

CAPÍTULO TERCERO

SOFT LAW Y JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ*

Maribel OLVERA ACEVEDO

Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum coservetur (Las leyes se deben interpretar con la mayor benignidad, para que se conserve su espíritu).

Celso, D. 1.3.18¹

I. TRASCENDENCIA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL ACTUAL. CASO *LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ*

Para dimensionar las virtudes del paradigma jurisprudencial e interpretativo que representa la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), al resolver el caso *Lagos del Campo vs Perú*, es necesario referirnos, aun cuando sea de manera somera, a la concepción y trascendencia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESC, DES-CA o derechos sociales),² a las razones torales por las que durante muchos

¹ Domingo, Rafael (coord.), *Derecho, fuentes del derecho, cuestiones generales y derecho penal*. t. I: *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, p. 299.

² Según lo sostiene la CIDH en la opinión consultiva OC 23/2017, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el derecho a un “medio ambiente general satisfactorio, favorable al desarrollo” está estrechamente relacionado con los derechos económicos y sociales en la medida en que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo, lo cual se ha sostenido en términos similares en la Declaración de Estocolmo y en la Agenda 2030; por tanto, para

años se afirmó que éstos no eran justiciables de manera directa y, por supuesto, a la interpretación sistemática que llevó a cabo ese órgano supranacional no sólo con base en el *hard law* del sistema interamericano de protección de derechos humanos (SIDH), sino también haciendo un destacado uso del *soft law* internacional, todo lo cual representa un panorama de evolución jurídica internacional.

Hecha la precisión que antecede, es oportuno citar una definición de los DESCAs, que desde nuestro punto de vista goza de la claridad requerida para iniciar este análisis. Se trata de los

...derechos subjetivos que propenden por la realización del ser humano en condiciones de dignidad, mediante la satisfacción de mínimos esenciales que salvaguarden esferas como la autonomía, la identidad y los ámbitos materiales de existencia, contribuyendo a la reducción de las brechas de desigualdad en la sociedad.³

Del concepto anterior vale la pena hacer énfasis en las palabras “existencia”, “dignidad” e “igualdad”, pues son elementos básicos para determinar ciertos indicadores del nivel de vida que constituyen las palabras clave de los DESCAs, es decir, mediante los indicadores socioeconómicos como salud, alimentación, educación, condiciones de trabajo, situación ocupacional, vivienda, descanso, esparcimiento y seguridad social, etcétera, se integra un parámetro para medir el nivel de vida y de desarrollo de un país.⁴

Por tales razones, los DESCAs han resultado tan políticamente redituables y a la vez tan riesgosamente vulnerables; esto es, hablamos de derechos que garantizan la digna existencia de las personas, y, que no obstante, hasta hace poco tenían un reconocimiento muy débil, y, en función de ello, una

efectos de este texto es dable referirnos de manera indistinta a DESC, DESCAs o simplemente a derechos sociales. También es importante decir que no utilizaremos la expresión de “derechos de segunda generación” al referirnos a los DESCAs, debido a que, como afirma Carlos Salvador Rodríguez Camarena, la publicación de “*Pour une Troisième Génération des Droits de l’Homme*”, de Karel Vasak relativa a “tres generaciones” fue muy bien aceptada, sin embargo desde el punto de vista histórico, indujo a distorsiones que presentan la historia por la lucha de los derechos como un especie de evolución que va, primero, de la conquista de los derechos civiles a los políticos, luego a los sociales y, finalmente, los que les sigan a éstos, lo cual indirectamente ha incidido en la justiciabilidad de los derechos sociales.

³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Cooperación Alemana, Interpretado por GIZ, ¿Qué son los DESCAs?; disponible en: <https://iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/que-es-desca>.

⁴ J. Monge, Arturo, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales*, pp. 221 y 222, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26886.pdf>.

protección desigual frente a los derechos civiles y políticos, de ahí que la sentencia eje de estas líneas resulte tan relevante para su reivindicación, con independencia de las críticas que generó, y que en lo personal consideramos poco trascendentes frente a un escenario no muy lejano que pudiera llevar a una homogeneidad jurídica internacional.

En efecto, es importante conocer el alcance de los DESCAs en tanto se trata de derechos que históricamente se han enfrentado a deficientes sistemas públicos que nos hacen cuestionar la eficacia individual de los Estados para garantizarlos, no sólo porque tal tarea se ha dejado al sector privado, con lo cual los derechos sociales dependen de la disponibilidad de un salario, lo que a su vez incrementa las desigualdades y genera negocio y lucro muy importante para ciertos sectores económicos, que presionan a los gobiernos para profundizar en la privatización, a costa de un menor acceso a los derechos por parte de la ciudadanía,⁵ sino también, porque su protección jurisdiccional nacional no ha logrado consolidarse por las circunstancias propias de cada Estado y por eventualidades externas, como las recientes crisis sanitarias que colapsan a naciones enteras, lo que hace pensar en la necesidad de acciones conjuntas de diversos Estados.

