

PRESENTACIÓN

CONSTRUCCIÓN Y PAPEL DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES. HACIA UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

Esta nueva coedición entre el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,¹ contiene las ponencias del evento académico realizado en Heidelberg en noviembre de 2010, con la valiosa cooperación de distintas instituciones, entre ellas la Fundación Alexander von Humboldt, el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), la Escuela Superior de Ciencias Administrativas de Speyer, la Universidad de Salamanca y la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Igualmente, se incorporaron otras contribuciones de juristas latinoamericanos y europeos a fin de abarcar un amplio espectro de los derechos sociales fundamentales entendidos como acervo común del *ius publicum* latinoamericano.

Ante las cuestiones emergentes de la construcción de un constitucionalismo latinoamericano con énfasis en el protagonismo de los derechos sociales, según el modelo de Estado social de derecho y la democracia social, esta obra tiene por objeto analizar el componente doctrinal enraizado en las tradiciones constitucionales, combinando la dogmática con un enfoque jurídico-práctico. En efecto, la configuración de este *ius commune* en derechos sociales es esencialmente resultado de la jurisprudencia constitucional, válida para explicar las concepciones y los esquemas de razonamiento de los diferentes ordenamientos, sus interrelaciones y convergencias, particularmente en su diálogo jurisdiccional. El libro se estructura con base en los cinco con-

¹ Hace un año se publicaron las memorias del Encuentro de 2009 celebrado también en Heidelberg: von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, II ts.

textos claves: socio-político, jurisdiccional (supranacional y nacional), exigibilidad, comparativo y prospectivo. Tres ejes perfilan a su vez la narrativa del debate contenido en estas memorias sobre la conceptualización y justiciabilidad de los derechos sociales, que se derivan de los fundamentos que justifican esta iniciativa, a saber, la actualidad y dinamismo de la temática, la relevancia de la perspectiva comparada y la convergencia en el desafío de su cumplimiento universal, regional y doméstico.

En cuanto a la actualidad y dinamismo de la temática, una motivación para presentar al lector estas ideas parte de la premisa que, sin duda, una de las estrategias de legitimación más importantes del derecho supranacional e internacional consiste en la protección de aquellas personas que por razones estructurales fácilmente son objeto de discriminación bajo el derecho interno. Entre ellas se cuentan en Europa, por ejemplo los extranjeros y los miembros de minorías. Aún tratándose de problemas de larga data, adquieren una nueva dimensión en las sociedades posnacionales del presente, cada vez más heterogéneas y complejas. Una política de los derechos fundamentales, que incluya los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), esto es, que de modo coherente, enérgico y progresivo proteja a los grupos vulnerables y a las minorías, como lo formulan Philip Alston y Joseph H. Weiler en cuanto a la Unión Europea, constituye una premisa con validez universal en este tiempo.

La justiciabilidad de los DESC ante órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales ha experimentado en las últimas dos décadas un extraordinario impulso tanto a nivel de la doctrina como a nivel de los defensores de derechos humanos y redes de ONGs dedicadas al litigio estratégico. Los derechos sociales hoy forman parte de la agenda del constitucionalismo global y del constitucionalismo regional, como el latinoamericano.

Se trata de un fenómeno reciente que concede actualidad y vigencia al tema. Las supuestas distinciones entre derechos civiles y derechos sociales no suelen verse tan tajantes como pretenden los partidarios de la doctrina tradicional. Al contrario, con argumentos sólidos de dogmática jurídica se pasó del paradigma de la no justiciabilidad, que caracterizaba a los DESC como de “segunda generación”, a un nuevo paradigma de su plena exigibilidad, como derechos capaces de ser reclamados por vía judicial, del mismo modo que los derechos civiles y políticos, con sus diversos matices en los distintos continentes.

Las estadísticas y bases de datos jurisprudenciales muestran que los derechos económicos, sociales y culturales, como todos los demás derechos humanos, imponen una serie de obligaciones (tanto positivas como negativas) a los Estados y que los tribunales y otros órganos jurisdiccionales pueden

determinar, caso por caso, si los derechos han sido violados, ya sea por la acción del Estado, la inacción o una combinación de ambos. Se ha avanzado igualmente en las propuestas para discernir los “niveles” de las obligaciones de respetar, de proteger, de asegurar y de promover el derecho en cuestión. Ello ha significado el reconocimiento de nuevas constelaciones que han marcado el giro para tomarse en serio los derechos sociales fundamentales (en la expresión de Roberto Gargarella). Siendo conscientes de la necesidad de prestar atención a los “tiempos sociales”, y a la vez ser sensibles a cuestiones básicas de justicia, los derechos sociales fundamentales representan un desafío permanente para el desarrollo de la ciencia constitucional a nivel global, regional y nacional.

En relación a la relevancia de la perspectiva comparada, se pueden destacar tres rasgos que hacen posible y necesario un intercambio académico en base a los derechos sociales fundamentales. En primer lugar, como bien afirma Rodolfo Arango, se percibe una paradoja de la realidad invertida entre Europa y Latinoamérica, pues a mayor realización de los derechos sociales en Europa, menor el interés de consagrarlos constitucionalmente (aun cuando se constata una tendencia en las últimas Constituciones europeas a incluir los derechos sociales); y, a la inversa, a menor goce efectivo de los mismos en Latinoamérica, mayor su reconocimiento en el ordenamiento constitucional. Las convergencias y divergencias en torno al tema de los derechos sociales generan relevantes líneas de investigación comparada a ambos lados del océano.

