

# LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO: EL CASO DE LOS DERECHOS SOCIALES

## ***THE INTERNATIONALIZATION OF PUBLIC LAW: THE CASE OF SOCIAL RIGHTS***

GONZALO AGUILAR CAVALLO<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Este artículo pretende efectuar un análisis esquemático del proceso de internacionalización del derecho público. En este trabajo se sostiene que la dinámica que ha caracterizado las relaciones entre el sistema jurídico internacional y el sistema jurídico interno es doble. Por un lado, un proceso de internacionalización del derecho público interno. Por otro, un proceso de constitucionalización del derecho internacional. Los derechos humanos han sido el eje articulador de las interacciones entre estos dos sistemas y dentro de este ámbito, los derechos sociales han destacado.

**PALABRAS CLAVE:** Internacionalización del Derecho Público; Constitucionalización del Derecho Internacional; Derechos Humanos; Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**ABSTRACT:** This article seeks to provide a schematic analysis of the process of internationalization of public law. The relationship between the international legal system and the domestic legal system reflects a dynamic that is twofold: on the one hand, a process of internationalization of the domestic public law and on the other hand, a process of constitutionalization of international law. Human rights are the pivotal elements of interactions between these two systems and within this realm, economic, social and cultural rights have been of particular importance.

**KEYWORDS:** Internationalization of Public Law; Constitutionalization of International Law; Human Rights; Economic, Social and Cultural Rights.

**SUMARIO:** Introducción; I. La Internacionalización del Derecho Público; II. ¿Cómo se Observa este Fenómeno en el Ámbito de los Derechos Sociales?; Reflexiones Finales.

**SUMMARY:** Introduction; I. The Internationalization of Public Law; II. How does this Phenomenon behave in Terms of Social Rights?; Final Remarks.

---

*Artigo recebido em 28.05.2014. Artigo aceito para publicação em 30.06.2014 mediante convite.*

<sup>1</sup> Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho de la Universidad de Valparaíso (Valparaíso, Chile) y de la Universidad Andrés Bello (Santiago, Chile). [gaguilarch@hotmail.com](mailto:gaguilarch@hotmail.com)

## INTRODUCCION

En las últimas décadas mucho se ha hablado de los efectos de la globalización y de su impacto en el derecho, y, particularmente, en el pleno goce de los derechos humanos. Uno de estos efectos es la profundización de procesos jurídicos que venían desarrollándose desde hace tiempo en el derecho. La articulación y la interrelación entre los sistemas jurídicos, especialmente, entre el sistema jurídico estatal y el sistema jurídico internacional es uno de estos procesos. En este sentido, tal como lo ha señalado el profesor Arnold una de las dimensiones características del pensamiento constitucional moderno es la internacionalización de los conceptos jurídicos básicos.<sup>2</sup>

Esta interrelación es precisamente bidireccional. Por un lado, el derecho internacional habría intensificado su penetración y su presencia en el derecho interno de los Estados, por la vía, particularmente del derecho constitucional. Por otro lado, habría una tendencia creciente –más no novedosa - del derecho constitucional, o más bien de los valores y principios constitucionales, a instalarse en el orden jurídico internacional. Como se ve, estos fenómenos se presentan notablemente en el ámbito del derecho público. Así, sería posible, en la época contemporánea hablar de un proceso de internacionalización del derecho público estatal, particularmente, del derecho constitucional y recíprocamente, se podría plantear la tendencia a la constitucionalización del derecho internacional. Cabe señalar, que este derecho internacional es cada vez menos inter – nacional (o estatal) ya que no regula solo las relaciones entre Estados-Nación, sino que también, en forma creciente, regula las relaciones jurídicas de otros sujetos de derecho, tales como pueblos o empresas transnacionales. Esto último permitiría abordar el derecho internacional, además, como un derecho transnacional.

Consecuentemente, ¿qué queremos significar con la expresión de “internacionalización del derecho público”? Desde nuestra óptica, esta expresión significa la paulatina introducción de elementos, fuentes, técnicas y métodos provenientes del derecho internacional y del derecho comparado en el derecho de producción estatal. Particularmente relevante resulta la incorporación de esta fuentes, métodos, criterios e interpretaciones, por la vía pretoriana. En este caso generalmente se usa la expresión de dialogo judicial transnacional, queriendo reflejar, una comunicación de tribunal a tribunal.

Del mismo modo, cuando en este artículo nos referimos a los derechos sociales debe entenderse que aludimos a los derechos económicos, sociales y culturales, expresión que se usa contemporáneamente con un amplio consenso en derecho internacional y constitucional.

---

<sup>2</sup> “There are three dimensions which are characteristic of modern constitutional thinking. These are the fundamental importance of the rule of law, the anthropocentric approach to the law and the internationalisation of basic legal concepts. These dimensions are linked together and thus form a unitary whole.” Arnold, Rainer: “Constitutional Courts of Central and Eastern European Countries as a Dynamic Source of Modern Legal Ideas”, in 18 *Tulane European & Civil Law Forum* 99 (2003).

Este trabajo abordará, en primer lugar, los procesos recíprocos e interrelaciones que se podrían incluir en el fenómeno de la internacionalización del derecho público (I) y luego, examinará sucintamente las manifestaciones de este proceso de internacionalización en el ámbito de los derechos sociales (II).

## **I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO**

La articulación entre los sistemas jurídicos estatales entre sí y a su vez, entre estos y el sistema jurídico internacional se encuentra en continuada búsqueda de mecanismos o técnicas que faciliten esta articulación y entendimiento. Una de las consecuencias de esta articulación e interacción entre el sistema jurídico internacional y el sistema jurídico interno ha sido la internacionalización del derecho público. Si nos concentramos en que la internacionalización se ha producido por la vía de los derechos humanos, entonces habría que referirse a la internacionalización del derecho constitucional, y por medio de su irradiación, del resto del ordenamiento jurídico interno.

### **1. ¿Cuál es el Fenómeno que se Describe con la Internacionalización del Derecho Público?**

Si bien es cierto que nosotros hemos denominado este apartado como la internacionalización del derecho público, éste no es sino un aspecto de un fenómeno mas global e integral. En este caso, los fenómenos jurídicos que se desencadenan con la interrelación de los sistemas no son unidireccionales sino que son justamente procesos de enriquecimiento recíprocos. Así, es posible observar con meridiana nitidez en el mundo contemporáneo que el derecho estatal, particularmente el derecho constitucional ha experimentado un proceso de internacionalización. Pero, igualmente, se aprecia un proceso creciente de constitucionalización del orden jurídico internacional al intentar encontrar y describir verdaderos procesos constituyentes en el ámbito internacional y pilares fundamentales constitucionales de la comunidad internacional. En otras palabras, como se verá a continuación, la internacionalización del derecho público y la constitucionalización del derecho internacional serian dos caras de la misma moneda.

#### **1.1 Internacionalización del Derecho Público, particularmente Internacionalización del Derecho Constitucional**

El enunciado puede ser un poco engañoso porque alude o puede aludir a la continua penetración e influencia del derecho internacional en el derecho estatal. Pero se debe recordar que el derecho internacional es derecho público. Con todo, también se puede referir a la penetración o influencia del derecho extranjero en el derecho estatal. En este último caso podríamos hablar de comparativización del derecho público.

El derecho público se internacionaliza cuando toma en consideración, es penetrado, se ve afectado o influenciado, ya sea por la vía de la interpretación, aplicación o entendimiento, por el derecho internacional. Cuando se habla de internacionalización en esta perspectiva, se pueden distinguir tres niveles de penetración, a saber:

En primer lugar, se puede considerar claramente la penetración en el derecho público interno de los Estados de la regla internacional, ya sea que se encuentre contenida en la fuente convencional o consuetudinaria.

