



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

ESPECIALIZACIÓN EN SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN  
DE DERECHOS HUMANOS III PROMOCIÓN

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y  
CULTURALES  
(SU EJERCICIO)

Elaborado por:

LOURDES PINCAY OSORIO

MGS. CORINA NAVARRETE LUQUE

Guayaquil, 18 de febrero de 2015

# **LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, (SU EJERCICIO)**

## **INTRODUCCIÓN**

Es de común en el ejercicio profesional encontrarse con reclamos sobre los derechos económicos sociales y culturales, cuando las personas, conforme se establece en la Constitución de la República, piden que se respeten su derechos al trabajo, a una vivienda digna, a la salud, a la educación adecuada, y a un medio ambiente sano, lo hacen individualmente, e invocando los artículos de la Carta Magna, particularmente el artículo 11 que establece los principios que rigen el ejercicio de los derechos, refiriéndose a los derechos constitucionales, que a la vez se tratan de derechos humanos.

El artículo mencionado dice que los derechos, se pueden exigir en forma individual o colectiva, que los derechos y garantías que se establecen en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación, de oficio o a petición de parte, que todos los derechos son plenamente justiciables; por lo tanto, no pueden dejar de reconocerse ni por falta de norma jurídica; expresamente se declara que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, esta última declaración, de mucha importancia para el presente trabajo.

No obstante, lo que hasta aquí parece clarísimo e inoponible, se vuelve en contra del juez, quien tiene capearla situación, cual pernicioso temporal, cuando se percata de lo que dice el número 8 del artículo 11, que se refiere a

que: "El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio."

Este numeral abre definitivamente la puerta para explorar varias cosas que se opondrán a los reclamos, por ejemplo, de violaciones al derecho de trabajo, donde se tendrá entonces que desentrañar primero, cual es el contenido de dicho derecho, y hasta donde habría llegado el desarrollo progresivo al que está comprometido el Estado a través de sus políticas públicas.

## **EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD**

¿Se cumple entonces la exigibilidad y justiciabilidad en un reclamo de esta índole? Si no tengo trabajo, y tengo problemas para encontrarlo, ¿Puedo reclamar al Estado que me proporcione un trabajo que me garantice una vida digna?

Si la exigibilidad básicamente significa que puedo reclamar a alguien que me entregue algo que me debe, la respuesta debería ser afirmativa, y si la justiciabilidad garantizada, significa que ningún juez podría negarme el derecho establecido en la constitución; también, pero recordemos que la misma constitución dice que el contenido de los derechos, (y particularmente se aplica a los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES), se desarrollará de manera progresiva, y que el Estado debe ir desarrollando e implantando políticas públicas, de manera que la respuesta en realidad es **no**;

no puedo reclamar por mi derecho a tener un trabajo, (ya no vamos a considerar si digno o no), para que me den el trabajo al que supuestamente tengo derecho, esto parece un juego de palabras, igual que el juego que se ha producido entre la realidad y las normas.

Si bien no son pocas las voces que catalogan a los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES como derechos incompletos, reconozco que es verdad que tenemos que avanzar hacia la igualdad de todos los derechos, y al tratamiento de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES tal como se tratan los derechos civiles y políticos, pero no deja de ser un proceso, uno en el que aún nos encontramos, nos encontramos aún en el camino sin llegar a los objetivos, esta es la realidad que vivimos a diario, opuesto a lo que se dice en la Constitución.

Y esto porque los DESC dependen de la creación y aplicación de políticas del Estado, de allí que la exigibilidad no es fácil de concretar, peor aún su justiciabilidad.

El ejercicio de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, es de mayor dificultad en Latinoamérica y ciertamente en Ecuador, nuestro país se ha caracterizado por la condición de desigualdad social existente, de allí que el acceso a estos derechos, sea difícil, y es que en realidad se cumplen mejor en sociedades con mejor nivel de vida.

Como es la sociedad toda la que reclama, y en la que se cristalizan estos derechos, es el Estado el que debe proveer planificación, y políticas tendientes a que, dentro de un marco de cumplimiento progresivo de estas, se cumpla el objetivo de que sea posible que los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES sean realmente exigibles.

Los derechos humanos son exigibles, no solo porque lo dice la Constitución, sino porque Ecuador ha suscrito acuerdos internacionales que así lo declaran, por lo que el país a esto se ha comprometido a nivel supranacional, en el caso de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, la exigibilidad no se cumple de la misma manera. En este caso los medios no se circunscriben a acudir a un juzgado y pedir que se respeten los derechos constitucionales, ya vimos que no podría, por ejemplo, pedir que se me de trabajo para que se cumpla con el respeto a mi derecho al trabajo, si hay un problema en cuanto al empleo, los medios para reclamar son otros, son directamente al Estado y por mecanismos que incluyan a grupos de personas, denuncia de la situación, reclamos al Estado por determinadas políticas regresivas, si las hubiere, o por no lograr condiciones progresivas para el ejercicio de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

La exigibilidad no es entonces igual que cuando se trata de derechos Civiles y Políticos, no hay ningún problema con que un juez en una acción de protección particular determine que se ha discriminado a alguna persona, o que su derecho a la vida no está siendo respetado y esas resoluciones son fácilmente de inmediata aplicación, e inclusive de más fácil motivación.

### **DIFERENCIA CON LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

Considerando que la exigibilidad es un concepto más amplio que la justiciabilidad de los derechos, este término implica que las personas que se sienten víctimas de violaciones a ellos, tienen la posibilidad de acudir con su reclamo a órganos jurisdiccionales, que se declare violado su derecho y se ordene su reparación integral, es deseable la protección judicial de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, pero en nuestro medio ni

se la practica, ni se lo podría hacer, por las condiciones económicas sociales y culturales del país, que aún no permiten que un juez pueda determinar libremente su protección judicial, como si se tratara de derechos civiles y políticos.

Hasta aquí es claro que por mera declaratoria no se puede afirmar que los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES son justiciables y exigibles, también afirmamos que son diferentes de los derechos civiles y políticos, aunque no negamos la importancia de que se logre igualdad de trato de ambas clases de derechos, principalmente por la importancia que tienen para mantener el orden social, la paz de la comunidad, condiciones que de perderse, igual terminarían afectando los derechos civiles y políticos, porque su ejercicio se ve afectado cuando hay conmoción social.

Y esta última idea es la que precisamente sirve de base o de premisa para la afirmación constitucional de que al final todos los derechos son iguales y tienen la misma jerarquía, esto lo afirma Lisseth Eugeni Grande Nolasco en su artículo "Exigibilidad o Justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales," publicado en la revista *Derecho y Cambio Social*, cuyo texto es oportuno en este trabajo, aunque el punto de vista de la autora, es opuesto al que expresamos aquí:

*"Una violación persistente y prolongada de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES acaba provocando situaciones de violencia que terminará por afectar el ejercicio de los Derechos Civiles y Políticos.*

*La relativización de las diferencias entre Derechos Civiles y Políticos y derechos económicos, sociales y culturales no solo se fundamenta en la idea de que los derechos son indivisibles, en tanto la realización de los primeros*

*depende en gran medida de la efectiva vigencia de los segundos y viceversa.”<sup>1</sup>*

La misma autora dice más adelante que:

*“Los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES son derechos y no prerrogativas que dependen de la existencia de recursos y de la buena voluntad de los gobiernos y no del fiel cumplimiento de obligaciones contraídas en forma solemne ante la comunidad nacional e internacional”*

Esta afirmación nos hace pensar más aún en la realidad de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, y concluimos que dependen de la existencia de recurso, y de la buena voluntad de los gobiernos, no basta ponerlos en la constitución, está claro que tiene que haber inversión de todo tipo por parte de los gobiernos, para que se puedan exigir, es decir, que están sujetos a que se cumpla una condición, lo cual no es igual para el caso de los derechos civiles y políticos.

### **¿SON DERECHOS INCOMPLETOS O EXPECTATIVAS?**

Por duro que sea es mejor afrontar el problema desde un punto de vista realista, y aceptar que la situación del respeto a los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, no es ni puede ser igual en los países de menor desarrollo, en esos casos lo que existe si es una expectativa y las expectativas no son derechos, de allí que sea ineficaz reclamarlos judicialmente, y si por alguna razón se consigue una resolución que los “reconoce”, siempre la

---

<sup>1</sup><http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/DerechosEconomicos,SocialesyCulturales.htm>

instancia suprema de lo constitucional que es la Corte Constitucional, se encarga de poner en perspectiva "correcta" el reclamo.

No se trata de negar la indivisibilidad de los derechos humanos, y menos su interdependencia, a eso debemos llegar y hemos anotado las razones que hacen fatalmente importante alcanzar esa meta, todos anhelamos el día en que efectivamente podamos reclamar nuestros DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES con la confianza de que no habrá ni sombra de duda en los jueces, por tener que preocuparse por las intenciones políticas del gobierno, o el presupuesto general del Estado.