En cuanto al reconocimiento, al menos formal, de los DESCAs, es dable indicar que aquél se materializó en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, instrumento que es el tratado internacional que da fundamento al SIDH; sin embargo, no fue hasta 2017 cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), con votación dividida,⁶ dictó la primera sentencia en la que resolvió de manera textual la vulneración a dicho precepto, en un asunto promovido por un particular.

Se trata del caso *Lagos del Campo vs Perú*, en el que el tribunal interamericano utilizó en la sentencia tres, los incisos del artículo 29 (b, c y d) de la CADH, es decir, la CrIDH otorgó una protección más amplia a los DESCAs, que derivó del reconocimiento del derecho al trabajo tanto en la ley como en la Constitución del Perú, así como de los derechos reconocidos en cualquier tratado del que el Estado sea parte y los efectos de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). En este caso, su efecto fue delimitar los derechos que se encuentran expresados en normas de la Carta de la OEA.

⁵ Escorihuela, Irene, “Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, garantía para una vida digna”, *Crítica Urbana*, núm. 2, 20 de septiembre de 2018, disponible en: <http://criticaurbana.com/los-desca-garantia-para-una-vida-digna>.

⁶ Parcialmente disidente de dos (Vio Grossi y Humberto Sierra Porto) de los siete jueces de Corte Interamericana.

En el caso, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot precisó en el voto concurrente emitido en la sentencia, que esos tres incisos no tienen, *prima facie*, que ser concurrentes para hacer justiciables derechos sociales, es decir, puede que el derecho no esté reconocido expresamente en la legislación nacional, pero sí que se encuentre en un tratado internacional del que el Estado sea parte; o bien, de manera inversa, puede que el derecho no se encuentre expresamente contemplado en los tratados internacionales del cual el Estado es parte, pero su legislación nacional sí lo contemple.⁷

Con tal línea de interpretación, a partir de esa sentencia surgió un nuevo paradigma jurídico, no sólo para la jurisprudencia interamericana, sino también para el derecho internacional público en general, porque es aquí y hasta ese momento cuando se da una interpretación *oficial* diferente al contenido del aludido artículo 26 leído en su correlación con el artículo 29 del mismo ordenamiento, que durante muchos años estuvieron ensombrecidos por la interpretación que se daba al artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), que alude destacadamente a la progresividad de los DESCAs.

Lagos del Campo representa la consagración de la justiciabilidad directa⁸ de los DESCAs, a la vez que constituye el más importante precedente en el que se reconoció expresamente la posibilidad de que las violaciones alegadas fueran planteadas por un particular;⁹ al mismo tiempo que la sentencia rompe viejos paradigmas en torno al uso del *soft law* en el SIDH, fenómeno que se materializó a través de la interpretación sistemática de declaraciones, precedentes, e incluso de votos particulares sin aparente fuerza vinculante, dieron contenido a la determinación de la CrIDH.

Parafraseando al juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en muy pocos casos la CrIDH se había pronunciado sobre el contenido del artículo 26 de la Convención Americana,¹⁰ y en éste no sólo lo hizo, sino que además,

⁷ Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *Voto concurrente. Caso Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia del 31 de agosto de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

⁸ Como bien lo apunta el entonces juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en los párrafos 47 y 49-52 del voto que emitió en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*, a partir de esta sentencia, el tribunal interamericano puede abordar las diversas problemáticas que se le presenten, ya no a través de la conexidad o vía indirecta, ya no subsumiendo el contenido de los DESCAs en los derechos civiles y políticos.

⁹ Pues antes de ese precedente, la progresividad a que alude el artículo 26 de la CADH impedía un análisis de caso no fuera representativo de la situación general de un Estado, como se consideró en el caso de *Cinco Pensionistas vs Perú*, resuelto con algunos años de antelación al caso *Lagos del Campo vs Perú*.

¹⁰ En sólo dos ocasiones había sido directamente alegado como vulnerado por la Comisión Interamericana, y en seis oportunidades por los representantes de las víctimas.

por primera vez en sus casi cuarenta años de existencia, declaró la violación del artículo, lo cual representa un importante avance jurisprudencial para el SIDH, al otorgar justiciabilidad directa a los DESCAs y dejar en claro la sinergia entre otros artículos de la CADH y el artículo 26 del mismo tratado.

El jurista mexicano destaca al respecto, que los avances realizados en el caso *Lagos del Campo* en materia del derecho al trabajo y sobre la protección y garantía de los DESCAs por la vía directa y mediante un análisis integral y englobado de los derechos sociales, civiles y políticos permiten dar un paso histórico hacia una nueva época de la jurisprudencia interamericana, conduciendo a la región hacia la misma dirección de lo que diversos países de Naciones Unidas acordaron mediante los Objetivos del Desarrollo Sostenible para el 2030 (ODS), en tanto que, como lo ha señalado la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), actualmente la desigualdad social en nuestra región constituye un obstáculo para el desarrollo sostenible.