En segundo lugar, se encuentra la penetración de los principios internacionales o elaborados preferentemente en el ámbito internacional, cuya presencia en el derecho público interno, sobre todo cuando pertenecen al área de los derechos humanos o del derecho internacional penal, es cada vez más patente. Esta penetración e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional se debe, por ejemplo, como dice Ferrer Mac-Gregor, “a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales. Se forma un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”.<sup>3</sup>

En tercer lugar, es posible apreciar en el derecho público interno de los Estados una penetración creciente de la jurisprudencia internacional, aun cuando también y con igual fuerza, de la jurisprudencia comparada, especialmente aquella de carácter constitucional.

Veamos algunos ejemplos de esta penetración creciente del derecho internacional (y comparado) en el derecho interno de los Estados.

En primer lugar, en cuanto a la penetración de la regla internacional o comparada, se pueden observar indicios de esto tanto en el derecho administrativo como en el derecho constitucional. En el derecho administrativo, por ejemplo, se puede recordar la norma medioambiental que señala que a falta de norma de calidad ambiental se estará a la norma respectiva fijada en algunos de los Estados extranjeros mencionados.

Por su parte, en el derecho constitucional, es difícil pensar en un ejemplo más evidente que la norma del artículo 5º inciso 2º de la Constitución chilena que incorpora expresamente a su ámbito de protección a los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen precisamente esos derechos. A través del artículo 5º mencionado, el poder constituyente chileno ha permitido el acceso a la Constitución material de los tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, la interpretación constitucional es un importante catalizador de este proceso transformador de incorporación material de normas internacionales, especialmente de derechos humanos.

---

<sup>3</sup> Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Nº 220. Voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Considerando 26º.

Así, se ha sostenido que “[l]a jurisprudencia constitucional interpreta, para asegurar el respeto, todos los derechos humanos consagrados por textos constitucionales y algunos otros.”<sup>4</sup>

En segundo lugar, en cuanto a la penetración de los principios internacionales o elaborados preferentemente en el ámbito internacional, se pueden mencionar ejemplos tanto en el ámbito del derecho administrativo como en el derecho constitucional. Desde la perspectiva del derecho administrativo, la aplicación reiterada de principios fraguados en el ámbito internacional, como el principio de precaución y de prevención propios del derecho internacional del medio ambiente, por los tribunales nacionales, es una muestra de aquello.

Desde la óptica del derecho constitucional, la aplicación del principio *pro homine* –propio del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional penal y del derecho humanitario– por los tribunales nacionales es una muestra de aquello. En este sentido se ha pronunciado claramente el Tribunal Constitucional chileno, al señalar, en el famoso caso de la denominada píldora del día después, “[q]ue, para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprometida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);”<sup>5</sup>

Del mismo modo, como ya ha sido muy bien descrito por Ferrer MacGregor, “[e]ste proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas

---

<sup>4</sup> DUHAMEL, Olivier. *Droit Constitutionnel*. Paris: Seuil, 1999, Quatrième Édition, p. 357.

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud*. Rol Nº 740-07. Sentencia de fecha 18 de abril de 2008. Considerando 66º: “En tercer término, que para desarrollar tal legislación, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos obligan al reconocimiento de un estándar que los Estados no pueden ignorar al adoptar regulaciones sobre la materia. En tal sentido, ha de tenerse presente que los derechos reconocidos en tales instrumentos deben interpretarse conforme al principio *pro homine* y *pro libertatis* y, en ningún caso, en forma que signifique una limitación a ampliaciones de los mismos derechos que los Estados puedan establecer;” Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil, en los autos Rol Nº 6787-2010, sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Oficial de Registro Civil*. Rol Nº 1881-10. Sentencia de fecha 3 de noviembre de 2011. Voto particular concurrente de los Ministros Sres. Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Considerando 8º.

constitucionales para recibir el influjo del Derecho Internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables; el reconocimiento de su especificidad en esta materia; la aceptación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* como criterios hermenéuticos nacionales; en la incorporación de “cláusulas abiertas” de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional; o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades “conforme” a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre otros supuestos. De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional.”<sup>6</sup> El principio de interpretación conforme del derecho interno, incluso el constitucional, con el derecho internacional de los derechos humanos, ha favorecido enormemente este proceso de internacionalización del derecho público interno.<sup>7</sup> Este principio de interpretación conforme es una regla básica de interpretación en materia de derechos humanos.

Por último, respecto de la penetración de la jurisprudencia internacional en la órbita del derecho público estatal también se puede apreciar tanto en el derecho administrativo como en el derecho constitucional. Desde el punto de vista del derecho administrativo, la aplicación de jurisprudencia extranjera –particularmente la emanada del Consejo de Estado francés, o bien, los criterios y argumentos emanados de sentencias de la Corte IDH, en casos medio ambientales, también demuestra esta suerte de penetración.

En cuanto al derecho constitucional, la aplicación de los criterios, métodos o procedimientos establecidos en la jurisprudencia de tribunales extranjeros –como el tribunal constitucional alemán o el tribunal constitucional español– y en la jurisprudencia de tribunales internacionales, incluso de argumentos emanados de órganos cuasi-jurisdiccionales tales como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por parte del tribunal constitucional chileno son una muestra de aquello.<sup>8</sup> Así, por ejemplo, en una prevención de voto, el Ministro Gonzalo García notablemente ha sostenido que “distintas Cortes Constitucionales del mundo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han debido pronunciarse sobre el derecho a voto de los presos (condenados) y la tendencia cada vez más marcada es a la afirmación del derecho a voto y que su limitación o restricción debe ser justificada adicionalmente, dada la importancia del derecho a voto como derecho humano en una sociedad moderna. El principio en una sociedad democrática es la inclusión, no la exclusión.

---

<sup>6</sup> Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Considerando 25°.

<sup>7</sup> Vid. CABALLERO, José Luis. *La Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en México y España*. México, Porrúa, 2009.

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud*. Rol N° 740-07. Sentencia de fecha 18 de abril de 2008. Considerando 66°.

(TEDH (*Hirts v. The United Kigdom*), Corte Suprema de Canadá (*Sauvé v. Canada* N° 2), Corte Constitucional de Sudáfrica (*August and Another v. Electoral Commission and Others*), entre otros);”<sup>9</sup> Y, en esta misma prevención, ha aplicado las enseñanzas de la jurisprudencia internacional, al señalar que “es necesario recordar que ha sido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha juzgado la relevancia del derecho a voto, en el sentido de que sin él no existe la democracia: “Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por es necesario recordar que ha sido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha juzgado la relevancia del derecho a voto, en el sentido de que sin él no existe la democracia: “Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.” (Caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 198) [énfasis agregado];”<sup>10</sup>

De hecho, la doctrina del control de convencionalidad de las normas, predicada respecto de todos los jueces estatales, no es sino una concreción de la incorporación de la jurisprudencia internacional, en este caso, de los tribunales internacionales de derechos humanos, al derecho interno, particularmente al derecho constitucional de los derechos humanos. Precisamente, la doctrina del control de convencionalidad exige a los órganos estatales internos, singularmente a los jueces estatales, seguir, adoptar, tomar en consideración la jurisprudencia interamericana de derechos humanos y podría extenderse a otras esferas de derechos humanos. En esta línea, Ferrer Mac-Gregor ha sostenido que “[u]na de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Inscripción Automática, Servicio Electoral y Sistema de Votaciones*. (Boletín N° 7338-07). Ley N° 20.568 (D. Oficial: 31.01.2012). Rol N° 2152-11. Sentencia de fecha 19 de enero de 2012. Prevención del Ministro señor Gonzalo García Pino. Considerando 8°.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Inscripción Automática, Servicio Electoral y Sistema de Votaciones*. (Boletín N° 7338-07). Ley N° 20.568 (D. Oficial: 31.01.2012). Rol N° 2152-11. Sentencia de fecha 19 de enero de 2012. Prevención del Ministro señor Gonzalo García Pino. Considerando 7°.

convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete última de la Convención Americana” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.”<sup>11</sup>

Desde el punto de vista del transvase de conceptos y procedimientos desde el derecho internacional hacia el derecho constitucional y viceversa, esto se ha producido porque evidentemente entre estos dos ámbitos jurídicos existe un fuerte vínculo. En el mundo contemporáneo, los derechos humanos constituyen el corazón del cuerpo jurídico constitucional y al mismo tiempo del cuerpo jurídico internacional. Por lo tanto, el área de los derechos humanos es un terreno común y fértil para este transvase de conceptos y procedimientos. Obviamente, los derechos humanos es el nexo de unión más fuerte entre el derecho internacional y el derecho constitucional para desarrollar y llevar a la práctica una teoría común de los derechos humanos. Siendo la protección del ser humano, sin discriminación, el fin último de los derechos humanos y sus garantías, lo lógico, para evitar un doble estándar, serían elementos normativos mínimos comunes, presentes tanto en el derecho internacional como en el derecho constitucional.

Es, precisamente, en este sentido que Ferrer Mac-Gregor ha señalado que “[s]e advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.<sup>12</sup>

## **1.2 Constitucionalización del Derecho Extraestatal, particularmente del Derecho Internacional**

Este fenómeno responde a un proceso mucho mayor que sólo puede ser examinado a escala global. En efecto, la muestra más patente de esta constitucionalización del derecho extraestatal es la constitucionalización del

---

<sup>11</sup> Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Nº 220. Voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Considerando 22º; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y Perspectiva del Estado Mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, p. 151-188.

<sup>12</sup> Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Nº 220. Voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Considerando 21º.

derecho internacional. Aun cuando este proceso se encuentra abordado por la doctrina desde hace varias décadas por autores como Scelle, Cassese, Carrillo Salcedo, Cançado Trindade, y otros, sólo durante la segunda mitad del siglo XX y los albores del siglo XXI adquirió real relevancia.<sup>13</sup> Del mismo modo, es posible encontrar sentencias de la Corte Internacional de Justicia con referencias a la existencia de verdaderos valores y principios fundacionales de la comunidad internacional contemporánea, y, por tanto, en este sentido, constitucionales.<sup>14</sup> Así, se ha pensado identificar en las normas imperativas o de *ius cogens* con una especie de “Grundnorm” superior a las otras normas internacionales.<sup>15</sup> De acuerdo con Tahvanainen, “la protección de ciertas normas por obligaciones erga omnes y la aprobación de la existencia de normas imperativas contribuye a la constitucionalización del derecho internacional, pero también a una cierta forma de jerarquía de las normas. La constitucionalización del derecho internacional llevaría al desarrollo de un orden jurídico internacional más objetivo. En este sentido, el derecho positivo ha cambiado de rostro y esta tendencia debe proseguirse elevando los derechos de la persona al estatuto de obligaciones *erga omnes* o de *ius cogens* para así proteger los valores fundamentales y los intereses comunes de la comunidad internacional.”<sup>16</sup>

Por otra parte, ya no a un nivel universal, sino más bien regional, uno de los ejemplos más patentes de constitucionalización del derecho extraestatal es el caso de la Unión Europea. En este caso nos estamos refiriendo al proceso de constitucionalización del derecho europeo (que antiguamente se llamaba derecho comunitario). Y nos referimos a este proceso de constitucionalización no por la iniciativa de la última década de dotar a la Unión Europea de un orden constitucional con una Constitución formal, sino por la existencia casi desde sus inicios, de reconocidos valores y principios constitucionales.<sup>17</sup> La propia jurisprudencia supraconstitucional de la Corte de Justicia de la Unión Europea se encargó de ir delineando, modelando y afirmando los principales valores y principios de carácter constitucional que gobernaban a todos los miembros e integrantes de la Unión Europea.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> SCELLE, Georges. *Droit International Public: Manuel Élémentaire*. Paris, Domat-Montchrestien, 1944, p. 21-22; DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. 5e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 21.

<sup>14</sup> Vid. Barcelona Tractation, Light & Power Co. (Belg. c. Spain), 1970 I.C.J. 3.

<sup>15</sup> COMTOIS-DINEL, Eve-Lyne. “La Fragmentation du Droit International: vers un changement de paradigme?”, in *Lex Electronica*, Vol. 11, N° 2 (Automne / Fall) 2006, p. 1-22.

<sup>16</sup> TAHVANAINEN, Annika. “Comments to Professor Hafner”, in (2003-2004) 25(4) *Michigan Journal of International Law* 685, p. 867.

<sup>17</sup> “Article I-2. The Union’s values The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.” Treaty establishing a Constitution for Europe. Brussels, 29 October 2004, CIG 87/2/04, REV 2.

<sup>18</sup> Case C-402/05 P and C-415/05, P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission [2008] ECR I-6351, at paras 303 ff; “Its central argument was that the protection

## 2. ¿Por qué se Produce este Fenómeno?

Después de la Segunda Guerra Mundial hay un cambio de paradigma, y una rematerialización del derecho. A partir de esta época el derecho internacional referido a la persona humana y por tanto destinado a ser aplicado con preeminencia en el ámbito territorial estatal, se acentúa. Con posterioridad, después de la caída del Muro de Berlín hay un nuevo cambio de paradigma, posterior al que ya había comenzado en derecho después de la Segunda Guerra Mundial, permitido e impulsado por la eliminación de las tensiones provocadas por la pugna entre el bloque occidental y oriental. Este hecho, en parte, libera al derecho de las ataduras provenientes de esa tensión política e ideológica proyectada al terreno del derecho.

El desarrollo del fenómeno de la globalización o mundialización, sobre todo, con sus aspectos negativos, es otro factor que impulsa este doble proceso de internacionalización del derecho público interno, principalmente, desde la perspectiva de los derechos humanos, y de constitucionalización del derecho internacional, el cual identifica como elementos fundantes los derechos humanos y el Estado de derecho. En este sentido, el impacto que produce el fenómeno de la globalización en el aumento de fenómenos como vulnerabilidad, marginalidad, exclusión económica y social, desigualdad e inequidad propulsa la afirmación de los derechos humanos como valores y principios comunes y compartidos por la comunidad internacional en su conjunto, y realza los derechos económicos, sociales y culturales como componentes esenciales de estos valores comunes. En este sentido se ha afirmado que “[l]os derechos económicos y sociales son así necesarios. Los derechos políticos fundamentales, los unos y los otros deben ser conciliados. Esta perspectiva es probablemente menos pomposa que la apología de la libertad y la denuncia de la igualdad, o a la inversa. De otro modo, ella es útil para aclarar o iluminar una política de la democracia moderna.”<sup>19</sup>

La globalización acarrea la transformación del concepto de soberanía, y la soberanía pasa a ser porosa y por esos poros comienzan a producirse esas comunicaciones de ida y vuelta entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional.