Y el Estado puede tomarse su tiempo, mientras sus políticas sean progresivas y siga avanzando hacia la meta, pero el camino no es la meta y las condiciones mientras se lo recorre no son las mismas que cuando se llega, decir que estos derechos para países como el nuestro son expectativas no es descabellado, es una realidad que se la discute *sofo voce*, con argumentos como que: hay que desentrañar el contenido esencial de los derechos, y este contenido esencial no es el resultado más rápido del razonamiento; por ejemplo, si reclamo como mi derecho al trabajo que se me dé un trabajo, parece elemental, sencillo y lógico, pero se considera que el contenido esencial del derecho al trabajo se encuentra en el artículo 33 de la Constitución de la República, y es que el trabajo se ejecute a cambio de una remuneración, que se ejecute en un lugar apropiado y no dañino para la salud, que sea en condiciones humanas respetando la normativa de seguridad laboral, pero cuando es esto lo que reclama alguien, ya tiene un trabajo, el contenido esencial del derecho al trabajo debe ser sencillo y nada tortuoso de desentrañar, su contenido básico es simplemente tener un trabajo, no goza del derecho el que lo quiere y no lo tiene, es el comienzo del análisis y el reclamo elemental con respecto a este derecho.

También hay que considerar en este punto , antes de entrar a la legislación sobre estos derechos, que otro gran obstáculo para su reconocimiento pleno por parte de los jueces, está en lo que menciona Nestor Sagues, no tienen la convicción de que son agentes de cambio, a nuestros jueces aún les sabe lo del cambio a un asunto político, es más fuerte esta tendencia en nuestra cultura que en la anglosajona, probablemente por la herencia europea que dejaba los asuntos de cambio social al poder ejecutivo o al órgano legislativo, no se han empapado de la noción de que la justicia constitucional es otro cantar, y que administrarla los convierte en agentes de cambio, no solamente cuando se les pide interpretaciones en cuyo caso asumen un rol político, sino en cada caso que estudian.

Los jueces se conciben aún como ejecutores de lo que dispuso el legislador, cómo entonces podrían inmiscuirse en las políticas de educación, vivienda, planificación económica, etc. asuntos que no se consideran de incumbencia judicial.

Tal cual si lo dicho fuera poco, al considerarse los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, (y en mi opinión son), derechos programáticos, opuestos a los operativos en los que es posible la inmediata aplicación, el aporte de los jueces constitucionales al cambio social se vuelve cero, y es una posición cómoda para los jueces pues no se ponen en conflicto con la legislatura, y con aquellos que creen que la intervención del juez en cambios sociales crearía una confusión en la organización democrática.

La misma producción formativa de la Corte Constitucional reconoce que hay una franca oposición entre el papel tradicional del legislador y los jueces, coartando el comportamiento del legislador la libertad de actuación del juez, haciendo obligatoria la limitación del operador de justicia como agente de cambio social; así, el doctor Juan Montaña Pinto, en el punto 5 de

su ensayo "La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso", publicado en el cuaderno de trabajo llamado Apuntes de derecho procesal constitucional tomo III, editado por la Corte Constitucional para el Período de Transición, página 55, acápite *Conclusiones*, dice que si bien el artículo 436 numeral 1 de la constitución sobre la naturaleza jurídica de la interpretación, constituye una de las más notables innovaciones, no solo con respecto a anteriores constituciones, sino con respecto a constituciones de otras partes del mundo; provocó un fuerte debate entre juristas que objetaban la norma porque la noción y la aplicación inmediata de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desconocían la separación de poderes, y esto se plasmó en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la que se elimina, en el capítulo de la acción de interpretación; según el autor, sin ninguna razón jurídica válida, la posibilidad de que la Corte Constitucional interprete las normas de la parte dogmática de la Constitución, devolviéndole esa facultad al legislados, contra la manifestación del constituyente.

El derecho internacional ha tenido mucha influencia en el desarrollo de los DESCs, así los pactos nacidos en 1966 sobre derechos humanos, el de los Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos Sociales y Culturales nacieron al mismo tiempo, pero el primero estableció desde el principio el correspondiente procedimiento de reclamo individual, a través de un Protocolo Facultativo, este tratamiento diferente, definitivamente fue fruto de la percepción de que solo los DCP son justiciables, percepción que deviene del comportamiento que hacia los derechos humanos existía también en Europa y en Norteamérica.

No obstante es indudable que desde entonces la tutela judicial de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, si bien ha sido postergada,

condenada desde el inicio por ausencia de procedimiento para el reclamo, se ha expandido.

## **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión, por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en su resolución 2200 A, de 15 de diciembre de 1966, pone la semilla para el trato diferente de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, desde el preámbulo, cuando en la cuarta declaración dice;

*Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, 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, (el subrayado de mi autoría).*

Se está sujetando la posibilidad de goce de estos derechos, a que existan las condiciones para que se puedan gozar.

El texto del Pacto confirma esta intención, cuando en su artículo 2 número 1 dice:

*“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la*

*cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos." (El subrayado es de mi autoría).*

Los Estados están obligados a cumplir hasta un límite, que solo en caso de países desarrollados podría ser suficiente, y el logro puede ser progresivo, ahora bien, en el número 3 del mismo artículo dice que en los países en desarrollo, las condiciones cambian, dice que en caso de esos países **teniendo en cuenta los derechos humanos y su economía nacional**, pueden determinar en qué medida garantizarán los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, a personas que no sean nacionales suyos; en primer lugar al decir que se tendrá en cuenta los derechos humanos y la economía nacional, se entendería que efectivamente la aplicación de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES dependen de la situación económica, y que los derechos humanos son los derechos civiles y políticos; ésta es una interpretación, pero podría entenderse también, que quieren decir que siempre y cuando no se afecten derechos humanos de los nacionales. Creo que la redacción merece mayor claridad, y debió tenerse más cuidado, porque se consagra el trato discriminatorio para extranjeros.

La norma no puede ser condenada porque sí, es realista, la verdad es que así es como suceden las cosas, y cuando favorecemos el trato igualitario para extranjeros por ejemplo, en las economías en desarrollo, a menudo se afectan derechos humanos de los nacionales, es tan simple como que no podemos dar lo que no tenemos, y como que no se puede alimentar al prójimo a costa de hambrear a la prole.

En todo el Protocolo queda claro que los Estados solo reconocen estos derechos, no los garantizan, lo que se garantiza es el derecho a formar Sindicatos, el derecho a la huelga y el respeto al convenio de la OIT, esto en el artículo 8, y se logra hacer obligatoria y gratuita la educación primaria, ahora bien en cuanto a los derechos reconocidos, los Estados Parte tienen la obligación de tomar medidas adecuadas para la efectivización de los derechos, otra vez se me ocurre que es clarísima la dependencia de los programas y políticas gubernamentales, por lo que para muchos, en la práctica, estas son expectativas de derecho.

En el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, es ostensible la diferente dinámica, solo comparando el artículo dos de éste podemos percibir como se redacta para garantizar derechos, su texto es el siguiente:

1. *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar **y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio** y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

2. **Cada Estado Parte se compromete a adoptar**, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter **que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto** y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto **se compromete a garantizar que:***

**a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;**

**b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;**

**c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”**

He allí la diferencia! Respecto a las violaciones de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES no hay recurso legal, no se plantea la posibilidad del reconocimiento judicial de estos derechos, la tarea se le deja al legislador, que como ya vimos, en nuestro país es celoso de su función dentro del cambio social, y parece no estar dispuesto a compartirla con los jueces.

En cuanto a la supervisión de la aplicación de este Pacto en los Países partes, el procedimiento se encuentra establecido en sus artículos 16 y 17, en ellos se establece el compromiso de los Estados Partes de someter al Secretario General de la ONU, periódicamente, las medidas que se han adoptado y los progresos que estas han significado para la efectiva aplicación de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, se explicarán las razones y escollos encontrados en caso de que no se haya cumplido, lo que equivale a decir que no hubo avances, o peor, que hubo retroceso.

Desde 1985 el órgano encargado de vigilar la aplicación del Pacto es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los informes se deben presentar cada 5 años, excepto el primero que se debió presentar dos años después de que el Pacto entró en vigor en el Estado.

El 10 de diciembre de 2008, mediante resolución 63/117, la Asamblea General de la ONU aprobó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, como es sabido esto es un paso muy importante, los Protocolos son siempre un avance en la materia de la que tratan pues si bien el Protocolo es un documento anexo al principal, en este caso al Pacto Internacional de DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, y como todo Protocolo, debe ampliar los derechos; tiene el mismo valor jurídico; y, más importante, fija procedimientos, lo que como ya lo vimos, le faltó fijar al Pacto.

El Protocolo establece la posibilidad de que se presenten comunicaciones que den noticia de que las personas, de forma individual, o grupos de personas han sido víctimas de una violación a cualquiera de sus DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, presentada la denuncia, el Comité deberá cerciorarse de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna, a menos que se demuestre que la tramitación de los recursos se prolonga de forma injustificada.

Las denuncias deben presentarse en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, se referirá a hechos sucedidos antes de la vigencia del Protocolo, etc., el procedimiento se clarifica en los artículos 1. 2 y 3 del Protocolo.

El artículo 4 menciona la necesidad de que sea evidente que hay una clara desventaja para el autor de la denuncia, "salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general."

Se establece en el Protocolo un procedimiento de investigación en el artículo 11 y medidas de protección en el artículo 13, estas últimas muy

importantes porque protegen al denunciante disponiendo que es obligación del Estado Parte proteger la integridad del denunciante.

Ecuador suscribió el Protocolo el 24 de septiembre del 2009 y lo ratificó el 11 de junio del 2010.

