Asunción, 1999.

MENDONCA, D., y MENDONCA, J.C., «La justicia Constitucional en Paraguay», en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional N.º 1*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MENDONCA, J. C., «El equilibrio del poder en la Constitución de 1992», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997.

MENDONCA, J.C., «La supremacía constitucional y su control», en *Centro de Estudios Constitucionales*, Asunción, 2009

MORALES, L., *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

MORENO, A., «La supranacionalidad y la Constitución de 1992», en *Comentarios a la Constitución Tomo III*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007.

MZINKENGE CHIRWA, D., «Sistema Regional africano de derechos humanos: la promesa contenida en la jurisprudencia reciente sobre derechos sociales», en LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo de Hombres. Universidad de los Andes, 2013, Bogotá, p. 477- 496.

NACIONES UNIDAS, Carta de la las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-iv/index.html>

NACIONES UNIDAS, Convención internacional para la protección de todas las personas sobre desapariciones forzadas (2007).

NACIONES UNIDAS, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965),

NACIONES UNIDAS, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990),

NACIONES UNIDAS, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979),

NACIONES UNIDAS, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)

NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del Niño (1989),

NACIONES UNIDAS, Declaración de Filadelfia (1944) de la Organización Internacional del Trabajo,

NACIONES UNIDAS, Declaración de Teherán, 1968

NACIONES UNIDAS, Declaración del Milenio, 2000

NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

NACIONES UNIDAS, Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF. 157/23). Aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, Junio 1993

NACIONES UNIDAS, Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1996.

NACIONES UNIDAS, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966

NACIONES UNIDAS, Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1986.

NARAYAN, D. *Voices of the Poor, Can Anyone Hear Us?*, Oxford University Press para el Banco Mundial, 2000.

NOGUERA, A., «EL Estado social y el tratamiento de los derechos sociales», en NOGUERA, A., y GUAMAN, A., (directores), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

NOGUERA, A., y GUAMAN, A., (directores), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

NUSSBAUM, M., *Crear Capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, 2012.

NUSSBAUM, M., *Women and Human Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

PECES-BARBA, G., «Los derechos sociales: Apuntes políticos y jurídicos» en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, ZAPATERO, V. y GARRIDO, M^a. I., Editores, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, 2009, 19- 36.

PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dickinson, Madrid, 1999.

PÉREZ LUÑO, A. E., *La Tercera generación de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 292.

PÉREZ LUÑO, A., «Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española», *Documentación administrativa* N.º 271-272 (enero-agosto 2005), p. 17.

PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017.

PISARELLO, G., «Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho», *Derechos sociales y las minorías*, CARBONELL, M., y CRUZ PARCERO, J. A., Compiladores, Universidad Autónoma de México, México DF, 2000.

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

PONCE SOLÉ, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 111, 2017, p. 68-98

PONCE SOLÉ, J., <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/10/02/la-privatizacion-de-la-sanidad-el-caso-de-madrid-entre-derecho-politica-economia-y-buena-administracion-juli-ponce/>.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2000: Derechos humanos y desarrollo humano*, 2000.

SAIZ, A., «La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)», en BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES, A. (coordinadores), *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, DHES: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.

SAPENA, R., «Ponencia de derecho constitucional». Corte Suprema de Justicia. Comisión de la Unión Europea, Asunción - Paraguay, 2001.

SEALL, C., Ponencia «La pobreza perspectivas del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Simposio anual de obispos de la conferencia episcopal paraguaya. Ypacaraí, 31 de julio de 1995. Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, p. 25.

SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Barcelona, 1997

SEN, A., *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

SEPÚLVEDA, M., «La interpretación del Comité de Derechos económicos sociales y culturales de la expresión «progresivamente»», *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, COURTIS, C. Compilador, CEDAL - CELS, Del puerto Editores, Buenos Aires, 2006, p. 123.

SEPÚLVEDA, M., «*The nature of states parties obligations*», *Intersentia*, Antwerpen, 2003.

SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1996.

SILVERO, J., «Justicia constitucional y amparo», *Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.

SILVERO, J., «Quince años de Estado constitucional y democrático en Paraguay», *Comentarios a la Constitución nacional. Tomo III.*, Corte Suprema de Justicia. 2007.

SOLER, J., *Introducción al Derecho Paraguayo*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954

SOSA, E., «La función del Poder Judicial en la Constitución de 1992», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentario a la Constitución. Tomo I. Homenaje al Quinto Aniversario*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, pp. 324 y 325.

SOSA, E., «Los reglamentos administrativos y su relacionamiento con la ley en el marco de la Constitución», en LEZCANO, L., y CAMACHO, E. (coordinadores), *Comentarios a la Constitución Nacional. Tomo III*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007.

TAJADURA, J., *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

TENORIO, P., «El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social y los derechos sociales», en TEROL, M. y JIMENA, L., (editores), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 131.

TEROL, M. y JIMENA, L., (editores), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

TEROL, M., «La España de los derechos sociales en las Europas y las reformas estatutarias», en TEROL, M. y JIMENA, L. (coordinadores), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 158 y 159.

TORRES DEL MORAL, A. «Estado de Derecho y Democracia de Partidos», *Concepto de Constitución*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 139.

TORRES DEL MORAL, A., «El Estado social y la evolución del constitucionalismo social» en TEROL, M. y JIMENA, L., (directores), *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 61.

TUGENDHAT, E., *Lecciones sobre ética*, traducción al español de Luis Román Rabanaque, Gedisa, Barcelona, 1997.

VEGA, J., «El sujeto de derecho y la relación jurídica. De las modalidades deónticas a las posiciones jurídicas de Hohfeld», en *Conceptos básicos del Derecho*, GONZÁLEZ, D. (Coordinador), Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 142.

VILLAGRA, S., «La Constitución paraguaya y alguna conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales», en CAMACHO, E., y LEZCANO, L., (compiladores), *Comentarios a la Constitución Nacional. Tomo II*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002, pp.217 y 218.

WIGGINS, D., *Needs, Values, Truth*, 2da edición, Oxford/Cambridge, Mass., 1991.

ZAPATERO, V. y GARRIDO, M^a. I., Editores, *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, Madrid, 2009, p. 163.

ZORRILLA, M., y GORDILLO, L., «Garantías institucionales de los derechos sociales», en CASCAJO, J. L., TEROL, M., DOMÍNGUEZ, A. y NAVARRO, V., (coordinadores), *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 184.

Otras fuentes consultadas

ACNUDH, El Consejo de Derechos Humanos,

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf p.11

ACNUDH, Folleto informativo N°.16 (Rev. 1) - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto N° 6 Vigilancia de la aplicación del Pacto: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ACNUDH, Folleto Informativo N°33, Preguntas frecuentes sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra.

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_spfolletoDESC.pdf.

Asamblea General de las Naciones Unidas, A/ Res/ 42, 102.

Asamblea General de Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70° período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10, Conclusión 13, inciso 22.

Asamblea General de Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70° período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10, Conclusión 13, inciso 22.

Carta de la las Naciones Unidas, Capítulo X, Artículo64: El Consejo Económico y Social
<http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-x/index.html>

Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2003/18, párr.11

Comité CEDAW, Observaciones Finales España, 61° periodo de sesiones 2015 (6 a 24 de julio de 2015), CEDAW/C/ESP/CO/7-8.

Comité CEDAW, Observaciones Finales Paraguay, 68° periodo de sesiones, (23 de octubre a 17 de noviembre de 2017), CEDAW/C/PRY/CO/7.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe sobre los períodos de sesiones 60°, 61° y 62° (20 a 24 de febrero de 2017, 29 de mayo a 23 de junio de 2017, 18 de septiembre a 6 de octubre de 2017), E/2018/22 E/C.12/2017/3, párr.76.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Métodos de trabajo. Extracto del Informe sobre los períodos de sesiones 44° y 45° (E / 2011/22 - E / C.12 / 2010/3), párr. 19-59., párrafos 46 y 47.
<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/WorkingMethods.aspx>.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales España, 32° periodo de sesiones 2008 (20 y 21 de octubre de 2008), CCPR/C/ESP/CO/5.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, CCPR/C/21/Rev., Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187°sesión), 90° período de sesiones (2007).

Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales España 114ª periodo de sesiones 29 de junio a 24 de julio de 2015, CCPR/C/ESP/CO/6.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 107º periodo de sesiones 2013, 11 a 28 de marzo de 2013, CCPR/C/PRY/CO/3.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Paraguay, 85º periodo de sesiones 2005, 19 y 20 de octubre de 2005, CCPR/C/PRY/CO/2.

Comité DESC, Aplicación del Pacto Internacional de derechos Económicos, sociales y culturales. Introducción, UN.Doc. E/1989/22, ANEXO III, Reimpreso en Compilation of General Observations and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty bodies, UN.DOC.HRI/GEN/1/Rev.6 at 8 (2003)

Comité DESC, Declaración sobre el cambio climático y pacto de derechos económicos, sociales y culturales, aprobada por el Comité en su 64º período de sesiones, celebrado del 24 de septiembre al 12 de octubre de 2018, E/C.12/2018/1.

Comité DESC, Declaración sobre El impacto de la Pobreza y los derechos económicos, sociales y culturales 2001, Ginebra, 23 de abril a 11 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10.

Comité DESC, Declaración sobre las obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto,) aprobada por el Comité en su 60º período de sesiones, celebrado del 20 al 24 de febrero de 2017, E/C.12/2017/1,

Comité DESC, Informe Final España, 3º, 5º 6º y 7º periodo de sesiones, 1, 2 y 3 de mayo de 1996, E/C.12/1/Add.2 28 de mayo de 1996.

Comité DESC, Observaciones Finales España, 29º periodo de sesiones 2004 (3 y 4 de mayo de 2004), E/C.12/1 Add.99, párr.39.

Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5.

Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018) E/C.12/ESP/CO/6.

Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones, 14 de mayo de 1996, E/c.12/1/Add.1.

Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007 (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 28, inc. d.

Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4, párr. 7

Comité DESC, Nota sobre el procedimiento de seguimiento de las observaciones finales aprobada en el marco del 61º periodo de sesiones, 2017

Comité DESC, Observación General N° 1 Presentación de informes por los Estados parte, , E/1989/22, 1989

Comité DESC, Observación General N° 2 Medidas internacionales de asistencia técnica (art. 22), E/1990/23, 1990

Comité DESC, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados parte (art. 2 1), E/1991/23, 1991.

Comité DESC, Observación General N° 4 Derecho a una vivienda adecuada (art. 11 1), 1994, E/1992/23.

Comité DESC, Observación General N° 5 Las personas con discapacidad, 1994

Comité DESC, Observación General N° 6 Derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, 1995

Comité DESC, Observación General N° 7 Derecho a una vivienda adecuada (art. 11 1): Los desalojos forzosos, E/1998/22, 1997

Comité DESC, Observación General N° 8, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales, 1997

Comité DESC, Observación General N° 9 Aplicación interna del Pacto, 1998, E/C.12/1998/24.

Comité DESC, Observación General N° 10 Función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/1998/25, 1998

Comité DESC, Observación General N° 11 Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14), 1999

Comité DESC, Observación General N° 12 Derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 1999

Comité DESC, Observación General N° 13 Derecho a la educación (art. 13), 1999

Comité DESC, Observación General N° 14 Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), E/C.12/2000/4, 2000

Comité DESC, Observación General N° 15 Derecho al agua (arts. 11 y 12), 2002

Comité DESC, Observación General N° 16 Igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3), E/C.12/2005/4, 2005

Comité DESC, Observación General N° 17 Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (art. 15 1 c)), 2005

Comité DESC, Observación General N° 18 Derecho a trabajar (art. 6), 2005

Comité DESC, Observación General N° 19 Derecho a la seguridad social (art. 9), E/C.12/GC/19, 2007

Comité DESC, Observación General N° 20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art.2 parr.2), 2009

Comité DESC, Observación General N° 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art.15.), 2009

Comité DESC, Observación General N° 22 Derecho a la salud sexual y reproductiva (art.12), 2016

Comité DESC, Observación General N° 23 Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art.7), 2016, E/C.12/GC/23.