Con todo, según nuestra perspectiva, una de las razones principales por las cuales se produce con mayor intensidad y recurrencia esta relación, interrelación e intercomunicación entre el ámbito estatal y el ámbito internacional y comparado es porque hay coincidencia en dos elementos, uno factico y uno normativo. Desde el punto de vista fáctico, las situaciones de vulneraciones de los derechos en los distintos ámbitos territoriales estatales son similares.

---

of fundamental rights forms part of the very foundations of the Union legal order. Accordingly, all Union measures must be compatible with fundamental rights.” Kokott, Juliane and Sobotta, Christoph. “The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?”, in EJIL Vol. 23 Nº 4, (2012), p. 1015-1024.

<sup>19</sup> DUHAMEL, Olivier. *Droit Constitutionnel*. Paris: Seuil, 1999, Quatrième Édition, p. 357.

Y, por el lado normativo, los Estados comienzan a compartir un marco jurídico común cuyo sustrato es un núcleo compartido de valores, el cual se refleja esencialmente en las normas de derechos humanos. En la cúspide de este núcleo común y compartido de valores se encontrarían las normas imperativas o de *ius cogens* y las obligaciones de carácter *erga omnes*. Este es el aporte trascendental del derecho internacional de los derechos humanos.

Toda esta cadena de sucesos, potencia una reacción a nivel internacional protectora de los individuos, comunidades y pueblos con desarrollo de estándares mínimos de derechos humanos, y entre ellos, de los derechos económicos, sociales y culturales.

## **II. ¿CÓMO SE OBSERVA ESTE FENÓMENO EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS SOCIALES?**

El proceso de internacionalización del derecho público también se puede observar en el ámbito más acotado de los derechos sociales *latu sensu*. Debido a que cuando hablamos de derechos sociales estamos refiriéndonos a derechos humanos, el ámbito del derecho estatal inmediatamente pertinente para estos derechos es el derecho constitucional. Creemos que las reivindicaciones vinculadas a los derechos sociales son manifestación de exigencias más amplias del pueblo relacionadas con el fenómeno de la falta de acceso a los derechos y de la falta de efectividad de los mismos, de la desigualdad, de la exclusión, de la marginalidad, y en definitiva de la injusticia social.<sup>20</sup> En efecto, como se ha sostenido reiteradamente por los instrumentos internacionales, el eje central, el motor y la finalidad de las reivindicaciones sociales se encuentra vinculada a derechos sociales que permitan la realización efectiva de la justicia social. Algunos sostienen que hay una percepción, algunas veces una ofuscación, por la presencia del dato de la desigualdad.<sup>21</sup> La desigualdad real en la población, desproporcionada e irracional, no sólo es

---

<sup>20</sup> En este sentido, se ha sostenido que “La cuestión de fondo es más profunda, no se saca nada con hacer pasar a cien mil, o doscientas mil personas justo por encima de la línea de pobreza, si es que se mantiene la misma exclusión y marginalidad, la misma injusticia flagrante según la cual unos pocos lo tienen todo, y una gran mayoría tiene escaso o nulo acceso a estándares de dignidad mínimos.” TORCHE, Pablo. ¿Pobreza o desigualdad? el dilema de la izquierda”, en El Mostrador, 6 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2012/09/06/pobreza-o-desigualdad-el-dilema-de-la-izquierda/> [Visitado el 6/9/2012]

<sup>21</sup> “Juan y María están orgullosos de sí mismos, claro. La vida los ha convencido que dependen de su propio esfuerzo, obvio. Pero no porque, como leen ahora en los diarios que dicen muchos, sus ideales sean los del modelo. ¡Qué idea! Ni Juan ni María tienen como ideal un trabajo –sin fin–, que los enferma, los deja sin familia y sin tiempo libre. Juan no es ciego ni es tonto, y no está feliz de que otros se hagan cada vez más ricos a su costa. Ninguno está de acuerdo en ser abusado incluso mientras duermen por las instituciones financieras que los tienen cautivos por las deudas que ha contraído para equilibrar su presupuesto. No creen que el país en el que viven deba estar gobernado por gente que piensa primero en sus propios intereses y luego en los de su grupo. Juan y María no son personas convencidas por el sistema, pero se sienten atrapados por él.” ARAUJO, Kathya. “Juan y María: ¿el alma del modelo?”, en El Mostrador, 7 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2012/09/07/juan-y-maria-el-alma-del-modelo/> [Visitado el 7/9/2012]

una vulneración de los derechos fundamentales en el derecho contemporáneo sino que además es atentatoria contra los principios más elementales de la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho.

Como se sabe, debido a la evolución teórica propia del constitucionalismo, en términos generales, el derecho constitucional clásico era muy débil en el tratamiento de los derechos sociales y en el interés prestado a los mismos. Incluso hoy en día, surgen voces en contra de la constitucionalización y judicialización de los derechos sociales, señalando entre otros argumentos, que los derechos sociales abordan materias que no se corresponden con el propio conocimiento especializado del juez –tampoco del juez constitucional– y que se trataría de materias propias de la decisión política del legislador y del ejecutivo.<sup>22</sup> Tradicionalmente, el constitucionalismo latinoamericano –salvo notables excepciones– había sido feble en el tratamiento de los derechos sociales. Sabido es por todos, que la Constitución chilena de 1980 es extremadamente débil al momento de abordar los derechos sociales. Esta impronta latinoamericana es la heredera de una tradición doctrinal europea que posterga a segundo plano los derechos sociales e incluso que pone en duda su verdadero carácter de derechos. En esta línea, Duhamel ha sostenido que “la oposición entre derechos libertades y derechos prestacionales no es más que parcialmente pertinente. Es necesario precisar que los derechos económicos y sociales no son todos derechos prestacionales. Algunos de ellos apuntan a trasladar los principios democráticos a la esfera económica y a imponer, por ejemplo, al jefe de la empresa o de personal, prohibiciones de hacer y la preservación de un espacio de libertad para todos los asalariados o trabajadores. En cuanto a los derechos prestacionales propiamente hablando, ellos son a menudo abusivamente descartados y despreciados en razón de que se dice son imposibles de realizar totalmente. Deducir de aquello su inconsistencia jurídica es muy excesivo. Una jurisprudencia constitucional encuentra en ellos realmente el fundamento necesario para asegurar la preservación de ciertos logros sociales que no son indiferentes más que a aquellos que no tienen ninguna necesidad. Entonces, los derechos prestacionales no establecen tanto una obligación de hacer de cargo del Estado como una prohibición de retroceder o de deshacer a su respecto. Un juez constitucional no puede obligar al legislador a crear un sistema de seguridad social, pero sí puede impedirle que lo suprima a través de una ley ordinaria.”<sup>23</sup> En este sentido, se podría sostener que si bien el legislador tiene competencias constitucionales en esta materia, estas competencias evidentemente están sujetas a las limitaciones que, por mandato constitucional, le imponen

---

<sup>22</sup> Vid, in totum, un visión panorámica de los argumentos en contra de la constitucionalización de los derechos sociales como derechos subjetivos justiciables, Sadurski, Wojciech: “Constitutional Socio-Economic Rights: Lessons from Central Europe”. Available at: <<http://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Sadurski.pdf>> [Last visited 2/3/2013]; Cfr. Sajo, A.: “Social Rights: A Wide Agenda”, in *European Constitutional Law Review*, N° 1, 2005, p. 38-43.

<sup>23</sup> DUHAMEL, Olivier. *Droit Constitutionnel*. Paris: Seuil, 1999, Quatrième Édition, p. 357.

los derechos económicos, sociales y culturales y, en este contexto, la actuación del legislador está sujeta, sobre todo, al control jurisdiccional irrestricto de proporcionalidad, razonabilidad y objetividad.