En justicia se debe afirmar que este Protocolo dotó a las presuntas víctimas, en los Estados Parte, de un recurso que les permite acceder a una ayuda fuera de sus fronteras, contra las violaciones a los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

#### **OBSERVACIÓN GENERAL N° 9 DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS**

Este Protocolo tuvo su antecedente en la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas que es el órgano supervisor del cumplimiento del Pacto, toda la Observación es importante como antecedente del Protocolo, pero me parece que particularmente en este caso, y concretamente en su punto 10, que se refiere a la Justiciabilidad; la redacción de dicho punto es como sigue;

##### ***“Justiciabilidad***

***10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se***

**parte del supuesto contrario.** Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, **es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles.** 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."(Lo resaltado es mío).

Tesis contraria a la que hemos venido exponiendo, pero que deja entrever la realidad, se reconoce en esta declaración que en la práctica hay un tratamiento diferente en relación con los DERECHOS ECONÓMICOS,

SOCIALES Y CULTURALES, y que las resoluciones con respecto a estos derechos afectan los recursos de los países, entonces, cuando se dictó esta Observación General, en 1998, existía una fuerte corriente de juristas que sostenían que la inexistencia de la posibilidad de reclamos individuales sobre los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES tenía una influencia negativa sobre la supervisión de la aplicación del Pacto, en consecuencia al verse reducida la eficacia de la supervisión, su gestión podía limitarse solo a emitir Observaciones y analizar los informes periódicos de los Estados Parte.

Los derechos sociales en general no son determinados, se señala que las personas tienen derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda etc. Pero no se precisa el nivel de atención que se le debe dar; en nuestros países, donde los recursos son escasos, no sería posible universalizar todos los derechos de forma ilimitada, que atenderían necesidades de variedad infinita, de tal suerte, ni siquiera el alcance de la obligación de los Estados Parte es clara, y el mecanismo de inversión en la atención de las necesidades que se cubren con estos derechos, siguen siendo percibidos como naturalmente propios de la actividad ejecutiva o legislativa, quedando muy en duda que las decisiones al respecto, que implican cambios importantes y decisión sobre el uso de los recursos, se pueda convertir en un plazo mediano, en un asunto que pueda ser resuelto por la función judicial.

El proceso judicial tiene como propósito definir una contienda en la que siempre hay un ganador y un perdedor, pero en las situaciones complejas que presentan los reclamos sobre DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, hay intereses diversos en juego, y consecuentemente, muchas dificultades para la ejecución de las órdenes judiciales, porque evidentemente, lo que es justiciable debe ser claramente obligatorio.

Para la judiciabilidad de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES es necesario terminar con las limitaciones existentes, como por

ejemplo: la imprecisión de los derechos, la viabilidad económica, esto hace que por muy claro que esté el asunto legal, para que se satisfaga es necesario que para la sociedad sea posible hacerlo, y por último, dada la naturaleza de los casos, se terminan judicializando problemas técnicos, políticos o ideológicos lo cual no es pertinente.

Al hablar de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES por lo menos podríamos argumentar que la realidad ha arrasado con las teorías, estos derechos involucran las complejas relaciones entre los poderes políticos. La realidad es que los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES se consagraron en un Pacto internacional con diferente poder que el Pacto de los derechos civiles y políticos, por la razón que fuere, probablemente demuestra fallas en la concepción de los autores, o falta de desarrollo y estudio del tema, pero así se dio, y los resultados son que contra todas las declaraciones en contrario, la exigibilidad de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES está venida a menos, esto sin dejar de reconocer que la legislación como está planteada es útil porque establece hacia donde debemos llegar, y la barra se ha colocado bien alto, pero estamos en el camino, no hemos llegado, por lo tanto no se cumple aún aquello a lo que el Pacto aspira.

Mientras tanto, aunque se hayan establecido recursos judiciales, si no se les respeta a los jueces la facultad de sancionar y corregir la violación de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, el derecho se vuelve no exigible, lo cual es esencial para que se pueda generalizar el ejercicio de un derecho, y en particular, si no hay justiciabilidad respecto a estos derechos no hay garantía de protección de ellos.

En otras palabras, sin la protección judicial no se puede tener derechos económicos y sociales, se requiere la existencia de esa protección porque el

proceso garantiza que el resultado de mismo sea considerado un derecho y no un privilegio, los derechos se exigen ante las instancias judiciales, y siempre el reclamo se encuadra dentro del trato igualitario, porque no se puede reclamar como DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, lo que no ha sido generalizado por la legislación.

Son una quimera los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES si los jueces constitucionales no tienen ni la libertad ni los arrestos para oponerse al legislador cuando así sea pertinente, sobre todo en sociedades en desarrollo donde los recursos se encuentran repartidos inequitativamente.

Nuestra realidad es otra que la que está escrita pero debemos avanzar hacia donde se ha determinado que avancemos, y para eso la intervención de los jueces con sabiduría, conocimientos e independencia, es necesaria.

Como ejemplo de una situación ideal nos referiremos a un caso alemán de 1953, que encontré en la publicación "Derechos Económicos, Sociales y culturales, política pública y justiciabilidad, de la oficina de la CEPAL en Colombia, editada por Carlos Vicente de Roux y Juan Carlos Ramírez J. página 14, en el que un tribunal administrativo obligó al Estado a tomar en serio los derechos sociales, el tribunal acuñó el concepto de "mínimo existencial", equivalente a un derecho de propiedad "sustantivizado" en los términos anotados:

*"Se trata de un derecho al mínimo existencial, que construyeron argumentativamente los jueces administrativos, y luego los constitucionales, a partir de la interpretación de una Constitución liberal.*

*Se requiere de un planteamiento tendiente a proteger las posiciones minimalistas en materia de derechos sociales, que deben reconocerse y consagrarse en una sociedad democrática y constitucional de derecho.*

*El asunto es de balances y simetrías. En Alemania los derechos sociales pueden funcionar porque están en un contexto diferente. En el caso colombiano, latinoamericano, o en el Tercer Mundo, hay una tendencia mayor a la asimetría entre, por una parte, las conquistas de la lucha social, el desarrollo tecnológico y los logros de la política económica y, por la otra, las aspiraciones o las formulaciones jurídicas. Entre los órdenes normativos de Colombia y Alemania no hay tanta distancia como entre los niveles de vida de uno y otro país. Eso pone a la juridicidad, en un país como Colombia, en una gran tensión que hay que reconocer. En el fondo, esto coloca sobre la mesa el carácter relativo del derecho. Podría decirse, entonces, que las necesidades o los reclamos que van más allá de lo que ya ha sido adquirido como derecho por las grandes mayorías, que van más allá de lo que es universalizable, tienen el carácter de cuasi derechos, inicios de derechos, derechos imperfectos. Esto no les quita legitimidad, pero obliga a quienes lo aplican, a entender el contexto en el que se mueven, y a plantearse el problema de la escasez, que hay que tener en cuenta incluso en relación con la vida, que es el caso más dramático. En este caso, la pregunta pertinente es: ¿y si esta decisión judicial, a favor de la vida de una persona, cuesta otras vidas?*

*En la base de muchas de las discusiones está la cuestión de si los derechos son exigibles independientemente de las consecuencias. Quienes consideran que los derechos son válidos por sí mismos se enfrentan a las visiones económicas, que han sido básicamente consecuencialistas."*

## **TRATAMIENTO DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**

En el ámbito interamericano tenemos la La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (en adelante "Declaración Americana", "Declaración" o "DADDH"), promulgada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, en el año 1948, documento que da un paso adelante al consagrar los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES al igual que los derechos civiles y políticos, en este documento sí se declaró que no había diferencia entre estos derechos, lo cual no pasó con la convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de noviembre de 1969, que sobre los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, se remite a la carta de la OEA.

La Convención, o el pacto de San José, según una vertiente de opinión regula el asunto de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, en el artículo 26, dicho artículo es el único del Capítulo III, su título es "Desarrollo Progresivo" y dice:

*" Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."*

Está claro que la norma no es suficiente para la protección de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES y por sí sola no ha sido efectiva para que la Comisión o la Corte pueda aplicarla, de esa manera, el sistema interamericano ha quedado desprotegido, pues aunque el pacto se

remita a la Carta de la OEA, en principio, no es un documento que puede ser aplicado por la Corte Interamericana a la que solo le queda remitirse al protocolo de San Salvador, sobre el que hablaremos más adelante.

Dicho esto, es claro que a la Comisión y a la Corte les compete aplicar la norma transcrita, contenida en el artículo 26 de la Convención Americana, pero ¿Tiene esa norma el alcance suficiente o es una mera declaración?, en primer lugar, si lo que se buscaba realmente es su efectividad, se la debió incluir en el capítulo de los derechos civiles y políticos, unificando en verdad y efectivamente todos los derechos, al no haberlo hecho, se le restó a la norma eficacia operativa, y de la forma en que está redactada, parece haberse introducido para cumplir un compromiso, haciendo una mera declaración de principio que no se percibe como una intención clara de incorporar estos DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES al sistema, quedando más bien claro que la intención era atender solo los derechos Civiles y Políticos, tal vez considerados entonces de mayor urgente atención, sobre todo por la calidad de derechos de desarrollo progresivo, que se les dejó claramente establecido como característica a los DESC.

En efecto, de la lectura del artículo 26 ya citado, a mi particularmente me queda claro que en el sistema del Pacto los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, son programáticos, y son objetivos a conseguir, o sea que para el individuo, son expectativas, lo cual no hace al artículo 26 ni vinculante ni una norma que convierte a los DESC en susceptibles de hacerse efectivos con inmediatez, ni en justiciables.