Comité DESC, Observación General N° 24 Obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 2017

Comité DESC, Observaciones Finales España, 29º periodo de sesiones 2004, (3 y 4 de mayo de 2004)E/C.12/1/Add. 99.

Comité DESC, Observaciones Finales España, 32º periodo de sesiones 2004, E/C.12/1/Add.99.

Comité DESC, Observaciones Finales España, 48º periodo de sesiones 2012, E/C.12/ESP/CO/5.

Comité DESC, Observaciones Finales España, 63º periodo de sesiones 2018, (12 a 29 de marzo de 2018)E/C.12/ESP/CO/6.

Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 22º periodo de sesiones (14 de mayo de 1996), E/c.12/1/Add.1.

Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 39º período de sesiones 2007, (5 al 23 de noviembre de 2007), E/C.12/PRY/CO/3, párr. 14.

Comité DESC, Observaciones Finales Paraguay, 54º periodo de sesiones 2015, (23 y 24 de febrero de 2015), E/C.12/PRY/CO/4.

Comité DESC, Reglamento del Comité DESC, E/C.12/1990/4/Rev.1 1º de septiembre de 1993.

Comunicación 155/96 (caso SERAC), Ref. ACHPR/COMM/A044/1 (27 de mayo de 2002)

Comunicación 159/96, (2000) AHRLR 18.

Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, Misión al Paraguay (11 al 16 de diciembre de 2011), A/HRC/20/25/Add.2.

Consejo de Derechos Humanos, Informe de la relatora especial sobre el derecho a la alimentación Hilal Elver 2016, A/HRC/34/48/Add.2.

Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, , 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add.2

Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator sobre derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, 2008, A/HRC/7/16/Add.2

Consejo Económico y Social (ECOSOC), Resolución 1990/45

Consejo por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Res. E /1985/17 de 28 de mayo de 1985.

Constitución Española

Constitución Nacional de la República del Paraguay

Convenio de la OIT sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155), arts. 1 1) y 2

Convenio N° 122 de la OIT sobre la política del empleo, 1964, párrafo 1 del artículo 1.

Convenio N° 168 de la OIT sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988.

Convenio N° 2 de la OIT sobre el desempleo, 1919.

Convenio N° 88 de la OIT sobre la organización del servicio del empleo, 1948.

Declaración de Teherán, 1968, párr. 13

Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/23). Aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, Junio 1993

Directrices de Maastrich Sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997

ECOSOC, Informe anual del comité DESC sobre los periodos de sesiones 20° y 21°. (37ª sesión) el 19 de noviembre de 1999. E/2000/22, E/C.12/1999/11

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70° período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), A/73/10

Resolución 69/166 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2014, aprobada sin votación, (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/43/40), anexo VI).

Resolución N° 246 de diciembre de 2015

Resolución N° 246 de diciembre de 2015

Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 28/16, de 26 de marzo de 2015, y 28/19, de 27 de marzo de 2015, aprobadas sin votación (Informe del Consejo de Derechos Humanos, Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 53 (A/70/53)).

Sitios de internet consultados

<http://www.ippdh.mercosur.int/mision-y-vision/> Recuperado en fecha 06/07/2018

<http://www.ippdh.mercosur.int/mision-y-vision/> Recuperado en fecha 06/07/2018

<http://www.stp.gov.py/v1/destacan-trabajo-de-vinculacion-del-pnd-2030-con-el-plan-nacional-de-derechos-humanos/>. Recuperado 23/06/2018.