Estos defectos en la fabricación constitucional son los que han empujado, en parte, el recurso al auxilio del derecho internacional de los derechos humanos y consecuentemente, la paulatina penetración y compenetración de ese orden jurídico internacional con el orden jurídico constitucional, cuyo terreno común o compartido son los derechos humanos.

Precisamente, es por esta vía constitucional que se ha producido la penetración del derecho internacional, en este caso, con incidencia especialmente en los derechos sociales. En este sentido, lleva razón el profesor Birmontiené cuando señala que “el desarrollo de la jurisprudencia constitucional está determinada por las tendencias en el derecho en general; estas tendencias son, inter alia, la influencia de los instrumentos internacionales –desde el punto de vista de los derechos humanos, el derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos es especialmente susceptible. La globalización, el desarrollo de los procesos políticos europeos, la influencia del derecho internacional y supranacional, determinan el contenido de instituciones del derecho constitucional, mientras que en algunas áreas las diferencia en el derecho como tal están disminuyendo.”<sup>24</sup>

Así, podemos referirnos a este proceso de internacionalización desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde el punto de vista normativo, y, en segundo lugar, desde el punto de vista pretoriano.

Desde la perspectiva normativa, se podría constatar fácilmente que las constituciones modernas se internacionalizan, pasando éste a ser un rasgo común en algunas constituciones del mundo, particularmente en aquellas más recientes. Por un lado, las constituciones se refieren al derecho internacional con mayor frecuencia e importancia. Por otro, se incorporan crecientemente en las constituciones nuevos derechos, especialmente los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Tradicionalmente, la forma de delinearlos, delimitarlos y fijar su contenido se hace mirando el derecho internacional de los derechos humanos, ya que todos ellos han sido desarrollados con anterioridad en esa esfera jurídica.

Desde el punto de vista pretoriano, los ejemplos de internacionalización en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales son abundantes. Los jueces tienden a proteger a través de sentencias, derechos económicos, sociales y culturales, recurriendo para ello a elementos, criterios, estándares, instrumentos, interpretaciones o argumentos del derecho internacional de los derechos humanos, e incluso, del derecho comparado.

---

<sup>24</sup> BIRMONTIENÉ, Toma. “Challenges for the Constitutional Review: Protection of Social Rights During an Economic Crisis”. Available at: <<http://193.226.121.81/events/conferinta/birmontiene.pdf>> [Last visited 2/3/2013]

En esta línea, examinemos primeramente una decisión internacional. Desde el punto de vista del control efectuado por órganos internacional cuasi-jurisdiccionales, el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano legitimado para recibir quejas colectivas, se pronunció el 7 de noviembre de 2003, en contra de Francia por contravenir los principios de realización progresiva y de prohibición de la discriminación de personas discapacitadas en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente referido a la esfera de la educación y al acceso a la educación y a la garantía del derecho a la educación de personas autistas. En efecto, en el caso *Autismo-Europa vs. Francia* el Comité decidió que los Estados partes están obligados a adoptar acciones tanto legales como prácticas para darle plena eficacia a los derechos sociales garantizados en la Carta Social Europea revisada. El Comité agregó que cuando el logro de la total realización de un derecho es particularmente complejo y costoso de alcanzar, los Estados partes están obligados a adoptar todas las medidas para lograrlo “dentro de un tiempo razonable y con progresos concretamente medibles y en una medida consistente con el uso del máximo de los recursos disponibles.” Finalmente, en este caso contra Francia, el Comité determinó que el número de niños autistas siendo educados en escuelas generales o especiales era desproporcionadamente bajo en relación con los otros niños y que había un defecto crónico de cuidado y de instalaciones de apoyo para los adultos autistas. Todo lo cual constituía una violación del artículo 15 (1) y 17 (1), considerados solos y en conjunto con el artículo E.<sup>25</sup>

En efecto, en el caso de Bosnia y Herzegovina, los empleados de instituciones estatales recibían beneficios de maternidad diferenciados según el área donde el permiso de maternidad era solicitado y de acuerdo a la legislación vigente en dicha área. Frente a esto, la Corte Constitucional de Bosnia y Herzegovina determinó en una sentencia de 28 de septiembre de 2010 que esta situación implicaba una discriminación entre los empleados del Estado, y que, consecuentemente, los beneficios de maternidad no deberían estar basados en el lugar de residencia de los empleados estatales.<sup>26</sup>

Por otra parte, el caso de Lituania es muy particular. La Constitución de la Republica de Lituania dispone mas bien un amplio catalogo de derechos sociales. La Corte Constitucional de Lituania considera los derechos humanos y las libertades consagradas en la Constitución como un simple sistema armonioso. En la doctrina de la Corte Constitucional los derechos sociales son interpretados no solo como ciertas obligaciones propias del Estado hacia la sociedad, sino también como un derecho individual de las personas respecto del cual la defensa judicial está garantizada. Esta noción fue también influenciada por el derecho internacional, entre otros, por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

<sup>25</sup> Vid. *Autisme-Europe v France* - European Committee of Social Rights Complaint N° 13/2002 (7 November 2003).

<sup>26</sup> European Committee of Social Rights: Conclusions 2011 (Bosnia and Herzegovina) European Social Charter, Articles 7, 8, 16 and 17 of the Revised Charter. January 2012, p. 13.

La Corte Constitucional de Lituania ha abordado el tema de los vacíos en la legislación derivados de la inactividad del legislador cuando estos vacíos impiden la implementación de los derechos sociales. En su sentencia de 8 de agosto de 2006 la Corte Constitucional de Lituania que en caso de omisiones legislativas prohibidas por la Constitución, los tribunales deben llenar el vacío *ad hoc* y esto debe ser hecho aplicando, primero que todo, la Constitución y los principios generales del derecho, aun cuando esta actitud no elimina la obligación del legislador de llenar el vacío legal.<sup>27</sup>

Del mismo modo, la Corte Constitucional de Lituania ha afirmado que de conformidad con la Constitución, el Estado de Lituania tiene una orientación social; esta orientación social del Estado queda reflejada en varias disposiciones de la Constitución, por ejemplo, en aquellas que reconocen los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos de un ser humano, las relaciones entre la sociedad y el Estado, los fundamentos de la asistencia social y de la seguridad social, etc. En este mismo caso, la Corte Constitucional ha observado que el Estado con una orientación social se encuentra obligado constitucionalmente y debe asumir el peso de satisfacer dichas obligaciones.<sup>28</sup>

Igualmente, la Corte Constitucional de Lituania ha construido el derecho a la seguridad social de la manera más exhaustiva y amplia. La expansión del derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos, esto es, a través de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, evidentemente ha ejercido influencia en el desarrollo de la doctrina constitucional acerca de estos derechos sociales.<sup>29</sup>

Por su parte, en Francia el fin del año 2012 ha sido marcado por la denuncia de condiciones de vida deplorables de los detenidos. Y, a principios de 2013 son las condiciones de trabajo de los detenidos que son el objeto de una atención particular. El Consejo de Prud'hommes (una especie de tribunal del trabajo) de París se declaró competente y decidió de recalificar como contrato de trabajo la relación que vinculaba una detenida a una plataforma telefónica. Paralelamente, en otro caso, el Consejo de Prud'hommes de Metz solicitó a la Corte de Casación transmitir al Consejo Constitucional una cuestión prioritaria de constitucionalidad (sigla en francés QPC) respecto de la conformidad del régimen de trabajo en prisión con los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores.<sup>30</sup> Con ocasión de la solicitud ante la Corte