Como bien apuntó el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en el párrafo 51 del voto concurrente¹¹ que emitió en la sentencia que resolvió el caso *Lagos del Campo vs Perú*, este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o no regresividad, o sobre aspectos sobre la disponibilidad de recursos, o sobre la legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas.

Es dable destacar que, a partir del caso, sus consideraciones han cobrado sentido en diversas resoluciones, como la opinión consultiva OC 23/2017, del 15 de noviembre de 2017,¹² de manera muy especial en los párrafos 57 a 59, en los que se sostuvo la interpretación interrelacionada entre los artículos 26 y 29 de la CADH y, fundamentalmente, el reconocimiento

¹¹ Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *op. cit.*

¹² Que en los párrafos 44 y 45 sostuvo que se deben tener en cuenta "...otras convenciones relevantes a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales..." y que "...el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente [además de la] propia jurisprudencia [de la Corte]" Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, *Medio ambiente y derechos humanos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, *Medio ambiente y derechos humanos*, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

de otras legislaciones internas y las connotaciones individuales y colectivas de un derecho económico, social, cultural y ambiental.

De la misma forma, en diversos casos resueltos con posterioridad, la Corte Interamericana incluyó las consideraciones que dieron sustento a la sentencia de *Lagos del Campo vs Perú*, como son: *Trabajadores Cesados de Petroperú vs Perú*,¹³ del 23 de noviembre de 2017; *San Miguel Sosa y otras vs Venezuela*,¹⁴ de 8 de febrero de 2018; caso *Poblete Vilches y otros vs Chile*,¹⁵ del 8 de marzo de 2018, *Cuscul Pivaral y otros vs Guatemala*,¹⁶ del 23 de agosto de 2018, etcétera, de ahí la importancia que reviste la sentencia de *Lagos del Campo*, que dio un giro a las posiciones que tiempo atrás sostuvieron que los DESCAs sólo eran exigibles, para dar inicio a la nueva interpretación jurídica del artículo 26 de la CADH.

II. EN TORNO A LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Como ya se anticipó, entre las virtudes de la sentencia dictada al resolver el caso *Lagos del Campo vs Perú*, resulta ineludible referirnos al paradigmático ejercicio de interpretación que llevó a cabo el tribunal interamericano a través del uso del *soft law* internacional en conjunción con el *hard law* de la región, lo cual sin duda fue determinante para alcanzar la justiciabilidad de los DESCAs; sin embargo, previo a ello es importante exponer someramente las razones por las que hasta antes del 31 de agosto de 2017 los derechos sociales no se consideraban justiciables, para lo cual, resulta necesario partir de la distinción entre justiciabilidad directa y justiciabilidad indirecta y exigibilidad.

Así las cosas, en primer lugar, la palabra “justiciabilidad” deriva del verbo “ajusticiar” o “justiciar”, que implica hacer justicia, y que en un modelo

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros vs. Perú*, sentencia del 23 de noviembre de 2017, párr. 192, pp. 70 y 71, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela*, sentencia del 8 de febrero de 2018 (fondo, reparaciones y costas), párr. 220, pp. 62-64, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, sentencia del 8 marzo de 2018 (fondo, reparaciones y costas), párrs. 101-110, pp. 32-35, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala*, sentencia del 23 de agosto de 2018 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrs. 75-97, pp. 27-36, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf.

de legalidad “se logra por una vía institucional, mediante los mecanismos judiciales; esto es, los derechos son realizables por medio de la justicia...”.¹⁷

Ahora bien, la palabra “exigible” o “exigibilidad” deriva de la palabra “exigir”, que es un verbo que simplemente implica “pedir imperiosamente algo a lo que tiene el derecho”.¹⁸

En este sentido, si bien la justiciabilidad es un concepto ligado al de exigibilidad, la diferencia es la modalidad. De esta forma, si la exigibilidad pretende la realización de un derecho, la justiciabilidad busca que tal realización se haga por la vía de su reclamación ante instancias que administran justicia.¹⁹

Ahora bien, la justiciabilidad puede ser directa e indirecta. La indirecta se entiende como la protección de los DESCAs mediante pretensiones jurídicas formuladas a partir de otros derechos que mediatizan el objeto verdadero de la tutela (por ejemplo, el derecho social a la salud, a través del derecho civil a la vida), mientras que la justiciabilidad directa consiste en una invocación inmediata de tales derechos en la formulación de la pretensión.²⁰

Dicho lo anterior, es propicio apuntar que la doctrina en torno a las razones por las que durante muchos años se cuestionó la justiciabilidad directa de los DESCAs es vasta, y generalmente está vinculada a la distinción entre los derechos civiles y políticos frente a los derechos económicos, sociales y culturales, para lo cual algunos autores aludieron a un reconocimiento tardío de los DESCAs, a una subordinación axiológica y a diferencias de estructura frente a los derechos civiles; sin embargo, desde un particular punto de vista, tales razones son secundarias, y se hicieron necesarias para justificar los motivos de origen que, como se reconoce en gran parte de la doctrina, tienen como punto de partida la falta de consenso entre distintos actores internacionales al aprobar el texto de la CADH, que originalmente incluía varios preceptos sobre derechos sociales.

