

Grupo de reflexión regional
**TEMAS DE DERECHOS
HUMANOS EN DEBATE**

Coordinador de Contenidos
José Zalaquett



Instituto de
Defensa Legal



Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

**Líneas de trabajo en derechos
económicos, sociales y culturales:
herramientas y aliados***

Víctor Abramovich

* Este documento ha sido elaborado con la colaboración de Julieta Rossi.

Introducción

El objetivo de este documento es analizar diferentes líneas de trabajo que las organizaciones de derechos humanos han venido desarrollando en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. En tal sentido, a partir de la definición de las principales características de estos derechos y de su estructura, analizaremos, en primer lugar, la posibilidad de exigirlos en las instancias judiciales, así como los problemas y límites de las estrategias de justiciabilidad.

En la segunda parte abordaremos el debate sobre el lugar que les corresponde a los tribunales en cuestiones vinculadas a políticas sociales, y examinaremos, desde la perspectiva de las organizaciones de derechos humanos, la aparente disyuntiva entre estrategias de incidencia judicial y política y su posible articulación.

En la tercera parte del documento discutiremos acerca de la necesidad de replantear la utilidad de las herramientas de acción tradicionales del movimiento de derechos humanos para enfrentar los problemas particulares de la exigibilidad de derechos económicos, sociales y cul-

turales, en especial en conflictos colectivos y en la relación con los grupos y actores sociales involucrados.

Por último, ofreceremos algunas ideas generales para orientar la identificación de los principales socios y aliados en el desarrollo de esta tarea, tanto en el plano local como en el internacional.

1. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Y LAS POSIBLES ESTRATEGIAS DE INCIDENCIA JUDICIAL¹

Quienes afirman la tesis de un "defecto de nacimiento" de los derechos económicos, sociales y culturales en tanto pretendidos derechos, creen ver en su naturaleza el origen de la imposibilidad de alcanzar su exigibilidad. Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten, entonces, de diferenciar la naturaleza de estos derechos de la de los derechos civiles y políticos.

Uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales radica en el supuesto carácter de obligaciones

1 Esta parte del documento expresa las conclusiones de un trabajo de investigación más amplio elaborado junto con Christian Courtis. V. V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002.

negativas del primer género de derechos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas, que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público.² De acuerdo con esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un *no hacer* por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los documentos privados, no interferir con la propiedad privada, etcétera. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a *hacer*; es decir, a *brindar prestaciones positivas*: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para realizar las prestaciones positivas que se le exigen.³

2 Ver Von Hayek, F., *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, cap. 9, Londres, Unión Editorial, 1976.

3 Otro intento de diferenciación consiste en vincular un tipo específico de obligación de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. Así, para algunos autores, mientras que a los derechos civiles y políticos corresponden obligaciones de resultado, a los derechos económicos, sociales y culturales tan sólo obligaciones de conducta. La diferencia tiene efectos concretos al momento de juzgar si un Estado ha violado un tratado. Se sostiene que en materia de derechos civiles, la actividad del Estado contraria al deber de abstención produce la violación. La responsabilidad del Estado emana de resultados, sin que existan condiciones necesarias que supediten el cumplimiento de las normas en el pacto respectivo. La violación sólo depende de la voluntad del Estado. Las obligaciones respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, por el contrario, son principalmente de comportamiento. Como sostiene Garretón Merino en cita de Nikken: "Su realización no depende *'de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual sólo puede alcanzarse progresivamente'*". La violación, por lo tanto, no emana de un acto sino de una omisión, muchas veces condicionada a la existencia de recursos que permitan la satisfacción de estos derechos, por lo que para establecer que un Estado los ha violado no basta con comprobar que el derecho no se está gozando "sino que el comportamiento del poder público, en orden a alcanzar este fin, no se ha adecuado a los standards técnicos apropiados". Garretón Merino, R., "La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y