El texto del artículo 26, parece remitirnos a derechos derivados de normas económicas, sociales o culturales, lo cual plantea que los jueces hagan un largo ejercicio de motivación, recorriendo el camino que debe seguirse, o la

línea de pensamiento, para arribar finalmente a que el capítulo trata de la protección de estos derechos.

Lo que los Estados se han comprometido a hacer es adoptar medidas para lograr la plena efectividad de los derechos, ergo, son programáticos y son expectativas, a menos que los reclamos se refieran, por ejemplo a condiciones inaceptables de trabajo, a falta de remuneración, a incumplimiento de normas que protegen a los trabajadores, en cuyo caso, los reclamos y las violaciones pasan muy cerca de los derechos civiles y políticos.

Probablemente es producto de esta situación que las sentencias resueltas por la Corte son en su mayoría por derechos civiles y políticos, de hecho, no he tenido la oportunidad de ver sentencias donde el reclamo sea sobre DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, contrario a lo que pasa, por ejemplo, en la Corte Europea,

Parecería una equivocación haber redactado el artículo 26 como se lo redactó, todos suponemos que la Convención debe proteger los derechos fundamentales de las personas en su jurisdicción, en consecuencia, se debería obligar a los Estados partes para que garanticen los derechos fundamentales, pero como están las cosas, lo que tenemos son normas de políticas públicas, se les dejó la responsabilidad a la Comisión y la Corte, las que tenían que hacer un trabajo de interpretación de joyería, de manera que se llegue a una conclusión que respete los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, como de la misma jerarquía que los civiles y políticos, con los insuficientes instrumentos que hemos mencionado.

Es una difícil tarea, considerando que el artículo 26 es un compromiso de adoptar medidas, o "providencias", no hay duda de que eso es un

compromiso clarísimo, como lo es que el objetivo de las medidas es dar plena efectividad a los derechos que se derivan de las normas contenidas en la Carta de la OEA, que no se refiere a derechos sino a principios, y los derechos que se mencionan son los de los Estados Partes en la comunidad internacional, no obstante vuelve al común: "*en la medida de los recursos disponibles*", sobre lo que ya me he pronunciado en este trabajo.

Es obvio que se ha omitido la mención de alguna acción apropiada, individual o colectiva, y que no se toca siquiera la tutela de derechos, no se puede negar que se espera que la plena efectividad de los derechos se puede realizar, y se realiza en forma progresiva, y en verdad no existe otra manera de hacerlo, los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, implican cambios que no se pueden dar de un día a otro; no obstante, existen obligaciones, como garantizar que los derechos se ejercerán sin discriminación, que tienen efecto inmediato, este compromiso no está condicionado ni limitado expresamente, pero por consecuencia lógica está limitado por el advenimiento de un hecho; esto es, que los derechos se puedan ejercer efectivamente, y las resoluciones judiciales no se queden en meras declaraciones.

El hecho de la progresividad, indica que la garantía del gozo efectivo y completo de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, sucedería de forma gradual, se reconoce entonces que la plena realización de estos derechos no se puede lograr en corto tiempo, como lo hemos dicho, en este sentido en mi opinión el sistema interamericano es más realista y no ha caído en dictaminar una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos. Este sistema es flexible, comprende la realidad, circunstancias, problemas y dificultades de la región.

La Progresividad se refiere al progreso, el progreso de una nación involucra los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, pero el objetivo del progreso es llegar al máximo desarrollo posible, y en el camino a ese desarrollo se irán consiguiendo uno de los objetivos del Estado que es satisfacer todos los derechos fundamentales y evidentemente los DESC, pero en el camino no se puede decir otra cosa que lo que existe es una expectativa de pleno goce de derechos, cuando se cumpla con los programas creados para el efecto.

Sobre la aplicación por el poder judicial del principio de no regresividad, se debe considerar que esta obligación es una limitación al poder ejecutivo y al poder legislativo, para que no se deteriore el nivel alcanzado, lo cual puede ser reclamado por los ciudadanos, y es una oportunidad para que el juez constitucional ejerza su poder de agente de cambio social, pues la prohibición de retroceso en lo alcanzado es clarísima, y así se tendría que declarar y mandar que se cumpla con los derechos, que por la vía del progreso, ya se habían hecho de posible e inmediata satisfacción.

La misma Comisión ha intentado saldar esta cuenta por la vía de un Protocolo, el Protocolo de San Salvador que interpreta el artículo 26 al que nos hemos referido, basándose en los informes periódicos de los Estados Partes, la oportunidad se presentó en el informe de situación de Derechos Humanos en Colombia en el que se afirmó que, aunque el artículo 26 no enumera derechos ni medidas de ejecución, si se deja en claro que el Estado tiene la obligación jurídica de adoptar medidas progresivas de manera constante, terminando el informe con la afirmación de que eso no estaba siendo cumplido en Colombia respecto a los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES,

Como antecedente, la Corte Interamericana se pronunció en un caso representativo, llamado Cinco Pensionistas vs Perú donde interpretó la norma

del artículo 26 de la Convención en el sentido de que prevé obligaciones legales vinculantes, y no como simple formulación de objetivos programáticos.

No obstante hay una corriente de opinión bastante difundida que estima que la interpretación del artículo 26 fue desacertada, el caso, sucintamente, se refiere a que:

El 4 de diciembre de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú la cual se originó en la denuncia N° 12.034, recibida en la Secretaría de la Comisión el 1 de febrero de 1998. La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 51 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 25 (Protección Judicial) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, debido a la modificación en el régimen de pensiones que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra, "los cinco pensionistas" venían disfrutando conforme a la legislación peruana hasta 1992, y por el incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú "que ordenaron a órganos del Estado peruano pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario"

*Sobre la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales la corte decidió:*

*“Este tema resulta novedoso, todavía, para la jurisdicción interamericana. En diversos casos, la Corte ha examinado derechos civiles que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, pero aún no ha tenido la oportunidad de entrar de lleno en esta última materia, por sí misma, y tampoco ha podido pronunciarse acerca del sentido que posee la denominada progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla el artículo 26 de la Convención y recoge el Protocolo de San Salvador. Cabe suponer que la Corte podrá examinar esta relevante materia en el futuro. Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos, que no tienen menor rango que los civiles y políticos. En rigor, ambas categorías se complementan mutuamente y constituyen, en su conjunto, el “estatuto básico” del ser humano en la hora actual. El Estado, comprometido a observar sin condición ni demora los derechos civiles y políticos, debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, disponiendo para ello de los recursos a su alcance y evitando retrocesos que mermarían ese “estatuto básico”. Este caso no ha permitido avanzar en tan relevante tema, por las razones aducidas al final del capítulo IX de la Sentencia. Empero, en ésta figuran algunas consideraciones, formuladas brevemente, que conviene destacar. Una de ellas es la manifestación explícita hecha por la Corte de que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva”. Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste. A mi juicio, el tema no se resume en la mera existencia de un deber a cargo del Estado, que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención. Esta constituye una normativa sobre derechos humanos, precisamente, no apenas sobre obligaciones generales de los Estados. La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada “justiciabilidad” de aquellos, que ha avanzado en el plano*

*nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional. Por otra parte, la Corte dejó dicho en la sentencia a la que corresponde este voto que la progresividad de los derechos de referencia --un tema ampliamente debatido-- se debe medir "en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión, en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social". Con sustento en esa ponderación el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista. Al considerar que el presente caso no sustentaría adecuadamente una ponderación de este carácter, habida cuenta de sus peculiaridades, el tribunal puso de manifiesto, no obstante, el vínculo entre el movimiento progresivo de los derechos mencionados, por una parte, y la proyección que éste tiene "sobre el conjunto de la población" y el ingrediente de "equidad social" que debe caracterizar a esa progresividad, por la otra. Habida cuenta de los límites que la propia Corte dio a su pronunciamiento en función de las características del caso sub judice no considero procedente ir más lejos en este voto concurrente. El tema sugiere, como es evidente, muchas consideraciones adicionales que traerá consigo el desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre una de las cuestiones más actuales y trascendentes en el sistema de los derechos humanos en nuestra región."*

Comparto la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el artículo 26 de la Convención Americana, por las razones que han dejado expuestas, no obstante hay quienes sostienen que la Corte debió pronunciarse sobre el fondo estableciendo cuáles eran, los derechos de los cinco pensionistas, y debió determinar si la reducción pensional correspondió a una interpretación válida de la ley aunque aún con estos argumentos el resultado hubiera sido igual, la Corte no hubiera podido declarar violado el artículo 26.