<sup>27</sup> Constitutional Court decision of 8 August 2006. Available at: <<http://www.lrkt.lt/dokumentai/2006/d060808.htm>> [Last visited 2/3/2013]

<sup>28</sup> Vid. Constitutional Court rulings of 5 March 2004 and 6 February 2012. Available at: <<http://www.lrkt.lt/dokumentai/2006/d060808.htm>> [Last visited 2/3/2013]

<sup>29</sup> BIRMONTIENÉ, Toma. "Challenges for the Constitutional Review: Protection of Social Rights During an Economic Crisis", p. 4. Available at: <<http://193.226.121.81/events/conferinta/birmontiene.pdf>> [Last visited 2/3/2013]

<sup>30</sup> La Sala social de la Corte de casación aceptó el 20 de marzo de 2013 transmitir la cuestión prioritaria de constitucionalidad planteada por el Consejo de Prud'hommes de Metz al Consejo constitucional francés. Affaire N° Q 12-40.104, Arrêt N° 698 FS-P B.

de Casación, el Defensor de los Derechos (sigla en francés DDD) formuló observaciones en apoyo de la petición de transmisión del asunto al Consejo Constitucional.<sup>31</sup> Respondiendo a la solicitud del Consejo de Prud'hommes de Metz, la Sala Social de la Corte de Casación aceptó el 20 de marzo de 2013 transmitir la cuestión prioritaria de constitucionalidad al Consejo Constitucional.

Entonces, la pregunta que se impone en esta suerte de casos es ¿si una persona detenida o privada de libertad puede ser un trabajador libre? En una sentencia del 8 de febrero de 2013, el Consejo de Prud'hommes de Paris se ha pronunciado sobre la solicitud de un detenido en la prisión de Versailles tendiente a ver su relación con una plataforma telefónica, al servicio de la cual la persona detenida o presa había sido contratada en calidad de consejera teleoperadora, recalificada como contrato de trabajo.<sup>32</sup> Lo que estaba en juego en este caso era el pago de salarios y de indemnizaciones por término de la relación de trabajo. Luego, a petición del demandante, detenido en el centro penitenciario de Metz, el Consejo de Prud'hommes solicitó a la Corte de Casación de transmitir al Consejo Constitucional la cuestión siguiente: “¿El artículo 717-3 del código de procedimiento penal que dispone que las relaciones de trabajo de las personas encarceladas no son objeto de un contrato de trabajo, vulnera los derechos y libertades garantizadas en la Constitución y particularmente los derechos garantizados por el Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946?”<sup>33</sup>

El Consejo de Prud'hommes de Paris propone como argumentos fundando su solicitud, primeramente apreciar la convencionalidad de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, apoyándose sobre un fundamento internacional convencional, esto es, el Protocolo N° 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Francia no había ratificado el texto que plantea el principio general de prohibición de la discriminación en “el goce de todo derecho” previsto por la ley.<sup>34</sup> Sin embargo, según el Consejo de Prud'hommes, el principio general de prohibición de la discriminación se aplica “en razón de la aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”.

---

<sup>31</sup> Défenseur des Droits, N° MLD 2013/26, 1er mars 2013, *Observations devant la Cour de cassation au soutien d'une demande de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité* (N° Q12-40.104) au Conseil Constitutionnel (soumise par le Conseil de Prud'homme de Metz)

<sup>32</sup> “La Convención Europea de Derechos Humanos es aplicable en derecho interno y puede ser directamente invocada por los particulares delante de las jurisdicciones francesas. [...] El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales está dotado de un valor jurídico vinculante y a este título ser invocado ante un juez interno. La conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo ha adoptado la convención N° 29 el 28 de junio de 1930 [...] y dispone de un valor jurídico superior a aquel de las leyes internas. El derecho interno que instaura un estatuto derogatorio del derecho común del trabajo no es conforme a las normas vinculantes del derecho internacional antes mencionadas” Vid. Conseil de Prud'hommes de Paris, 8 février 2013, RG N° F 11/15185.

<sup>33</sup> Lola Isidro: «Droit du travail en prison (Préambule de 1946, Convention n° 29 OIT, Art. 6 PIDESC): Les détenus, des travailleurs libres?», in *Revue des Droits de l'Homme (RevDH)*, 14 mars 2013.

<sup>34</sup> Vid. la primera aplicación de esta clausula general de no discriminación: Corte EDH: *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzegovine*. Req. N°s 27996/06 et 34836/06, G.C. 22 décembre 2009.

El trabajo en prisión no es en principio valorizante para la persona del detenido. En el mismo sentido, el trabajo no es valorizable fuera del medio penitenciario. Finalmente, el trabajo como medio de reinserción social y profesional de los privados de libertad aparece ser más un útil de gestión de los detenidos que un instrumento puesto en funcionamiento para el beneficio de los detenidos.<sup>35</sup>

Así, la situación de los trabajadores detenidos va en contra del objetivo de un trabajo decente promovido por diversos textos internacionales, particularmente aquellos adoptados bajo la égida de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y vulnera la dignidad de las personas detenidas, en contravención, en especial, con la primera línea del Preámbulo de la Constitución de 1946, hasta incluso plantear la cuestión del trabajo forzado.

En este sentido y desde la perspectiva de la OIT, “la noción de trabajo decente resume las aspiraciones de todos los trabajadores”, aspiraciones que comprenden por ejemplo la “posibilidad de ejercer un trabajo productivo y convenientemente remunerado”. El trabajo en prisión dificulta tales aspiraciones que identifican un trabajo decente. Si, en principio, “las remuneraciones del trabajo deben aproximarse tanto como sea posible de aquellas de las actividades profesionales exteriores a fin de preparar a los detenidos a las condiciones normales de trabajo libre”, las remuneraciones netas de los trabajadores detenidos ha sido evaluado en promedio, en 318 euros por mes. Además, mientras que la ley penitenciaria previo de tasas indexadas al SMIC (salario mínimo), en los hechos los detenidos que ejercen una actividad manual son a menudo pagados por trabajo, circunstancia excluyendo toda posibilidad de un trabajo productivo. La situación del detenido en la solicitud de cuestión prioritaria de constitucionalidad implica recibir una remuneración que no le permite “asegurar un nivel de vida decente”.

En este contexto de trabajo penitenciario, se plantea la cuestión de la calificación del trabajo en prisión como trabajo forzado. El trabajo forzado es regulado por la Convención N°29 de la Organización Internacional del Trabajo de 1930, ratificado por Francia en 1937. Tanto el Consejo de Prud’homme de Paris como la Defensoría de los Derechos recuerdan que el trabajo penitenciario forma parte de las excepciones al principio de interdicción del trabajo forzado (art. 2 N°2 c)) el cual es definido como “todo trabajo o servicio exigido de parte de un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera o para la cual el mencionado individuo no se ha ofrecido voluntariamente” (art. 2-1). Sin embargo, ambas instancias destacan también que la excepción funciona “a condición que el trabajo o servicio sea ejecutado bajo la supervigilancia y el control de las autoridades públicas y que el afectado no sea concedido o puesto

---

<sup>35</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos había razonado, juzgando que “el trabajo penitenciario persigue un objetivo esencial de reinserción y reviste un carácter obligatorio, [...] características que distinguen la situación del detenido trabajando en detención de aquella de los asalariados ordinarios.” Corte EDH: *Stummer c. Autriche*. Req. N° 37452/02, § 92, G.C. 7 juillet 2011.

a disposición de los particulares, compañías o personas morales privadas”. Esto es precisamente lo que ocurre en el caso en particular y el Consejo de Prud’hommes ha concluido en una violación de la Convención N° 29 de la OIT. Los fundamentos del Consejo de Prud’homme como del Defensor de los Derechos se apoyan, entre otros, en un informe de la OIT denominado “Las normas internacionales en el trabajo. Un enfoque global. 2001”.<sup>36</sup> Finalmente, las exigencias que emanan del informe de la OIT referido hacen casi imposible, tomando en cuenta las circunstancias en las cuales el trabajo toma forma en el medio penitenciario, que éste sea “realmente voluntario”. El hecho de la no conformidad al Pacto Internacional de las Naciones Unidas relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo Protocolo Facultativo ha sido recientemente ratificado por Francia,<sup>37</sup> contribuye para argumentar en contra del trabajo penitenciario. En particular, el Consejo de Prud’hommes de París evocó una violación del artículo 6 del PIDESC que protege “el derecho que tiene toda persona de obtener la posibilidad de ganar su vida por medio de un trabajo libremente elegido o aceptado”.