Estas distinciones están basadas en una visión totalmente sesgada y "naturalista" del rol y el funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa.⁴ Sin embargo, incluso para los pensadores más caracterizados de la economía política clásica —como Adam Smith y David Ricardo—, resultaba más que obvia la interrelación entre las supuestas "obligaciones negativas" del Estado, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, y una larga serie de obligaciones positivas vinculadas al mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual. Smith, por ejemplo, asigna al Estado un rol activo en la creación de las condiciones institucionales y legales en la expansión del mercado.⁵ Lo mismo cabe señalar respecto a muchos otros derechos "civiles y políticos": el respe-

culturales", en Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Estudios básicos de derechos humanos V*, San José, 1996, p. 59. Nikken, Pedro: "El concepto de derechos humanos", en (IIDH), *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, 1994. Ver Eide, A., "Future Protection of Economic and Social Rights in Europe", en Bloed, A. et al. (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*. Boston-Londres, Dordrecht, 1993, pp. 187-219. En contra, Van Hoof, G. H. J., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, SIM, Utrecht, 1984, pp. 97-110, Alston, P., "No Right to Complain about Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant", en Eide, A. y Helgesen, J. (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World*, Norwegian University Press, Oslo, 1991. Como veremos, más allá de la posibilidad de sostener la distinción, ella resulta poco relevante para diferenciar derechos civiles y políticos de derechos económicos, sociales y culturales.

- 4 Carlos Nino califica esta posición de "liberalismo conservador", aunque aclara que es "más conservador que liberal". Véase Nino, C., "Derechos sociales", en *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 402.
- 5 Cfr. al respecto Smith, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Nueva York Ed. Edwin Cannan. Library of Economics and Liberty, LTD. 1904; Billet, L., "Political Order and Economic Development: Reflections on Adam Smith's Wealth of Nations", *Political Studies* 35, 1975, pp. 430 y ss.; Santos, B. de Sousa, "Sobre los modos de producción del derecho y del poder social", en Santos, B. de Sousa, *Estado, Derecho y luchas sociales*. Bogotá, Ed. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1991, pp.175-178.

to de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, supone la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado —existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la actuación de un colectivo de personas en cuanto tal, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etcétera—. ⁶ Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de "obligación negativa", es decir, los que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares —por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o bien la prohibición de violar la correspondencia y los documentos privados—, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que agentes del propio Estado o particulares no interfieran esa libertad, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado. ⁷

En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros par-

6 Véase Van Hoof, G. H. J., *op. cit.*, pp. 97 y ss.

7 Cfr. al respecto la opinión de Nino, C., "Los derechos sociales", *op. cit.*, pp. 11-17. En clave económica, el argumento es la tesis central de Holmes, S. y Sunstein, C. R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-Londres, W. W. Norton & Company, 1999. Ver también Bin, R., "Diritti e fraintendimenti", *Ragion Pratica* 14, 2000, pp. 14-25, y Plant, R., "Citizenship, Rights and Welfare", en Coote, A. (ed.), *The Welfare of Citizens. Developing New Social Rights*. Londres, IPPR/Rivers Oram Press, 1992, pp. 15-29.

ticulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno,⁸ la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a "naturalizar" esta actividad estatal, así como a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado más que diferencias sustanciales.⁹ Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y por ello a veces se los denomina "derechos-prestación".¹⁰ Sin embargo, cuando se observa la estructura de estos derechos no resulta difícil descubrir la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural. Por ello, muchas de las acciones legales tendentes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones

8 Trujillo Pérez afirma que "[e]n un cierto sentido, la normación relativa a los derechos de libertad y a las instituciones vinculadas con ellos están tan consolidadas en nuestra cultura jurídica que se las considera obvias, aunque no lo sean, como muestra la historia de los derechos". Cfr. Trujillo Pérez, I., "La questione dei diritti sociali", en *Ragion Pratica* 14, 2000, p. 51.

9 Cfr. Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid, Ed. Tecnos, 1994, p. 21: "No existen, en resumen, obligaciones 'negativas' puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos".

10 Cfr. Contreras Peláez, F., *op. cit.*, pp. 17-20; De Castro, B., "Los derechos sociales: análisis sistemático", en AA. VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*. Murcia, Universidad de León, 1981, pp. 15-17.

positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos. Así, por ejemplo, Contreras Peláez, haciéndose cargo de la imposibilidad de distinguir tajantemente entre ambos tipos de derechos, afirma que "[p]ara los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho".¹¹

Es aún posible señalar otro tipo de problema conceptual que hace difícil distinguir radicalmente entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro, subrayando las limitaciones de estas diferenciaciones y refirmando la necesidad de un tratamiento teórico y práctico común en lo sustancial. La concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados "derechos-autonomía" o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo que algunos de los derechos clásicamente considerados "civiles y políticos" han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único.¹² Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio para determinar la obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan en la relación consumidores y usuarios.¹³

11 Contreras Peláez, F., *op. cit.*, p. 21.

12 Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 21.1: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*" (el destacado es nuestro).