Para relevar la importancia que de todas maneras tuvo esta decisión, creo importante transcribir una parte del voto concurrente del Juez Cancado Trindade, los puntos 23 y 24, que rescata el valor que para el sistema interamericano y la Corte tuvo la sentencia, en cuanto a la afirmación de la personalidad y capacidad jurídica internacionales del ser humano individualmente considerado:

*“23. Si, como ya señalado, ante los tribunales nacionales se **asegura la facultad de los individuos demandantes de sustanciar sus propios alegatos de violaciones de sus derechos, como** justificar la denegación o restricción de dicha facultad de los individuos peticionarios ante los tribunales internacionales de derechos humanos? Trascurridos 34 años desde la adopción de la Convención Americana, finalmente la realidad de los hechos está **llevando a la superación de la insostenible capitis diminutio de los individuos, titulares de derechos, en el procedimiento bajo la Convención (artículo 61(1)), - sin perjuicio de la seguridad jurídica y de la preservación del rol, distinto del de los peticionarios, de la Comisión. La afirmación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano atiende a una verdadera necesidad del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo.***

*24. En efecto, **la afirmación de dichas personalidad y capacidad jurídicas constituye el legado verdaderamente revolucionario de la evolución de la doctrina jurídica internacional en la segunda mitad el siglo XX. Ha llegado el momento de superar las limitaciones clásicas de la legitimatio ad causam en el Derecho Internacional, que tanto han frenado su desarrollo progresivo hacia la construcción de un nuevo jus gentium.** Un rol importante está aquí siendo ejercido por el impacto de la consagración de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico internacional, en el sentido de humanizar este último: tales derechos fueron proclamados como inherentes a todo ser humano, independientemente*

de cualesquiera circunstancias<sup>2</sup>. **El individuo es sujeto jure suo del Derecho Internacional, y al reconocimiento de los derechos que le son inherentes corresponde ineluctablemente la capacidad procesal de vindicarlos, en los planos tanto nacional como internacional.**"

Vista la importancia de la sentencia, volviendo a nuestro tres de análisis, se ha sostenido que la aplicación del principio *Pro Homine* es suficiente para fijar el alcance de los derechos comprendidos en el artículo tantas veces mencionado, pero la aplicación de dicho principio no va a ser la respuesta para el intérprete para que pueda establecer de antemano, si un derecho está implícito en la Carta, (que por lo demás contiene principios), a la que se quiere relacionar el artículo, como ya lo mencionamos.

Los sistemas económicos y políticos de América Latina no han constituido una respuesta a nuestros problemas, a diario somos testigos de hambre, pobreza, mendicidad, desintegración familiar, emigración, desempleo contaminación ambiental, violencia de todo tipo, discriminación, y podríamos seguir.

Estas señales que vemos a diario son los síntomas de constante violación a los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, y son fruto de tantos años de abuso y falta de acción, que el problema no se resolvería muy pronto, por eso es tan importante el concurso de las autoridades políticas, legislativas y si al fin comprendemos el papel del juez constitucional, las autoridades jurisdiccionales también.

---

<sup>2</sup>. CIIADH, Opinión Consultiva OC-17/02, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28.08.2002, punto resolutivo n. 1, y Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párs. 1-71.

Aunque para muchos suene a ofensa, por eso se los llama a los DESC *segunda generación de derechos*, no nacieron al mismo tiempo y conseguir su respeto está sujeto a condiciones, que en la mayoría de las veces, son ajenas al área de acción del juez, a quien en nuestro país siempre se le puede contestar que lo ordenado no está presupuestado.

Para tener más claro de que estamos hablando concretamente, estos derechos son:

a) El Derecho al Trabajo; b) Derecho a la Libertad Sindical; c) Seguridad Social; d) Salud Física y Mental; e) Derechos del Medio Ambiente; f) Derecho a la Alimentación; g) Derecho a la Vivienda; h) Derecho a la Educación; i) Derechos Culturales; j) Derecho a la Familia; k) Derechos de la Niñez; l) Derechos de la Mujer.

No se puede negar que estos derechos, dependen de los recursos económicos de los Estados. De allí que se pueda argumentar que son exigibles y justiciables, pero en la realidad no lo son, ese es el deber ser, hacia allá debemos llegar, pero mientras tanto, ejecutar una Sentencia obtenida a favor, ante una situación que dependa de los recursos económicos del Estado, produciría mucha frustración, si dichos recursos no están asegurados.

## **PROTOCOLO DE SAN SALVADOR**

Supuestamente esta situación sería franqueada por el Protocolo de San Salvador el que en teoría remediaría esta situación, pero veamos hasta qué punto.

La OEA adoptó el Protocolo de San Salvador en 1988, Ecuador suscribió el Protocolo el 10 de febrero de 1993 y lo ratificó el 25 de marzo del mismo año, en este Protocolo, supuestamente se establecieron nuevas formas de derechos económicos, sociales y culturales y a partir de su entrada en vigor a fines de año 1999 otra vez el compromiso de los Estados Partes fue de adoptar las medidas necesarias para alcanzar la plena efectividad de los DESC, pero de forma progresiva

El compromiso de los Estados es garantizar, (palabra de suma importancia cuando de compromisos se trata), un estándar mínimo de los DESC, sin consideración del nivel de desarrollo económico, lo cual vuelve impracticable la legislación, como es inefectiva toda disposición que, por dictarse sin consideración a las circunstancias, se hace imposible de cumplir.

Además la condición progresiva impide el supuestamente perseguido cumplimiento inmediato e inclusive a determinado plazo.

Los derechos a los que se refiere específicamente este Protocolo, son: El derecho al trabajo del que trata el artículo 6 respecto al cual se hace una declaración sobre que toda persona tiene el derecho, y consta como siempre el compromiso de los Estados Partes de adoptar medidas que garanticen la efectividad del derecho, en especial las que garanticen el empleo pleno, lo que todo sabemos que toma tiempo y programación, y es una condición para que se pueda reclamar el ejercicio del derecho al trabajo de forma inmediata, haciéndolo allí si plenamente exigible y justiciable, de manera que estas frases no sean solo declaraciones imposibles de llevar a la realidad.

En mi opinión con respecto en particular a minusválidos los jueces podrían tomar decisiones de ejecución inmediata que irían cambiando poco a poco la sociedad, en nuestro país, habrá que ver si eso sucede.

El artículo 7 se refiere a condiciones de Trabajo, aspecto que supone que la persona ya tiene trabajo cuando lo reclama. El artículo 8 sobre Derechos Sindicales es como debieron ser todos los artículos, en él se establece que los Estados **garantizarán los** Derechos Sindicales, no queda duda de que estos derechos son exigibles y justiciables: organizar sindicatos, formar federaciones, hacer huelgas, la libertad de asociación.

Desde el artículo 9 se ampara el Derecho a la Seguridad Social, Derecho a la Salud, a un Medio Ambiente Sano, Derecho a la Alimentación, Derecho a la Educación, en el que otra vez el Protocolo hace exigible y justiciable el derecho, cuando en el número 3 letra a) establece que la enseñanza primaria **debe ser obligatoria y gratuita**, los demás niveles “deberán hacerse accesibles a todos”, se reconocen también el Derecho a los Beneficios de la Cultura, a la Constitución y Protección de la Familia, es interesante que en este artículo, a pesar que el siguiente es sobre la niñez, se **garantiza** a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; en el artículo 16 sobre la Niñez se ratifica la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, el 17 trata de protección a los Ancianos, creo que este artículo en particular es el menos observado en nuestro país, sobre todo porque uno de los compromisos es de ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva, adecuada a sus capacidades, respetando su vocación o deseos; en cambio, lo que se ha legislado es que en el sector público a los 70 años las personas, por obligación, deben abandonar sus trabajos y no hay alternativas de realización de actividades productivas como política del gobierno, se protege a los Minusválidos, usando lenguaje anterior pues ahora, y por razones

que tienen que ver con la equidad de trato, se los llama personas con habilidades especiales.

En el artículo 19 titulado Medios de Protección, se hace hincapié en la defensa de los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13, estipulándose que si fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esto es lo positivo del Protocolo, que abre la posibilidad de peticiones individuales ante la justicia interamericana, aunque solo en ciertos casos, como los del artículo 8.1, párrafo a), artículo 13 y artículo 19.6 que como ya hemos visto se refieren, respectivamente, a determinados derechos sindicales y al derecho a la educación. Son justiciables la libertad del individuo para asociarse en organizaciones sindicales y la del sindicato.

El artículo 19 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador", atribuye al sistema interamericano de protección de los derechos competencia para recibir y procesar denuncias solo en caso de dos de los derechos contemplados en el Protocolo: el derecho a la educación y el derecho a la libertad de asociación en el ámbito sindical.

No han faltado las críticas a esta decisión, pero en primer lugar es un comienzo importante para establecer al fin la realidad de la exigibilidad y

judiciabilidad de los derechos, se debe tratar de que en el futuro se encuentre la fórmula para dar eficacia a los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

La Comisión ha afirmado que no tiene competencia para establecer violaciones autónomas del protocolo de San Salvador mediante el sistema de peticiones individuales, pero puede usar el protocolo para interpretar otras normas aplicables. En mi opinión el Protocolo puede ser útil en las jurisdicciones de cada país, para apoyo de los jueces constitucionales, que podrían usar como motivación el Protocolo de San Salvador, como parte del bloque constitucional.

## **CONCLUSIONES**

El derecho internacional, establece no solo el deber de los Estados de asegurar el acceso a cierto estándar de salud, trabajo, habitación, educación, etc., sino además la necesidad de controlar la actividad del Estado en este respecto. Dicho de otro modo, la revisión judicial de las políticas para asegurar los DESC sería una exigencia que es posible fundar también en el derecho internacional.

Sin embargo, hay objeciones que sostienen que si los jueces se encargan de hacer exigibles los DESC (y, por ende, de controlar las políticas que los intenten ejecutar), los órganos políticos se verán despojados de sus atribuciones en materia de políticas públicas. También hay quienes opinan que la población se vería privada de aquello que fue deliberado y acordado (y plasmado en una ley); que la decisión mayoritaria sería reemplazada por la visión minoritaria de algunos jueces.