<http://www.un.org/es/ga/69/resolutions.shtml>

<http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/MissionStatement.aspx>

<https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/monitoring-and-progress/> FPAN ODS

Jurisprudencia consultada

-Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay con Sentencia de fecha 31 de agosto de 2004 por violación del derecho a la libertad de expresión y circulación, así como al debido proceso.

Caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay con Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (muerte de menores en situación de encierro)

Caso Goiburú y otros vs. Paraguay con Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (desaparición forzada en el marco del Operativo Cóndor dentro de la Dictadura de 1954-1989)

Caso Vargas Areco vs. Paraguay con Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006 (asesinato de menor en cumplimiento del servicio militar obligatorio)

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay con Sentencia de 29 de marzo de 2006 (restitución de territorios originarios y derechos conexos a la vida)

Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay con Sentencia de 24 de Agosto de 2010 (restitución de territorios originarios y derechos conexos a la vida)

Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay con Sentencia de 17 de junio de 2005 (restitución de territorios originarios y derechos conexos a la vida).

CORTE IDH, Propuesta de modificación de a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N.º 4, párr. 20.

-Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), fondo, fallo, I.C.J. Reports 2010

Airey vs. Ireland, 1979

Tyrer v. United Kingdom (1978),

Marckx v. Belgium (1979),

Loizidou v. Turkey (1995),

Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary [GC],

Marguš v. Croatia, demanda núm. 4455/10, 2014

Baka vs. Hungary, demanda N° 20261/12, sentencia de 27 de mayo de 2014

Othman (Abu Qatada) vs. the United Kingdom, demanda N.º 8139/09, 2012

Gäfgen vs. Germany [GC], demanda N° 22978/05, 2010

-Jurisprudencia española

Sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018, Fallo, párr.2.

STC 22/1981

STC 25/1981

STC 53/1985

STC 36/1991,

STC 199/1996

STC 32/1981;

STC 26/1987, FJ 4;

STC 76/1988, FJ 4;

STC 37/1994 FJ 3

STC 51/1986

STC 81/1982,

STC 98/1983,

STC 103/1983,

STC 38/1986

STC 115/1987

STC 225/1998

STC 274/2000

STC 57/1994, FJ 3 A

STC 49/2015,

STC 134/1987

STC 119/2001,

STC 4/81, Auto TC 113/ 2011 de 19 de julio

STC 56/1982, de 26 de julio, PJ 2

STC 222/1992

STC 236/2007

STC 1/1981

STC 94/1998

STC 22/1981

STC 36/1991

STC 25/1981.

STC 21/1981

STC 15/1982
STC 16/1982
STC 80/1982
STC 39/1983
STC 31/1994,
STC 80/1982
STC 39/1983
STC 31/194

<https://www.ecestaticos.com/file/d566be3a57a3984c91379059e78fef65/1513682548-sentenciasanidaduniversal.pdf>

-Jurisprudencia paraguaya

Acuerdo y Sentencia CSJ N° 497/97

Acuerdo y Sentencia CSJ N° 208/1995 «Acción de inconstitucionalidad en el juicio Roberto Leslie Antebi; Nestor Airaldi, Fernando Villalba y /o Cadelpa sobre Amparo».

Acuerdo y Sentencia CSJ N° 18: 2018 Consulta constitucional en el juicio: «Ramón Luis Álvarez c/ Instituto de Previsión Social (I.P.S.) s/ Acción de Amparo constitucional» Año 2014, N° 1161.

SD N°28 /2018 Acción de Inconstitucionalidad: "Antonio Marcos Roman Sosa c/ Art 1 de la Ley N° 4252/2010 que modifica los artículos. 3, 9 Y 10 de la ley N° 2345/2003". Año: 2017 — N° 60

SD N° 497/97

SD N° 212 de julio de 2017 que deniega el registro público de la marca.