¹⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos con el apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Interamericana para el Desarrollo, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, publicación coordinada por la Unidad de Información y de Servicio Editorial del IIDH, Costa Rica, 2009, pp. 84 y 85, disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1467/justiciabilidad-directa-desc-2009.pdf>.

¹⁸ Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario de la lengua española*, edición del tricentenario, actualización del 2019, disponible en: <https://dle.rae.es/?w=exigir>.

¹⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos sociales y culturales...*, cit.

²⁰ Moscoso Becerra, Gerson, *La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Arequipa, Facultad de Derecho, Universidad Católica San Pablo, 2019, disponible en: https://www.academia.edu/37096601/La_justiciabilidad_directa_de_los_derechos_laborales_en_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos_-_G._Moscoso_Becerra.

Así, pese a la existencia de distintos proyectos de Convención²¹ que pudieron dar origen a uno más afortunado, sin embargo sólo incluyó un precepto alusivo a los DESCAs, justamente el artículo 26, cuyo texto hace énfasis en el desarrollo progresivo y en la cooperación internacional para lograr su efectividad, pero no así a su justiciabilidad directa.²²

De modo que el artículo 26, colocado en el capítulo III de la CADH, es la única referencia expresa a los DESCAs, y no sería hasta 1999 cuando entraría en vigencia un protocolo adicional a la Convención, conocido como “Protocolo de San Salvador”, que regularía lo correspondiente a mecanismos de protección para los derechos económicos, sociales y culturales; sin embargo, surgió un nuevo problema, puesto que durante años se consideró que sólo los derechos sindicales y el derecho a la educación contenidos en el Protocolo podían ser objeto de la aplicación del sistema de peticiones individuales.²³

Aunado a ello, la doctrina generó una serie de justificaciones o razones por las que los DESCAs no eran justiciables directamente, aludiendo en principio a un reconocimiento histórico tardío, por ser éste posterior al de los derechos civiles y políticos,²⁴ así como a una serie de características opuestas entre los DESCAs y los derechos civiles.

En vía de ejemplo, según el enfoque liberal, los derechos civiles y políticos se concibieron como universales, absolutos, definitivos, inmediatamente

²¹ Texier, Philippe, “Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal”, en *Construyendo una agenda para la exigibilidad de los derechos sociales*, San José, CEJIL, 2004, disponible en: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/construyendo_una_agenda_para_la_justiciabilidad_de_los_derechos%20sociales_0.pdf.

²² “Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados parte 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”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), capítulo III. Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

²³ Meza Flores, Jorge Humberto, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1132-1138, disponible en: [file:///C:/Users/ASUS/AppData/Local/Packages/MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/4714-6076-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ASUS/AppData/Local/Packages/MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/4714-6076-1-PB%20(1).pdf).

²⁴ Núñez Uribe, Andrea Liliana, “La exigibilidad de los derechos sociales”, *La prohibición de regresividad en el ámbito del derecho a la educación en la jurisprudencia constitucional colombiana*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, núm. 5, pp. 64 y 65.

eficaces, y correspondían a todos los seres humanos, en tanto que los derechos sociales serían específicos de los trabajadores; los primeros serían derechos contra y frente a todos, y los derechos sociales eran relativos o frente a un obligado determinado, el Estado o los empresarios, mientras los derechos civiles y políticos serían inmediatamente eficaces contra el Estado, en tanto que la eficacia de los derechos sociales dependería de instrumentar medios costosos por el propio Estado, etcétera, y en lo más trascendente, para el tema que nos ocupa, se dijo que los derechos civiles y políticos eran justiciables, en tanto que los DESCAs sólo alcanzarían tal justiciabilidad en la medida en que el legislador estableciera acciones concretas para su protección.²⁵

Por otro lado, para el pensamiento socialista, los DESCAs serían derechos auténticos y propiamente universales, al ser requeridos para la realización personal de las grandes masas de obreros, mientras los derechos individuales serían específicos de los burgueses, etcétera.²⁶

En síntesis, esta serie de situaciones, aparentemente irrelevantes, provocaron en el imaginario social un fenómeno de exclusión de los DESCAs, con la consecuente debilidad de sus mecanismos de protección en un modelo político-económico liberal occidental en el que se privilegiaba a los derechos de libertad y autonomía, por constituir la base para un adecuado desarrollo de la propiedad privada, sobre aquellos de corte social que propenden por garantizar las mínimas condiciones de vida de las personas.²⁷

La interpretación de la CrIDH a través de decisiones adoptadas a partir de 2009 y hasta antes de resolver el caso *Lagos del Campo vs Perú*, fue justo en ese sentido, aportando criterios de interpretación vinculados al uso del derecho duro de la región.