Pero se olvidan de que la mayoría de la población (los órganos políticos) tiene titularidad en un sistema democrático, para deliberar a aprobar las leyes

que estime pertinente, y para que esa deliberación y esas leyes no sean anuladas o reemplazadas por una minoría, a menos que sean contrarias a la Constitución.

Ciertamente, nadie puede defender que la minoría, o la mayoría pueden imponer sobre el resto de la población decisiones que sean inconstitucionales. Eso sería ilegítimo, en un sistema democrático. En una democracia constitucional, la revisión judicial no es antidemocrática; al contrario, fortalece la democracia en la medida en que protege los derechos individuales reconocidos por la Constitución.

Pero se ha de aclarar que dicha revisión debe ser respecto a reclamos apropiadamente planteados y procedentes, porque aun cuando no pensemos en las objeciones que aquí hemos traído, lo cierto es que queda por verse que en las acciones ordinarias de protección presentadas de manera individual no es siempre claro que se puedan invocar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para pedir una resolución a favor, esto dependería de la calidad de la petición, éstas suelen ser más serias cuando se trata de asuntos de salud y ambientales, pero suelen nos ser claras en los casos del derecho al trabajo, o el derecho a la vivienda, o el buen vivir.

Las dos objeciones en contra del rol de las cortes haciendo justiciables los DESC, en particular el derecho a la protección de la salud, han sido objeto de varias respuestas. Algunas tienen mayor fuerza que otras e incluso, en un caso, asumen puntos de vista opuestos, cuando se dice que los jueces al controlar la política no hacen política, y luego otra se señala que los jueces siempre han hecho política. El objetivo de este trabajo necesariamente tenía que pasar por la presentación de todas las respuestas, así llegaremos a conclusiones más acertadas.

A título personal, pienso que la revisión judicial en asuntos del derecho a la salud, es posible en la práctica y contribuye a mejorar el proceso de toma

de decisiones políticas, siempre que los criterios usados sean explícitos y públicos.

Los procesos que se presenten justifican el rol de las cortes controlando la política pública de la administración y el derecho legislado. Sin embargo, el rol de las cortes ejecutando este control debe estar limitado por ciertos estándares, recordemos que, los valores personales y políticos del juez y sus sensibilidades no pueden ser excluidos del proceso de interpretación y resolución. No porque los jueces sean débiles y cedan ante la tentación política, sino porque la exclusión a que llama el ideal tradicional del imperio de la ley es, simplemente imposible, por tanto los valores políticos y morales del juez juegan un rol rutinario, normal e imposible de erradicar en la decisión.

La realidad es que la administración diseña la política pública, mientras que la judicatura no; la administración decide cómo implementar la política, mientras que la judicatura no; la administración actúa basada en criterios de bienestar social y efectuando cálculos agregativos, mientras que la judicatura no razona así; la administración emplea consideraciones sociales globales, abordando la población en términos impersonales y estadísticos, mientras que la judicatura no; el trabajo de la administración es lidiar con la política pública, y por ello es proactiva, mientras que la judicatura actúa bajo requerimiento, motivada por la violación de un derecho constitucional, y por ello, lógicamente, es reactiva.

La respuesta definitivamente yace en aquella situación en la que los jueces constitucionales deben asumir sus roles de manera entendida, informada y equilibrada para no invadir imprudentemente atribuciones propias de otros poderes del Estado, ahora bien, esto no significa que una vez que conocen un reclamo sobre los DESC las autoridades no van a tratar sus decisiones con pasividad deferente, pues no deben olvidar que se trata nada menos que de derechos que en la realidad están ligados a los programas de gobierno, sólo le quedaría al juez invocar el respeto a los convenios internacionales.

Ningún mandamiento constitucional puede quedar de tal forma devaluado que sea excluido de la protección de la justicia, por esa razón se ha de llegar a un acuerdo respecto al tratamiento de estos derechos cuando son reclamados ante los órganos de justicia, por lo tanto debe examinarse en cada caso la posibilidad de resolución, que no injurie a los otros poderes del Estado, examinando:

Su pertinencia (se trata de derechos reconocidos por la Constitución y los jueces tienen el deber de hacer respetar la Constitución).

Su entendimiento de la doctrina de separación de poderes.

Su coherencia (por ser los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, políticamente sensibles).

Sus supuestos de hecho (el racionamiento y la distribución de recursos de recursos es un asunto técnico).

Para esto se necesita tener conceptos claros, pues se falla cuando se trata de distinguir entre controlar la política y elaborarla, y en reconocer que las cortes sí pueden revisar las políticas sin evaluar su mayor o menor idoneidad o sabiduría, bajo ciertos estándares, como la razonabilidad.

Se debe estudiar e implementar formas de revisión que son compatibles con asegurar el necesario margen de discrecionalidad y flexibilidad que la administración necesita para poder funcionar eficientemente.

Es importante reconocer que la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC tiene una serie de factores que dificultan las acciones tanto de exigibilidad jurídica como la exigibilidad política, por ello es importante reflexionar sobre ellos y buscar como los vamos superando.

Los hombres y mujeres con conciencia de sus derechos, organizados y con voluntad política y de cambio, deben apropiarse de las estrategias y los

espacios públicos y privados que puedan hacer realidad la vigencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para que sea posible librarnos para siempre de la pobreza y toda otra forma de exclusión y discriminación, una acción a tomar sería la DOCUMENTACION DE CASOS que implica la revisión documental y de normas especializadas tanto en lo nacional como en lo internacional; en particular:

- Casos de violación a la libertad sindical.
- Casos sobre el derecho a la salud.
- Casos sobre el derecho a la vivienda.
- Casos sobre el desplazamiento forzado de personas.
- Casos en materia de educación.
- Casos de corrupción en el presupuesto social.
- Precisar los contenidos mínimos de los derechos.
- Potenciar la socialización de experiencias.

La plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales requiere considerables recursos humanos, económicos, tecnológicos y de otro tipo. La limitación de recursos no es la principal causa de las violaciones generalizadas de los derechos económicos, sociales y culturales, de hecho también se confabulan con estos resultados la actitud de los jueces y de los poderes políticos del Estado, así como los celos y juegos de poder que aparecen entre el poder legislativo y el poder judicial.

Es tan endeble la posición de los Derechos Económicos Sociales y Culturales como derechos humanos de inmediata aplicación, exigibles y judiciables, que para que sean efectivos se requiere que haya 1. Cooperación internacional; 2. Que el propio Estado nacional tenga recursos disponibles; 3. Que además, cuando tenga recursos disponibles y le presten internacionalmente dinero que pueda aplicar a este fin, y no a pagar los intereses de la deuda externa ya contraída, aun entonces falta que se adopten providencias para lograr el desarrollo **progresivo**.

Avanzar en el camino hacia la garantía plena de los derechos sociales a través de su justiciabilidad nos permitirá quizás algún día compartir con el mundo una posición que condene la miseria y la exclusión, para eso se necesita que los jueces se consideren y sean preparados como agentes de cambio social, y que tomemos conciencia de que estamos en un camino y que no importa cuántas planas escribamos sobre la efectividad de los derechos, sobre su exigibilidad, sobre su justiciabilidad, sobre el “hecho” de que son iguales a los derechos civiles y políticos, la realidad que debemos enfrentar es que son considerados programáticos, que su goce completo depende de las condiciones sociales y económicas y de la bondad de las políticas públicas; mientras más pronto enfrentemos esa realidad, más rápido resolveremos los problemas que enfrentan los jueces y los administrado cuando siguiendo el ideal de lo que está escrito se topan con la realidad cuando tratan de ejecutar una sentencia.

Se asegura que no es pertinente objetar el control judicial sobre los DESC puesto que se trata de derechos reconocidos por la Constitución y los jueces tienen el deber de hacer respetar la Constitución, pero ya hemos visto que ni aun así es posible ejecutar las resoluciones dictadas si no se cumplen los requisitos presupuestarios, es más, ni la Corte Interamericana, en los escasísimos casos que ha visto afrontó el reto de resolver la situación personal del solicitante.

El Protocolo solo prevé explícitamente la justiciabilidad ante la Corte de violaciones a los artículos 8 y 13 esto nos obliga a reflexionar sobre la verdadera exigibilidad de los otros derechos, el lenguaje que se usa en los documentos internacionales no apunta a que los Estados Parte **garanticen** los DESC, se los obliga a “reconocer” que las personas tienen estos derechos y a prometer que harán todos lo posible para garantizar su goce efectivo de acuerdo con sus economías, por lo tanto, mientras más pronto aceptemos la realidad de que

no son sino derechos programáticos, más pronto se tomarán las medidas necesarias para cambiar la situación, en lugar de sentarnos cómodamente a pensar, que porque lo dice la Constitución, la garantía es efectiva.

El legislador se encuentra obligado a “traducir” las violaciones a los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES llevándolos al campo de las ofensas a los derechos civiles y políticos, a fin de tornarlos justiciables.

Como ejemplo podemos tomar los siguientes: El derecho a la salud y la protección de los derechos civiles y políticos.- La protección judicial del derecho a la salud ha sido canalizada en diferentes sistemas legales a través de: \* El derecho a la vida; \* El derecho a no ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; y \* El derecho al respeto de la vida privada y familiar.