13 Véase, por todos, Bourgoignie, T., *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, Vitoria, Gobierno Vasco. Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994.

La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad que comprende, en ciertas circunstancias, la obligación positiva de producir información pública. La libertad de empresa y de comercio resultan modalizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven un impacto sobre la salud o el medio ambiente.¹⁴ En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos.¹⁵ En esta línea, la jurisprudencia de los órganos de protección internacional de derechos humanos —y en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)— ha establecido la obligación positiva de los Estados de remover los obstáculos sociales que impiden el acceso a la jurisdicción, de tomar medidas apropiadas para evitar que alteraciones ambientales puedan constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar,¹⁶ así como de desarrollar acciones afirmativas para evitar riesgos previsibles y evitables que puedan afectar el derecho a la vida.¹⁷

14 Véase Felgueras, S., *Derechos humanos y medio ambiente*, Buenos Aires, AD-HOC, 1996.

15 Cfr. Ewald, F., *L'Etat Providence*, París, Ed. Grasset, 1985, Libro IV.2.

16 TEDH, caso López Ostra v. España, A 303-C (1994). TEDH, caso Guerra y otros v. Italia, 19 de febrero 1988.

17 La jurisprudencia europea sobre obligaciones positivas en relación con el derecho a la vida ha tenido un importante desarrollo recientemente. En tal sentido, en el caso Osman v. United Kingdom, sentencia del 28 de octubre de 1998, el TEDH estableció que entre esas obligaciones se encontraba el deber primario de garantizar la vida implementando una legislación penal efectiva para evitar la comisión de delitos contra las personas, sosteniendo un sistema legal para la prevención y el castigo de las conductas criminales. Esto incluye, en determinadas circunstancias, la obligación positiva de adoptar medidas operativas para proteger a un individuo o a individuos cuya vida está en riesgo por actos criminales de otros individuos. Para que la obligación de actuar positivamente del Estado se pueda exigir, es necesario establecer que las autoridades "sabían o debían haber sabido de la existencia de un riesgo

Dada la interdependencia de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, en muchos casos las violaciones de los primeros resultan también afectaciones a los segundos, y viceversa. La tajante diferenciación entre ambas categorías suele desdibujarse cuando se procura identificar los derechos violados en los casos concretos. Muchas veces, el interés tutelado por un derecho civil cubre también el interés tutelado por la definición de un derecho social. El límite entre una y otra categoría de derechos resulta ciertamente borroso. Cuando en el derecho interno de los Estados, o bien en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, no existen mecanismos directos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, una estrategia indirecta consiste en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos de manera que sea posible discutir por esa vía la violación. La mencionada vía resulta de suma importancia en aquellos países —como por ejemplo España y Chile— en los que la tutela judicial constitucional a través de acciones tales como la de amparo ha sido restringida a un catálogo cerrado de derechos denominados "fundamentales", que en general

real e inmediato para la vida de un individuo o de individuos identificados, originado por la conducta criminal de un tercero, y que esas autoridades omitieron tomar las medidas que podrían haber adoptado dentro del alcance de sus competencias, las cuales, juzgadas razonablemente, podría esperarse que hubieran evitado ese riesgo". La gama de obligaciones positivas impuestas al Estado varía considerablemente. Así, por ejemplo el deber del Estado de *investigar oficialmente* si un individuo ha sido muerto a raíz del uso de la fuerza se ha entendido también como una consecuencia del artículo 2 leído junto con el deber general impuesto por el artículo 1 del Convenio. Ver TEDH, *Mc. Cann y otro v. United Kingdom*, sentencia del 27 de setiembre de 1995, y *Kaya v. Turkey*, sentencia del 19 de febrero de 1998. Más recientemente, en *Mahmut Kaya v. Turkey*, sentencia del 28 de marzo del 2000, se establecieron deberes positivos con relación al derecho a la vida sobre la base del derecho a un recurso efectivo establecido en el artículo 13 del Convenio. Así, sostuvo el TEDH que "dada la importancia fundamental del derecho a la protección de la vida, el artículo 13 requiere, adicionalmente al pago de una compensación cuando sea apropiado, desarrollar una completa y efectiva investigación capaz de conducir a identificar y castigar a los responsables de la privación de la vida y eso incluye el acceso efectivo de los peticionarios a los procedimientos".