Hoy, la justiciabilidad directa ha superado la interpretación de los alcances del artículo 26 de la CADH, y requiere ser progresiva, evolucionada, integral, y no sólo regional, que como ha señalado el jurista Ferrer Mac-Gregor, siga la misma dirección que diversos países de Naciones Unidas acordaron mediante los ODS para 2030, a fin de abatir la desigualdad social en nuestra región y afrontar nuevos retos naturales y sociales.

²⁵ Hierro, Liborio Luis, “Los derechos económicos sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en Robert, Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., México, Fontamara, t. I, 2013, pp. 165 y 166.

²⁶ *Ibidem*, pp. 166 y 167.

²⁷ Núñez Uribe, Andrea Liliana, “La exigibilidad de los...”, *cit.*, p. 63.

III. EL *SOFT LAW* Y LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Es importante decir que en la delimitación de los alcances del artículo 26 de la CADH y la justiciabilidad directa de los DESCAs han tenido una importante influencia ciertos fenómenos, como la conclusión de la guerra fría, la globalización mundial y el uso del *soft law* internacional, todos ellos se han materializado paulatinamente en diversas sentencias de la CrIDH, hasta llegar al caso de *Lagos del Campo vs Perú*, en el cual se conjuntan las aportaciones de diversos precedentes, se asienta uno de los más importantes criterios de ese órgano jurisdiccional y se configura un parteaguas en la interpretación sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs. De los aludidos fenómenos sólo nos ocuparemos del *soft law*.

En este orden de ideas, y para efectos de aproximarnos a lo que se debe entender por la expresión *soft law*, resulta propicio acercarnos primero al término *hard law*, porque los alcances de este último resultan más sencillos de comprender. Así las cosas, tradicionalmente se ha utilizado el término *hard law* o simplemente *law*, para referirse a aquellas normas dispositivas del derecho internacional que dan lugar a derechos y obligaciones exigibles sólo a las partes involucradas, según el alcance de sus términos. Su nota distintiva es que la obligatoriedad de las mismas no se encuentra discutida.²⁸

En consecuencia, la norma de *hard law* constituye un medio seguro para las relaciones entre los sujetos de derecho internacional, al proveer un marco de previsibilidad en las expectativas de las partes involucradas y de los terceros; esto es, al establecer derechos y obligaciones, otorga cierto nivel de certeza sobre conductas futuras, demuestra compromiso entre los sujetos y provee mecanismos para asegurar su cumplimiento, así como vías admisibles para reclamar en caso de un eventual incumplimiento.²⁹

Una vez expuestos tales apuntamientos, es comprensible coincidir con la apreciación de la mayoría de los autores para quienes el *soft law* representa el primer eslabón de una cadena, que va desde lo *soft* hasta lo *hard*, y que culmina con las normas imperativas o *ius cogens* internacional;³⁰ por ello, las

²⁸ Feler, Alan Matías, “*Soft law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y Ensayos*, 2015, núm. 95, p. 285, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adequacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>.

²⁹ *Ibidem*, p. 286.

³⁰ Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>.

primeras no imponen (o al menos tradicionalmente así se ha considerado) obligaciones internacionales, lo cual no significa que carecen de todo efecto jurídico, pues en diversas ocasiones reflejan el estado del desarrollo de normas consuetudinarias o son la base de tratados futuros, e incluso generan expectativas de comportamiento, y al estar regidos de alguna manera por el principio de la buena fe, tienen utilidad y cumplimiento.³¹

Algunos autores califican al *soft law* como explicativo o interpretativo del *hard law*, o bien consideran al primero como un derecho duro emergente o paralelo, precisando que si bien los Estados no están formalmente vinculados por esas disposiciones, lo cierto es que cumplen expectativas de comportamiento en busca de reconocimiento, credibilidad y confianza de los actores internacionales.³²

Otra parte de la doctrina ha predicado el carácter de *soft law* de las resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales, que si bien es verdad que contienen el sustrato ético del derecho internacional que aún no está sancionado por la práctica, también es cierto que se trata de un contenido formulado a través de principios y objetivos, y no de reglas detalladas y precisas, por lo que este *soft law* podría constituir un difuminador de la distinción entre *lex ferenda* y *lex lata*, entre la *lex in status nascendi* y la norma u obligación elaborada. Desde esta perspectiva, una de las críticas que se hacen al *soft law* es que difumina el umbral entre el “pre-derecho” y el “derecho”.³³

Como quiera que sea, lo cierto es que el *soft law* envuelve una amplia gama de documentos, desde resoluciones, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de tratados o convenios; disposiciones programáticas, acuerdos no normativos o políticos, códigos de conducta, directrices, estándares, etcétera,³⁴ cuyo reconocimiento tácito se ha dado en la jurisprudencia de la CrIDH, aun cuando no es clara la doctrina que justifique su uso.