En segundo término, despierta gran interés en otras latitudes la concepción de “paraguas” del sistema interamericano con su amplio espectro de protección de los derechos humanos. En los últimos años ha tenido lugar en este sistema regional un cambio gradual de la agenda que hace convivir asuntos tradicionales, como los conflictos de la justicia transicional, con temas vinculados a los problemas derivados de la desigualdad y la exclusión social. Afirma la doctrina que las democracias latinoamericanas se encuentran seriamente amenazadas por el aumento sostenido de las brechas sociales y la exclusión de vastos sectores de la población de sus sistemas políticos y de los beneficios del desarrollo. Precisamente uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos de la Comisión (CIDH) y la Corte interamericanas (CorteIDH) en relación a estos problemas se centra en la capacidad de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

En la actualidad, los enfoques del sistema interamericano muestran una singular apertura caracterizada por dos fenómenos: por un lado, enmarcar hechos particulares en patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales vulnerables (léase mujeres, niños, pueblos indígenas, migrantes, enfermos mentales, personas privadas de libertad, entre otros) y en sus decisiones reconoce expresamente sus derechos sociales fundamentales; y por otro lado, utilizando la interpretación del principio de igualdad en clave social, para trascender el alcance tradicional limitado a los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención Americana. Así, se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, a una idea de igualdad como protección de grupos subordinados, como lo recoge la doctrina y queda plasmado en esta obra.

La labor de armonización del orden interamericano sobre derechos humanos mediante la interpretación que hace el tribunal supranacional de las normas contenidas en los instrumentos internacionales que los Estados han adoptado así como la influencia *in crescendo* que sus decisiones traen consigo al orientar las decisiones internas, sean legislativas, jurisdiccionales o administrativas —particularmente el diálogo con los tribunales constitucionales nacionales *in latu sensu*—, marcan la pauta de esta construcción de un *corpus iuris* común en materia de derechos sociales. Como bien afirmó Sergio García Ramírez en Panamá en su Informe como Presidente de la CorteIDH ante la Asamblea General de la OEA el 05 de junio de 2007, “Si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge con naturalidad”. Las contribuciones que en esta publicación se ofrecen apuntan en esa dirección, para sumar esfuerzos en lo concerniente a reflejar la influencia de la jurisprudencia interamericana en los ámbitos domésticos y permitir divulgar los estándares creados en la pluralidad constitucional latinoamericana.

El tercer rasgo que permite afirmar la trascendencia de la materia *in commento* en el ámbito comparado se deriva del denominado control de convencionalidad, dado el impacto de las decisiones de un tribunal supranacional como la CorteIDH a favor del efecto directo de las normas internacionales y convencionales, ya que éste encuentra una mayor legitimación por el hecho de tener fundamento en normas constitucionales. El caso latinoamericano es particular y puede servir de inspiración a otros sistemas. A luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, dado que muchas Constituciones atribuyen rango constitucional a los tratados de derechos humanos o al menos a algunos de ellos, la labor pionera y audaz de la Corte IDH y las respuestas de los sistemas nacionales, en particular de los más altos tribunales, representan

un tema de gran trascendencia teórica, doctrinal y —sobre todo— práctica, porque están conduciendo al continente a una especie de Constitución común.

Por último, pero no por ello de menor categoría, hay un elemento que impulsa el estudio de los derechos sociales como es la convergencia en el desafío de la exigibilidad de los derechos sociales en todas las escalas, global, regional y nacional. Dicha convergencia facilita vertebrar distintos enfoques y perspectivas en torno a los derechos sociales, fortalecida por una visión multidisciplinaria de estas constelaciones. En el plano normativo es alentador que antes de finalizar la primera década del presente milenio y con motivo de conmemorarse sesenta años de la adopción de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara en 2008 el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que pretende llenar el vacío respecto a la inexistencia de procedimientos efectivos de protección internacional de los derechos consagrados en este instrumento. También las últimas Constituciones latinoamericanas de este siglo XXI o algunas recientes reformas constitucionales contemplan amplios catálogos que regulan los derechos sociales, sumándose a la ya basta jurisprudencia constitucional que les reconoce su estatus de derechos fundamentales. Los avances en el *acquis communautaire* interamericano son notorios en el ámbito regional. No obstante, como bien se afirmó desde 1993, “la democracia, la estabilidad y la paz no pueden sobrevivir mucho tiempo en condiciones de miseria crónica, desposeimiento y abandono”.² Por ello, a pesar de los pasos andados, la efectiva garantía de los derechos sociales demanda aproximarnos a precisar las dimensiones de tal exigibilidad bajo el prisma del *ius commune* latinoamericano, poniendo el énfasis en la normatividad del derecho, abordado en su particular contexto y favoreciendo el diálogo transfronterizo. Sin contexto, el derecho se torna explicativamente nulo y normativamente estéril.

Nuestro agradecimiento a los muy destacados autores que participan en la obra, que ofrecen sus reflexiones y críticas para enriquecer la discusión, contribuyendo al desarrollo de la ciencia jurídica mediante la confrontación de ideas, interrogantes y propuestas. Al doctor Jorge Carpizo, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, que tanto ha permitido y posibilitado el diálogo académico, incluso más allá del ámbito lati-

² ONU, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. A/CONF.157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993.

noamericano, como lo demuestra, una vez más, la presente obra. Y a la doctora Elvia Flores, jefa de publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y a todo su equipo de trabajo, por su dedicación, esmero y cuidado para que esta obra estuviera editada a un año de distancia del anterior encuentro.

LOS COORDINADORES

Ciudad de México y Heidelberg, otoño de 2011