Nuestro objetivo ha sido demostrar el estado de exigibilidad de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES en Ecuador, basándome principalmente en los reclamos que he conocido en el ejercicio de la profesión como abogada, es a partir de esa experiencia que hemos formulado observaciones respecto al manejo de estos derechos, y las relaciones que con ellos tienen nuestros jueces.

No sería justo dejar de reconocer que hemos tenido últimamente una situación de progresividad, pero la influencia de esta en el campo judicial no es evidente en cuanto al grado de efectividad de los derechos aquí tratados.

Es positivo sin embargo que las personas se atrevan cada vez más a reclamarlos, aunque a veces indiscriminadamente, pero la insistencia va

generando una tendencia de la jurisprudencia que por lo menos es interesante, y que en algunos casos ha obligado a la administración a tomar medidas positivas en la protección de los DESC, como es el caso de los minusválidos que exigieron que se corrija la falta de accesos especiales para ellos en los edificios públicos, que tuvo un efecto fabuloso, en los cambios en la construcción, y en la conciencia del público con respecto a las personas con algún discapacidad, o que necesitan ayuda especial.

En la protección de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, queda pendiente la superación de los obstáculos que hemos venido individualizando en este trabajo, y además el uso de una herramienta que puede ser más efectiva, correctamente usada, esto es el uso de los instrumentos internacionales para defender los casos, de violación de DESC, en cuanto a esto me refiero no solo a los instrumentos Interamericanos, sino a los acuerdos y sobre todo sentencias de otros ordenamientos, como el europeo y el de Sudáfrica que es particularmente progresista en cuanto a Derechos Humanos en general,

Tal vez esto demuestre un grado de desconocimiento de la normativa internacional, lo cual requeriría un plan de fortalecimiento de la difusión de estos instrumentos, y de las posibilidades y formas de uso de los mismos por parte de los operadores de justicia.

Se necesita lograr, con la ayuda de los jueces, que la sociedad civil adquiera confianza en la justiciabilidad y exigibilidad de los DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, para ello es imperativo que haya pronunciamientos judiciales ejemplares, que provoque una reacción que desembocaría en la exigencia de que se atiendan estos derechos.

Finalmente, debo reconocer la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido determinante en el desarrollo de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar el Pacto. Las observaciones generales han contribuido a mejorar el sistema pero eso no hubiera pasado si los supervisores no hubieran estado atentos.

Nuestro desafío es seguir en la lucha, sabiendo que no hemos llegado aún pero que aunque tengamos identificados los obstáculos, hay que seguir incoando acciones en las que apliquemos lo que se ha obtenido hasta ahora, y que sirvan para tener voz en la organización internacional por la vía de información aportada, debemos ser parte de las estadísticas que enriquecen y son herramienta de evaluación del Comité.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Abramovich, Víctor y Courtis, Cristián (2002): *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles* (España Trotta) 254 pp.
2. Bazán, Víctor, (2010) libro de trabajo para clases de "Fundamentos de Derechos Humanos" Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
3. Christiansen, Eric (2007): "Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court", *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 38: pp. 321-385.
4. Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo". URIBE, Alirio, en "Vigencia de los Derechos Humanos Integrales un Reto para la Humanidad a 50 años de la Declaración Universal y a las puertas del tercer

milenio", Ponencia de la al Congreso Mundial de la FIDH en Dakar, Senegal, noviembre 20 de 1997, p.38. "La base jurídica sobre la que se asienta los DESC supone fundamentalmente la presencia de un Estado fuerte como motor que impulse la realización de esos derechos, junto a una orientación nacional favorable a ellos".

5. De Villiers, Bertus (1995): "Social and Economic Rights", en: *Rights And Constitutionalism* (Van Dyk, David; Dugard, John; De Villiers, Bertus; Davis, Dennis; Clarendon Press) 382 pp.

6. Erazo Ximena, Garretón Roberto, Valenzuela Rodrigo, "El Paradigma de los derechos Universales", Lom Ediciones, (2007), - 370 páginas.

7. Jackman, Martha (1992): "Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate", en: *Social Justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada* (Bakan, Joel & Schneiderman, David, eds., Carleton University Press) 176. pp.

8. Ferrajoli, Luigi (2009): "Derechos y garantías, La ley del más débil" España Trotta.

9. Michelman, Frank I. (2003): "The Constitution, Social Rights, and Liberal Justification", *International Journal Of Constitutional Law*, vol. 1: pp. 13–34.

10. Sunstein, Cass (2001): "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *John M. Olin Law and Economics Working Paper* , N° 124 (The Law School, University of Chicago) pp. 123–132

11. Figueroa Rodolfo Justiciability of economic, social and cultural rights. A theoretical discussion, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3, **Santiago** pp. 587 – 620 **dic. 2009** doi: 10.4067/S0718-34372009000300006.

12. Zavala Egas, Jorge, (2007) "La responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por las administraciones públicas o sus delegatarios y concesionarios – Una sentencia ejemplar de la H. Corte Suprema de justicia del ecuador (fallo de casación de la sala de lo administrativo). Libro publicado por autor.

13. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **Julieta Rossi**

y **Víctor Abramovich**, artículo publicado en el libro Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego; Guevara B, José A. (comps.) México: Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana; México: 2004, pp. 457-480.

14. Cuaderno de trabajo de la Corte Constitucional de Transición “Apuntes de Derecho Procesal Constitucional” Editor, Dr. Juan Montaña Pinto, tomos 2 y 3

1. [http://www.google.com.ec/#hl=es&cp=11&gs\\_id=x&xhr=t&q=desc+en+ecuador&pf=p&scient=psy&rlz=1R2TSNB\\_en&source=hp&pbx=1&oq=desc+en+ecu&aq=0v&aqi=g\\_v1&aql=&gs\\_sm=&gs\\_upl=&fp=57de52488d4342e0&biw=1024&bih=388](http://www.google.com.ec/#hl=es&cp=11&gs_id=x&xhr=t&q=desc+en+ecuador&pf=p&scient=psy&rlz=1R2TSNB_en&source=hp&pbx=1&oq=desc+en+ecu&aq=0v&aqi=g_v1&aql=&gs_sm=&gs_upl=&fp=57de52488d4342e0&biw=1024&bih=388)

2. [http://www.cladem.org/index.php?option=com\\_rokdownloads&view=file&Itemid=115&id=959:derechos-economicos-sociales-y-culturales-con-perspectiva-de-genero-en-el-ecuador](http://www.cladem.org/index.php?option=com_rokdownloads&view=file&Itemid=115&id=959:derechos-economicos-sociales-y-culturales-con-perspectiva-de-genero-en-el-ecuador)

3. [http://www.escribnet.org/news/news\\_show.htm?doc\\_id=1616124&attribLang\\_id=13441](http://www.escribnet.org/news/news_show.htm?doc_id=1616124&attribLang_id=13441)<http://www.es.amnesty.org/temas/derechos-economicos-sociales-y-culturales/que-son-los-desc/>

4. <http://www.es.amnesty.org/temas/derechos-economicos-sociales-y-culturales/que-son-los-desc/>

5. <http://uasb.edu.ed/padh/centro/pdfs3/colectivo%20abogados.pdf>

6. <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2009/07/Courts-legal-enforcement-ESCR-Human-Rights-Rule-of-Law-series-2009-spa.pdf>

7. [http://observatoriDerechosEconómicos,SocialesyCulturales.org/sites/default/files/Marta\\_Mendiola\\_La\\_exigibilidad\\_de\\_los\\_DEREC\\_HOS\\_ECONÓMICOS,\\_SOCIALES\\_Y\\_CULTURALES\\_en\\_NU.pdf](http://observatoriDerechosEconómicos,SocialesyCulturales.org/sites/default/files/Marta_Mendiola_La_exigibilidad_de_los_DEREC_HOS_ECONÓMICOS,_SOCIALES_Y_CULTURALES_en_NU.pdf)

8. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/AreESCRfundamentallydifferentfromcivilandpoliticalrights.aspx>

# **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

## **Preámbulo**

### **Los Estados Partes en el presente Protocolo,**

*Considerando* que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

*Señalando* que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición,

*Recordando* que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de derechos humanos reconocen que no puede realizarse el ideal del ser humano libre y liberado del temor y de la miseria a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona disfrutar de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales,

*Reafirmando* la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales,

*Recordando* que cada uno de los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>3</sup> (en adelante denominado el Pacto) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto,

*Considerando* que, para asegurar mejor el logro de los propósitos del Pacto y la aplicación de sus disposiciones, sería conveniente facultar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante denominado el Comité) para desempeñar las funciones previstas en el presente Protocolo,

*Han convenido* en lo siguiente:

## **Artículo 1**

### **Competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones**

1. Todo Estado Parte en el Pacto que se haga Parte en el presente Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo.

2. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

## **Artículo 2**

### **Comunicaciones**

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.

### **Artículo 3**

#### **Admisibilidad**

1. El Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente.
2. El Comité declarará inadmisibles toda comunicación que:
  - a) No se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo;
  - b) Se refiera a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha;
  - c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional;
  - d) Sea incompatible con las disposiciones del Pacto;
  - e) Sea manifiestamente infundada, no esté suficientemente fundamentada o se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación;
  - f) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación, o
  - g) Sea anónima o no se haya presentado por escrito.

### **Artículo 4**

#### **Comunicaciones que no revelen una clara desventaja**

De ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general.