Desde mi punto de vista, lo trascendente es tener focalizada la fuerza material del *soft law*, si se le puede llamar así, que puede surgir de disidencias contenidas en una sentencia, y que incluso pueden ir en contra del dere-

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ Mazuelos Bellido, Ángeles, “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?” , *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2004, núm. 8, pp. 2-4, disponible en: *file:///C:/Users/ASUS/Downloads/MazuelosBellido_reei8_.pdf*.

³⁴ Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*

cho duro, porque nos guste o no, fue justamente la raíz de la justiciabilidad directa de los DESCAs. En efecto, *Lagos del Campo vs Perú* se construyó con base en precedentes que fueron retomando argumentos vertidos en votos particulares o disidentes de distintas sentencias que precedieron al caso en análisis.

Y aunque suene disparatado, tiene algún sentido si consideramos, por un lado, que el *ius cogens* ha atravesado cuestionamientos basados en su presunta ambigüedad (que no siempre es solventada con el *hard law*), así como relacionados con riesgos de la ampliación de los principios y derechos que protege como “intereses esenciales de la comunidad internacional” que se dan frente a la progresiva utilización del derecho blando como norma vinculante, con múltiples efectos en la interpretación de contenidos de los derechos humanos y en la estructuración de políticas públicas, áreas donde tiene un papel protagónico el activismo judicial. Justamente debido a estas funciones del derecho blando es de esperar su influencia en la evolución y actualización del *ius cogens*.³⁵

En efecto, los estudiosos de los derechos humanos (DDHH) sostienen que los estándares de protección pueden ser elaborados por el SIDH, mediante los *soft law* de la Comisión y de la CrIDH, lo cual obedece a que el derecho internacional de los DDHH y los sistemas regionales constituyen un ordenamiento jurídico, que como tal, se va transformando derivado de la diversidad de situaciones y fenómenos que provocan efectos jurídicos vinculados a los derechos reconocidos por la comunidad internacional en los distintos Estados miembro que la componen;³⁶ por ende, es comprensible que incluso la interpretación disidente se convierta en un *soft law* que en un ámbito evolutivo logre modificar un criterio basado en el *hard law*.

Una muestra de ello es que, desde el primer caso resuelto, la CrIDH ha sentado doctrina en casi todas las materias de DDHH, a partir de pautas interpretativas establecidas en el artículo 29 de la CADH, en temas de derechos civiles y políticos, y si bien hasta antes de *Lagos del Campo* no había tenido una producción profusa respecto a los DESCAs,³⁷ con el tiempo se fue

³⁵ Cepeda Rodríguez, Emerson, “Interrelación entre el *ius cogens* y el derecho blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, núm. 36, enero-junio de 2016, disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redpub.36.2016.02>.

³⁶ Llugdar, Eduardo J. R., *La doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los derechos fundamentales*, junio de 2016, p. 7, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>.

³⁷ *Idem*.

gestando la época propicia para una interpretación evolutiva, que cambió el paradigma de interpretación y la justiciabilidad de los derechos sociales.

Así, las sentencias de la CrIDH, en tanto han ampliado el derecho imperativo (*ius cogens*) como fuente material del derecho internacional y han dado importancia al derecho blando (*soft law*), en la interpretación judicial y fundamentación de los intereses protegidos por el *ius cogens*, como los derechos humanos,³⁸ el ejemplo es la sentencia dictada al resolver el caso *Lagos del Campo vs Perú*, en la que vale la pena reflexionar sobre las reglas de aplicación del *soft law*, máxime que en la sentencia tuvieron especial relevancia los votos disidentes emitidos en casos que le precedieron.

IV. CRÍTICA SOBRE EL USO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el contexto ya planteado, es entendible que una de las críticas más severas al caso *Lagos del Campo* sea precisamente el uso de tratados no vinculantes para sentar el cambio de criterio que llevó a la justiciabilidad directa de los DESCAs, máxime que algunos de los argumentos torales derivaron de argumentos sostenidos con antelación en votos particulares emitidos por algunos jueces de la Corte Interamericana.

Es oportuno decir que no estamos frente a la primera y única vez que la interpretación se llevó a cabo con el auxilio de instrumentos que pertenecen a otros sistemas, y ciertamente estamos lejos de que este sea el último caso; esto es, la Corte Interamericana suele fallar apelando a tratados no vinculantes, al *soft law* y a decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales, lo que no es común es que lo haga con base en criterios disidentes.

Desde mi punto de vista, las críticas no son del todo erradas, toda vez que si bien es cierto que es válido el uso de *soft law* como auxiliar del *ius cogens* en un contexto globalizado, también es verdad que éste se debe emplear con cierto cuidado, de forma razonada y razonable, y sobre todo estableciendo reglas en las que se prioricen los principios *pro personae* y de certeza jurídica, como piso mínimo base de la interpretación sistemática, además de dejar en claro los posibles vicios que se deben evitar.