Por otra parte, en Eslovenia también se han realizado progresos importantes en un ámbito de los derechos sociales de ordinario olvidados. En efecto, la esfera de la familia y su protección, la protección de los niños, niñas y adolescentes y, más ampliamente, la esfera de la protección de la vida en común, es un ámbito tradicionalmente dejado de lado en los derechos sociales. En efecto, los valores y principios que rigen la igualdad de derechos con respecto a los derechos económicos y sociales derivados de la vida en común son a menudo desplazados a segundo plano. En este sentido, el 2 de julio de 2009, la Corte Constitucional de Eslovenia sostuvo que el artículo 22 de la Ley de Registro de las Parejas del mismo sexo violaba el derecho a la no discriminación de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución por motivos de orientación sexual.<sup>38</sup> Los demandantes sostenían que el mencionado artículo 22, que fijaba las reglas de herencia para las parejas del mismo sexo, violaba el derecho a la no discriminación ya que regulaba la herencia en parejas del mismo sexo de manera diferente y menos favorable que la Ley de Herencia regulaba la sucesión en el caso de las parejas de diferente sexo.<sup>39</sup> Esta ha sido la primera vez que la Corte Constitucional de Eslovenia, unánimemente consideró la discriminación por razones de orientación sexual

---

<sup>36</sup> HUMBLET, M. y otros: “Las Normas Internacionales en el Trabajo. Un Enfoque Global. 2001”. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2001. Available at: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_087694.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087694.pdf)> [Last visited 2/3/2013]

<sup>37</sup> Vid. Grosbon, Sophie: «Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (PIDESC): La procédure quasi-juridictionnelle de communications individuelles devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels entrera en vigueur le 5 mai 2013», in *Revue des Droits de l'Homme (RevDH)*, 10 février 2013.

<sup>38</sup> Vid. Constitutional Court of Slovenia: Case of Blažič and Kern v. Slovenia U-I-425/06-10.

<sup>39</sup> Vid. Constitutional Court of Slovenia Upholds Equal Rights for Same Sex Partners. Available at: <[http://www.ilga-europe.org/home/guide\\_europe/country\\_by\\_country/slovenia/constitutional\\_court\\_of\\_slovenia\\_upholds\\_equal\\_rights\\_for\\_same\\_sex\\_partners](http://www.ilga-europe.org/home/guide_europe/country_by_country/slovenia/constitutional_court_of_slovenia_upholds_equal_rights_for_same_sex_partners)> [Last visited 2/3/2013]

dentro de la expresión “cualquier otra circunstancia personal” contenida en el artículo 14 (1) de la Constitución.<sup>40</sup>

Junto con lo anterior, podríamos mencionar como otro ejemplo de este proceso de internacionalización del derecho público, particularmente del derecho constitucional, a través de los derechos sociales, el caso de la Corte Constitucional de Bulgaria. Cabe hacer presente que la Constitución de Bulgaria señala que los instrumentos internacionales ratificados por el Estado forman parte del derecho interno y que prevalecen por sobre la legislación interna.<sup>41</sup> Además, la Constitución consagra expresamente el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación.<sup>42</sup>

En efecto, con fecha 27 de julio de 1992, la Corte Constitucional de Bulgaria abordó un caso sobre protección contra la discriminación en el empleo y la ocupación. En esta decisión, la Corte Constitucional Búlgara recurrió al derecho internacional para fortalecer y respaldar su sentencia basada primeramente en el derecho interno. La Corte Constitucional utiliza como instrumentos internacionales la Convención N° 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo sobre discriminación en el empleo y la ocupación, junto con el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966 y el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de 1966.<sup>43</sup>

Una nueva ley, la Ley sobre Bancos y Créditos, promulgada en 1992, prohibió a las personas que habían previamente ocupado cargos ejecutivos en los órganos del Partido Comunista asumir puestos similares en los bancos. Frente a esto, un número de miembros del Parlamento inició un procedimiento ante la Corte Constitucional para que se declarara esta legislación inconstitucional

---

<sup>40</sup> Dentro de su argumentación, los jueces constitucionales observaron la fuerte similitud entre el matrimonio y las parejas registradas: “Una vida en pareja registrada es una relación que es similar en contenido al matrimonio o a la unión civil. Una conexión estable entre dos personas, que son cercanas una a la otra, que se ayudan y asisten una a la otra, son los elementos clave de ambas situaciones. La esencia emocional o ética de la vida en pareja registrada, tal como dice el art. 8 de la Ley de Registro de parejas del mismo sexo, de acuerdo con la cual sus integrantes deben respetarse, confiar y ayudarse mutuamente, es similar a la unión entre un hombre y una mujer. La situación jurídica de tal vida en común es también similar al matrimonio. Ley de Registro de parejas del mismo sexo también asegura derechos recíprocos y obligaciones a sus integrantes, protege al miembro más débil, regula su situación jurídica frente a terceros, al Estado y al medio social.” Constitutional Court of Slovenia: Case of Blažic and Kern v. Slovenia U-I-425/06-10.

<sup>41</sup> Article 5, paragraph 4: “Any international instruments which have been ratified by the constitutionally established procedure, promulgated and having come into force with respect to the Republic of Bulgaria, shall be considered part of the domestic legislation of the country. They shall supersede any domestic legislation stipulating otherwise.” Constitution of the Republic of Bulgaria.

<sup>42</sup> Article 6(2): “All citizens shall be equal before the law. There shall be no privileges or restriction of rights on the grounds of race, nationality, ethnic self-identity, sex, origin, religion, education, opinion, political affiliation, personal or social status, or property status.” Constitution of the Republic of Bulgaria.

<sup>43</sup> Vid. International Labour Standards, Rights at Work and gender Equality Programme. Available at: <<http://compendium.ilo.org/compendium-decisions/constitutional-court-of-bulgaria-27-july-1992-decision-8-constitutional-case-no.-7>> [Last visited 2/3/2013]

e incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Convención N° 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo sobre discriminación en el empleo y la ocupación. Lo primero que hizo la Corte Constitucional fue reafirmar el estatus de los instrumentos internacionales en el sistema jurídico interno de Bulgaria.<sup>44</sup> Los jueces constitucionales afirmaron la supremacía de los estándares internacionales sobre el derecho interno.