### **Artículo 5**

#### **Medidas provisionales**

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.
2. El hecho de que el Comité ejerza las facultades discrecionales que le confiere el párrafo 1 del presente artículo no implica juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la comunicación.

### **Artículo 6**

#### **Transmisión de la comunicación**

1. A menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisibles sin remisión al Estado Parte interesado, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo.
2. En un plazo de seis meses, el Estado Parte receptor presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en que se aclare la cuestión y se indiquen, en su caso, las medidas correctivas que haya adoptado el Estado Parte.

### **Artículo 7**

#### **Solución amigable**

1. El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de las partes interesadas con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto.

2. Todo acuerdo sobre una solución amigable pondrá fin al examen de una comunicación en virtud del presente Protocolo.

## **Artículo 8**

### **Examen de las comunicaciones**

1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del artículo 2 del presente Protocolo a la luz de toda la documentación que se haya puesto a su disposición, siempre que esa documentación sea transmitida a las partes interesadas.

2. El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo.

3. Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité podrá consultar, según convenga, la documentación pertinente procedente de otros órganos, organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, incluidos los sistemas regionales de derechos humanos, y cualesquiera observaciones y comentarios del Estado Parte interesado.

4. Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto.

## **Artículo 9**

### **Seguimiento de las observaciones del Comité**

1. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus recomendaciones, si las hubiere.

2. El Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité.

3. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado en respuesta a su dictamen o sus recomendaciones, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente ulteriormente el Estado Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto.

## **Artículo 10**

### **Comunicaciones entre Estados**

1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento, en virtud del presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo sólo se recibirán y examinarán si las presenta un Estado Parte que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del Comité en una declaración al efecto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones que se reciban conforme a este artículo quedarán sujetas al siguiente procedimiento:

a) Si un Estado Parte en el presente Protocolo considera que otro Estado Parte no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto, podrá, mediante comunicación por escrito, señalar el asunto a la atención de ese Estado Parte. El Estado Parte podrá también informar al Comité del asunto. En un plazo de tres meses contado desde la recepción de la comunicación, el Estado receptor ofrecerá al Estado que haya enviado la comunicación una explicación u otra declaración por escrito en la que aclare el asunto y, en la medida de lo posible y pertinente, haga referencia a los procedimientos y recursos internos hechos valer, pendientes o disponibles sobre la materia;

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambos Estados Partes interesados dentro de seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos podrá remitir el asunto al Comité mediante notificación cursada al Comité y al otro Estado;

c) El Comité examinará el asunto que se le haya remitido sólo después de haberse cerciorado de que se han hecho valer y se han agotado todos los recursos internos sobre la materia. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente;

d) Con sujeción a lo dispuesto en el apartado c) del presente párrafo, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto;

e) El Comité celebrará sesiones privadas cuando examine las comunicaciones a que se refiere el presente artículo;

f) En todo asunto que se le remita de conformidad con el apartado b) del presente párrafo, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados que se mencionan en el apartado b) que faciliten cualquier otra información pertinente;

g) Los Estados Partes interesados que se mencionan en el apartado b) del presente párrafo tendrán derecho a estar representados cuando el asunto sea examinado por el Comité y a hacer declaraciones oralmente y/o por escrito;

h) El Comité presentará, a la mayor brevedad posible a partir de la fecha de recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del presente párrafo, un informe, como se indica a continuación:

i) Si se llega al tipo de solución previsto en el apartado d) del presente párrafo, el Comité limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución a que se haya llegado;

ii) Si no se llega al tipo de solución previsto en el apartado d), el Comité expondrá en su informe los hechos pertinentes al asunto entre los Estados Partes interesados. Se adjuntarán al informe las declaraciones por escrito y una relación de las declaraciones orales hechas por los Estados Partes interesados. El Comité podrá también transmitir únicamente a los Estados Partes interesados cualesquiera observaciones que considere pertinentes al asunto entre ambos.

En todos los casos, el informe se transmitirá a los Estados Partes interesados.

2. Los Estados Partes depositarán la declaración prevista en el párrafo 1 del presente artículo en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copias de la misma a los demás Estados Partes. La declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación al Secretario General. Dicho retiro se hará sin perjuicio del examen de asunto alguno que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud del presente artículo; después de que el Secretario General haya recibido la notificación de retiro de la declaración, no se recibirán nuevas comunicaciones de ningún Estado Parte en virtud del presente artículo, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

## **Artículo 11**

### **Procedimiento de investigación**

1. Cualquier Estado Parte en el presente Protocolo podrá en cualquier momento declarar que reconoce la competencia del Comité prevista en el presente artículo.

2. Si el Comité recibe información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de cualesquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información.

3. El Comité, tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como cualquier otra información fidedigna puesta a su disposición, podrá

encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.

4. La investigación será de carácter confidencial y se solicitará la colaboración del Estado Parte en todas las etapas del procedimiento.

5. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.

6. En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.

7. Cuando hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados del procedimiento en su informe anual previsto en el artículo 15 del presente Protocolo.

8. Todo Estado Parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirar dicha declaración en cualquier momento mediante notificación al Secretario General.

## **Artículo 12**

### **Seguimiento del procedimiento de investigación**

1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto pormenores de las medidas que haya adoptado en respuesta a una investigación efectuada en virtud del artículo 11 del presente Protocolo.

2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 6 del artículo 11, el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre las medidas que haya adoptado como resultado de la investigación.

## **Artículo 13**

### **Medidas de protección**

Cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para que las personas bajo su jurisdicción no sean sometidas a malos tratos o intimidación de ningún tipo como consecuencia de cualquier comunicación con el Comité de conformidad con el presente Protocolo.

## **Artículo 14**

### **Asistencia y cooperación internacionales**

1. El Comité transmitirá, según estime conveniente y con el consentimiento del Estado Parte interesado, a los organismos especializados, fondos y programas de las Naciones Unidas y otros órganos competentes sus dictámenes o recomendaciones acerca de las comunicaciones e investigaciones en que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia, junto con las eventuales observaciones y sugerencias del Estado Parte sobre esos dictámenes o recomendaciones.

2. El Comité también podrá señalar a la atención de tales órganos, con el consentimiento del Estado Parte interesado, toda cuestión surgida de las comunicaciones examinadas en virtud del presente Protocolo que pueda ayudarlos a pronunciarse, cada uno dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de medidas internacionales para ayudar a los Estados Partes a hacer valer de forma más efectiva los derechos reconocidos en el Pacto.

3. Se establecerá un fondo fiduciario con arreglo a los procedimientos de la Asamblea General en la materia, que será administrado conforme al Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas, para prestar asistencia especializada y técnica a los Estados Partes, con el consentimiento de los Estados Partes interesados, con miras a promover el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto, contribuyendo así al fomento de la capacidad nacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto del presente Protocolo.

4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de la obligación de todo Estado Parte de cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto.

## **Artículo 15**

### **Informe anual**

El Comité incluirá en su informe anual un resumen de sus actividades relacionadas con el presente Protocolo.

## **Artículo 16**

### **Divulgación e información**

Cada Estado Parte se compromete a dar a conocer y divulgar ampliamente el Pacto y el presente Protocolo, así como a facilitar el acceso a información sobre los dictámenes y recomendaciones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que guarden relación con tal Estado Parte, y a hacerlo en formatos accesibles a las personas con discapacidad.

## **Artículo 17**

### **Firma, ratificación y adhesión**

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él.

2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él.

4. La adhesión se hará efectiva mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

## **Artículo 18**

### **Entrada en vigor**

1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

## **Artículo 19**

### **Enmiendas**

1. Todo Estado Parte podrá proponer enmiendas al presente Protocolo y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará a los Estados Partes las enmiendas propuestas y les pedirá que le notifiquen si desean que convoque una reunión de los Estados Partes para examinar las propuestas y tomar una decisión al respecto. Si en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la comunicación al menos un tercio de los Estados Partes se declara en favor de tal reunión, el Secretario General la convocará bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda aprobada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes en la reunión será sometida por el Secretario General a la aprobación de la Asamblea General y, posteriormente, a la aceptación de todos los Estados Partes.

2. Toda enmienda que haya sido aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor el trigésimo día después de que el número de instrumentos de aceptación depositados equivalga a dos tercios del número de Estados Partes en la fecha de aprobación de la enmienda. A continuación, la enmienda entrará en vigor para cualquier Estado Parte el trigésimo día siguiente al depósito de su propio instrumento de aceptación. Las enmiendas sólo serán vinculantes para los Estados Partes que las hayan aceptado.

## **Artículo 20**

### **Denuncia**

1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia tendrá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General reciba la notificación.

2. La denuncia se hará sin perjuicio de que se sigan aplicando las disposiciones del presente Protocolo a cualquier comunicación presentada en virtud de los artículos 2 y 10 o de que continúe cualquier procedimiento incoado en virtud del artículo 11 antes de la fecha efectiva de la denuncia.

## **Artículo 21**

### **Notificación del Secretario General**

El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados a que se refiere el párrafo 1 del artículo 26 del Pacto los siguientes detalles:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones relativas al presente Protocolo;
- b) La fecha de entrada en vigor del presente Protocolo y cualquier enmienda introducida en virtud del artículo 19;
- c) Toda denuncia recibida en virtud del artículo 20.

## **Artículo 22**

### **Idiomas oficiales**

1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados a que se refiere el artículo 26 del Pacto.

Resolución 217 A (III).

Resolución 2200 A (XXI), anexo.