En el caso *Lagos del Campo vs Perú*, la relevancia de las críticas se dio no tanto por el uso de *soft law* a través de instrumentos y precedentes que no son del SIDH, sino del sistema europeo de derechos humanos; un ejemplo de

³⁸ Cepeda Rodríguez, Emerson, *op. cit.*

ello es la sentencia dictada al resolver el caso de *Artavia vs Costa Rica*, en el que para definir el concepto de embrión se utilizaron, a juicio de algunos, excesivamente, instrumentos no vinculantes provenientes del derecho europeo; la crítica más bien se fortaleció, en tanto que la sentencia dio origen a un cambio de criterio que la CrIDH había sostenido durante muchos años, lo cual no es del todo malo, en tanto es una técnica de interpretación; sin embargo, como diría Álvaro Paúl Díaz, deben cumplirse ciertas condiciones específicas, su uso debe ser muy excepcional, y, por certeza jurídica, se debe dejar claro cuál es el valor que se le está dando a esos instrumentos.

Uno de los problemas que presenta esta técnica es que pone al mismo nivel instrumentos vinculantes y no vinculantes, como si tal diferencia — fundamental en derecho internacional — fuera poco importante. Además, el tratar al *soft law* como derecho aplicable puede generar en los Estados una mayor desconfianza al momento de aprobar documentos no vinculantes y tratados internacionales programáticos.³⁹

Las críticas a *Lagos del Campo* como a *Atavia* consideran que en el uso del *soft law* se debe tener cuidado en la utilización de instrumentos locales, universales o de regiones diversas, que *per se* no son vinculantes para interpretar un instrumento regional propio, de acuerdo con peculiaridades regionales y un Estado podrían reclamar que acordó someterse a la jurisdicción de la CrIDH y no a la jurisprudencia de la Corte Europea, constituyendo, sin más, una imposición en América, del consenso arribado en otro continente.

Otro punto también podría ser que algunos instrumentos universales no tienen una amplia aceptación, o, si la tienen, no establecen un sistema jurisdiccional de control de su cumplimiento, aunado a lo cual también se podría afirmar que la utilización de consensos foráneos puede no ser adecuada formalmente y resultar más protector de los derechos humanos; pero no necesariamente, y el desconocimiento de consensos americanos puede tener efectos que resulten en una menor concesión de los derechos.⁴⁰

Sin hacer una manifestación puntual sobre el uso del *soft law*, el magistrado colombiano Óscar Parra Vera apunta también a ciertas cuestiones que se deben cuidar, y afirma que se debe valorar a profundidad la relación de un derecho social con la política social y el sistema institucional que permite su realización,⁴¹ cuestiones que son netamente regionales.

³⁹ Díaz, Álvaro Paúl, *op. cit.*, pp. 303-345.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso La-*

V. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* Y EL *SOFT LAW* EN EL CASO
LAGOS DEL CAMPO VS PERÚ

Como sea que se mire, lo cierto es que el *soft law* ha tenido un papel fundamental en la interpretación de las normas internacionales, lo cual no es incorrecto, y de hecho ha funcionado en prácticamente todos los sistemas; lo importante es que se logre utilizar con base en una objetiva perspectiva *pro homine* o *pro persona*, la cual no podrá o al menos no deberá ir hacia atrás, a fin de no contravenir (salvo ponderación en contrario que derive de un riguroso test de proporcionalidad) el principio de progresividad.

Recordemos que a nivel internacional y regional, las normas adjetivas y las normas sustantivas en materia de derechos humanos están compuestas de principios universalmente aceptados, entre los que se encuentra el principio *pro homine* o *pro personae*, que puede considerarse desde dos perspectivas: a) una, como método hermenéutico, conforme a la que, ante una variedad de opciones, impone a inclinarse por aquella que sea más favorable a los derechos de la persona física frente al ejercicio de la potestad estatal, y a que en el caso que deba excepcionalmente restringirlos, mediante la autorización de un tratado, pacto, Constitución o ley, lo sea de manera tal que los afecte de la menor manera posible, y b) desde otra perspectiva, implica armonizar el interés individual con el interés general, preservando la efectividad del derecho garantizado.⁴²

La sentencia dictada por la CrIDH al resolver *Lagos del Campo*, es un ejemplo de ambos aspectos de la aplicación del principio *pro personae*, un logro que fue posible con el uso del *soft law* aplicado en conjunción con el *hard law* del SIDH, fundamentalmente a través de precedentes jurisprudenciales, pero sobre todo de sólidos argumentos contenidos en votos particulares, que contribuyeron a integrar sus consideraciones.

La argumentación asumida por la mayoría de los jueces sostuvo la postura en la cual el Protocolo de San Salvador no está llamado a restarle fuerza normativa a lo ya previsto en la CADH. El aporte más relevante del caso *Lagos del Campo*, y en ese sentido la promesa que este caso involucra, se relaciona con la forma como debe redefinirse el litigio ante la Corte Interamericana y, en particular, el trabajo de la Comisión Interamericana en esta materia.⁴³

gos del Campo y los nuevos desafíos, p. 232, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/6.pdf>

⁴² Llugdar, Eduardo J. R., *op. cit.*

⁴³ Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, p. 232.