Luego, la Corte Constitucional comparó las disposiciones de la nueva legislación con estos instrumentos internacionales, es decir, los utilizó como parámetro de control, y concluyó lo siguiente: “éste es un caso de restricción del derecho a tener un cargo ejecutivo en los órganos de gobierno de los bancos, lo que constituye una discriminación con respecto al acceso a ocupaciones particulares, en el sentido del artículo 1 de la Convención N° 111. El estatuto es también inconsistente con el artículo 2 (2) y el artículo 6 (1) del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con los artículos 2 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se sigue de lo dicho que el texto del párrafo 9 de las disposiciones transitorias y finales de la Ley sobre Bancos y Créditos es inconsistente con el artículo 6 (2) de la Constitución y no es conforme con las convenciones internacionales antes mencionadas. Estas convenciones están destinadas a formar parte integral del derecho nacional y tienen supremacía sobre cualquier estándar nacional que sea inconsistente con ellos. Consecuentemente, se sigue de la inmediata aplicación de las disposiciones de la Constitución y de la supremacía de los estándares internacionales sobre el derecho nacional que debe ser admitido que el artículo infractor de la nueva ley fue adoptado en violación del artículo 6 (2) de la Constitución y de las convenciones internacionales mencionadas.”<sup>45</sup>

Por otro lado, la Corte Constitucional de Eslovaquia nos proporciona con otro ejemplo relativo a los derechos de las personas con discapacidad y los derechos económicos y sociales. En efecto, en una decisión adoptada el 28 de noviembre de 2012 en un caso relativo a la privación de capacidad jurídica, la Corte Constitucional constató la violación de numerosos derechos reconocidos en la Constitución Eslovaca, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> “De conformidad con el artículo 5 (4) de la Constitución, el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966 y el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de 1966, la Convención N° 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo sobre discriminación en el empleo y la ocupación y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados forman parte integrante de nuestro derecho nacional luego de su ratificación, aprobación y promulgación. De ahí se sigue que estos instrumentos internacionales también tienen supremacía sobre nuestras leyes.” Constitutional Court of Bulgaria, 27 July 1992, Decision 8, Constitutional Case N° 7.

<sup>45</sup> Vid. Constitutional Court of Bulgaria, 27 July 1992, Decision 8, Constitutional Case N° 7.

<sup>46</sup> “The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) entered into force on 3 May 2008. The Convention follows decades of work by the United Nations to change attitudes and

En efecto, en este caso, la Corte Constitucional Eslovaca determinó que el procedimiento por el cual el demandante, E.T., fue privado de capacidad jurídica había violado sus derechos porque el tribunal que había tomado la decisión de privar E.T. de su capacidad jurídica lo había hecho sólo sobre la base de pruebas de expertos que señalaban que E.T. sufría de una discapacidad mental que era permanente, sin considerar otros factores tales como su situación familiar y social.<sup>47</sup> La Corte Constitucional observó que la comprensión de la discapacidad ha evolucionado en el derecho y que mientras en el pasado, decisiones acerca de la privación de la capacidad jurídica habían sido adoptadas con el objeto de proteger a los terceros y en beneficio del interés público, los tribunales hoy día debían considerar como una cuestión central al momento de decidir sobre estos asuntos la persona involucrada y sus derechos.<sup>48</sup>

Cómo se puede apreciar de estos ejemplos de complementación entre el derecho internacional y el derecho interno, especialmente el derecho constitucional, en forma creciente los tribunales estatales recurren al derecho internacional para proporcionar su correcto entendimiento sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Particularmente interesante resulta para nuestro sistema interno, observar cómo los tribunales constitucionales comprenden y usan intensamente, en beneficio de los derechos económicos, sociales y culturales, las fuentes del derecho internacionales y las enseñanzas provenientes de órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales

## REFLEXIONES FINALES

La tendencia mundial es hacia la complementación y compenetración intensa de los sistemas jurídicos. La articulación entre los sistemas jurídicos estatales entre sí y a su vez, entre estos y el sistema jurídico internacional se encuentra en continuada búsqueda de mecanismos o técnicas que faciliten esta articulación y entendimiento. En el mundo del siglo XXI se podría sostener que las explicaciones doctrinarias de esta relación basadas únicamente en una visión dualista o monista, se encuentran sobrepasados.

---

approaches to persons with disabilities. It takes to a new height the movement from viewing persons with disabilities as "objects" of charity, medical treatment and social protection towards viewing persons with disabilities as "subjects" with rights, who are capable of claiming those rights and making decisions for their lives based on their free and informed consent as well as being active members of society." The Convention in Brief. Available at: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=150>> [Last visited 2/3/2013]

<sup>47</sup> "The Regional Court proceeded inconsistently and arbitrarily, and thus violated the applicant's right to judicial protection (Art. 46, para. 1 of the Constitution in connection with Art. 6, para. 1 of the European Convention). As a result of this violation, it has also violated other related rights, as invoked by the applicant (Art. 14; Art. 16, para. 1; Art. 19, para. 2 of the Constitution, Art. 8 and Art. 14 of the Convention and Art. 12 of the UN Convention). In the circumstances of the present case, the 'substantial' importance of these rights shall be perceived through the lens of what has been stated in paragraphs 32 to 36." Constitutional Court of the Slovak Republic On behalf of the Slovak Republic. Judgment, I. ÚS 313/2012-52, para. 40.

<sup>48</sup> Vid. Mental Disability Advocacy Center. Available at: <<http://www.mdac.info/en/07/03/2013/slovak-constitutional-court-judgment-rights-person-deprived-legal-capacity>> [Last visited 2/3/2013]

En esta época, es un hecho innegable que existe una intensa interrelación e interacción, la cual muchas veces adquiere ribetes de tensión, entre los sistemas jurídicos del mundo. Esta interacción se aprecia no solo entre los ordenamientos estatales y el orden jurídico internacional, sino a múltiples niveles. Si se considera el sistema jurídico europeo, se podría sumar la interacción entre este orden y el sistema internacional y estatal. Todo ello, aun sin considerar las interacciones que podrían producirse con sistemas subestatales, tales como el orden federal, autonómico, local, etc.

El terreno común donde se producen con mayor intensidad estas interacciones y también estas tensiones es lógicamente el de los derechos humanos. Lógico porque el ser humano es uno y el mismo indistintamente del sistema jurídico en que se encuentre o que se le aplique. Dos elementos adicionales contribuyen en el mundo contemporáneo a que el punto de convergencia de los sistemas jurídicos sea la preocupación por la protección del ser humano y su dignidad. En primer lugar, los problemas que afectan al ser humano, son *mutatis mutandis* similares en las distintas partes del mundo. Y, en segundo lugar, las soluciones jurídicas a dichos problemas que afectan, al ser humano y a su dignidad, se encuentran generalmente consensuadas, reflejando valores compartidos por comunidades y pueblos. La consecuencia que arroja esta situación es un camino hacia la elaboración de los derechos humanos como el nuevo derecho común. Esta sería una de las razones que justificarían un diálogo creciente entre los jueces en la búsqueda y transición de las soluciones aportadas por las diversas jurisdicciones cuando han debido enfrentar vulneraciones a la dignidad humana. Esto último, explicaría, finalmente, un creciente proceso de fertilización judicial cruzada que operaría en diversas direcciones, tanto verticales como horizontales.

El diálogo judicial cruzado multinivel se produce de una manera paradigmática en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. La razón pareciera ser que los problemas más acuciantes y comunes de este tercer milenio residen fundamentales en cuestiones vinculadas al goce pleno de los derechos sociales. En la práctica, los jueces se enfrentan a estos problemas sin tener un acervo extenso del cual nutrirse lo que justificaría recurrir en forma intensiva al derecho comparado y al derecho internacional, así como a la jurisprudencia comparada e internacional. La peculiaridad de las enseñanzas internacionales es que ellas emanan de diversas voces interpretativas autorizadas, esto es, interpretaciones provenientes de órganos jurisdiccionales y de órganos cuasi-jurisdiccionales.