Conjuntando lo que hasta este punto se ha sostenido en relación al uso del *soft law*, el principio *pro persona* y la propuesta del jurista colombiano, podríamos decir que el contexto actual en el que vivimos ha dado todo tipo de pruebas (tecnológicas, medioambientales, biológicas, etcétera) que nos llevan a reflexionar en que la interpretación actual del derecho debe seguir una tendencia necesariamente evolutiva, a fin de otorgar eficacia real e integral a la protección interamericana o internacional en esta materia.

El ejercicio jurisdiccional debe ser acorde a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que manda interpretar un tratado “de buena fe”, haciendo énfasis en que esa interpretación debe ser necesariamente conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin justo como se consideró en la sentencia objeto de análisis.⁴⁴

El contexto actual en el que la regulación jurídica sobre temas globales, como la protección de la salud ante pandemias, el combate a la corrupción o el uso de redes sociales, no puede darse el lujo de tomar acciones individuales, y pone a la vista la necesidad de replantear la doctrina de soberanía, las bondades y riesgos de emplear el derecho blando internacional y la sinergia para delimitar los alcances de la protección de derechos sociales y civiles.

Lagos del Campo da cuenta de la importancia de la decisión a través de diversos instrumentos internacionales que pueden actuar de manera sinérgica para delimitar los alcances de la protección de derechos sociales interamericanos mediante el Pacto de San José, y su trascendencia es justo esa, la de un parteaguas, que ha ido consolidando una nueva forma de interpretación flexible del derecho internacional.

Ferrajoli llama la atención sobre situaciones que dejan ver la fragilidad de las naciones y de la necesidad de interdependencia global, que hace urgente un constitucionalismo planetario mediante la creación, no tanto de instituciones de gobierno, que está bien que sigan confiadas sobre todo a los Estados, sino de funciones e instituciones globales de garantía de los derechos humanos.

Tal vez, de manera implícita todos reconocemos esa necesidad, sería importante empezar a trabajar en la dogmática que la sustente, en aras de garantizar los derechos humanos y la paz,⁴⁵ ello, sin perder de vista que el

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia del 31 de agosto de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

⁴⁵ García Jaén, Braulio, “Luigi Ferrajoli, filósofo: «Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata»”, *El País*, disponible en: <https://elpais.com/>

derecho blando no es del todo malo y que las leyes se deben interpretar con la mayor benignidad, para que se conserve su espíritu.⁴⁶

VI. CONCLUSIONES

Hoy, el estudio de la justiciabilidad directa de los DESCAs ha superado la interpretación de los alcances del artículo 26 de la CADH; nuestra realidad globalizada requiere un sistema de protección de derechos humanos progresivo, evolucionado, integral, y no sólo regional, que haga frente a la desigualdad social en nuestra región y afronte nuevos retos naturales, económicos y sociales.

Algo fundamental en el análisis del caso *Lagos del Campo* es la forma en la que se materializa la fuerza del *soft law*, si se le puede llamar así, que puede surgir no sólo de resoluciones, sino de disidencias contenidas en una sentencia, y que incluso pueden tener fuerza relevante frente al derecho duro del sistema interamericano de derechos humanos. Sin embargo, vale la pena reflexionar sobre las reglas de aplicación del *soft law*, porque no estamos frente a la primera y única vez que la interpretación se lleva a cabo con el auxilio de instrumentos que pertenecen a otros sistemas o que pueden resultar cuestionables; de hecho, la Corte Interamericana suele fallar apelando a tratados no vinculantes y a decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales.

Por tanto, consideramos que es válido el uso de *soft law* como auxiliar del *hard law* y del *ius cogens* en un contexto globalizado; pero el derecho blando se debe emplear con cierto cuidado, de forma razonada y razonable, y sobre todo con base en el establecimiento de reglas en las que se prioricen los principios *pro personae* y de certeza jurídica, como piso mínimo base de la interpretación sistemática; además, se deben dejar en claro los posibles vicios que se deben evitar.

Se requiere una técnica de interpretación que cumpla ciertas condiciones específicas, su uso debe ser excepcional, y se debe dejar claro cuál es el valor que se le está dando a esos instrumentos.

ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html

⁴⁶ Cuenca, Francisco *et al.*, “Regula iuris. I. Derecho, fuentes del derecho, cuestiones generales y derecho penal”, en Domingo, Rafael (coord.), *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, p. 299.

En la teoría se ha empezado a hablar sobre la fragilidad de las naciones y de la necesidad de interdependencia global, lo que hace urgente un nuevo constitucionalismo no nacional, sino planetario; en la tarea judicial tal vez no se diga expresamente, pero implícitamente la tendencia a la flexibilidad del derecho parece indicar que ese será el camino para seguir.