coincide con la lista clásica de derechos civiles. De este modo, resulta posible acceder a la tutela judicial en situaciones de flagrante violación de un derecho social. En tal sentido, resulta de suma utilidad consultar el mecanismo de tutela de derechos sociales conexos con derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, como ejemplo de esta modalidad de protección indirecta de los derechos sociales a partir de su íntima relación con un derecho civil o político.¹⁸

El uso del derecho a la vida para proteger intereses amparados por derechos sociales ha sido otra estrategia de protección indirecta de derechos económicos, sociales y culturales, utilizada en el nivel doméstico y que podría ser usada, asimismo, en los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. En el sistema europeo también se ha utilizado el derecho a la vida como una forma de proteger intereses vinculados al derecho a la salud y de exigir al Estado obligaciones positivas de protección. En el caso *LCB v. United Kingdom*, el TEDH afirmó que la obligación del primer párrafo del artículo 2 del Convenio obliga a los Estados no sólo a abstenerse de privar a alguien intencional e ilegalmente de su vida, sino también a adoptar medidas apropiadas para garantizar la vida. En el caso se discutía el alcance del deber del Estado de proveer información adecuada a la peticionante sobre circunstancias que podrían haber mitigado o evitado la enfermedad que padecía.

También se ha explorado como estrategia de exigibilidad indirecta de reclamo de derechos sociales la íntima relación que existe en la elec-

18 La Corte Constitucional ha establecido que la aceptación de la tutela para los derechos económicos, sociales y culturales sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental de acuerdo con los requisitos y criterios de distinción correspondientes. Véase C. Const., S. Primera de Rev. Sent T-406, junio 5/92. Exp. T-778. M. P. Ciro Angarita Barón. Cfr. M. J., Cepeda Espinosa, "Derecho constitucional jurisprudencial: las grandes decisiones de la Corte Constitucional", *Legis*, Bogotá, 2001.

ción de una forma de vida individual y el aprovechamiento de bienes culturales que identifican, por ejemplo, a determinada minoría o a un pueblo indígena. En ese sentido, el derecho de autonomía o el derecho a fijar un plan de vida de forma autónoma se ha emparentado con el derecho social a participar de ciertas prácticas o bienes culturales. Así, se ha argumentado que el proyecto de vida de cada miembro de ese colectivo guarda una profunda dependencia con el goce de esos bienes culturales, como la lengua, la religión, la tierra ancestral y las prácticas económicas tradicionales de los pueblos indígenas.¹⁹

Podría decirse, entonces, que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, por

19 Éste fue el argumento utilizado por la peticionaria en el caso *Loverace v. Canadá*, (1981), comunicación N.º 24/1977. En este caso, la actora pertenecía étnicamente al pueblo indígena maliseet. Conforme a la legislación indígena y a las reglas fijadas por la propia comunidad indígena para el uso de la reserva de Tobique, donde ella habitaba, las mujeres que contraían matrimonio con un no indígena perdían el derecho a habitar la reserva, aun cuando hubieran nacido en ella. La peticionaria, nacida en la reserva, se había casado con un no indígena y, luego de divorciarse, deseaba volver a vivir en la reserva como parte del pueblo maliseet, al que pertenecía. La comunidad le negaba ese derecho. La peticionaria alegaba que se violaba su derecho a participar de la cultura de la comunidad bajo el artículo 27, pero también su derecho a fijar una residencia bajo el artículo 12 y su derecho a la no injerencia en la vida privada y familiar bajo el artículo 17, además del derecho a no ser discriminada por su género bajo el artículo 26 del Pacto. En su alegato, que fue luego recogido por el CDH, se ponía en evidencia la relación profunda entre la autonomía personal y el goce de los bienes culturales. Su plan de vida había sido casarse, luego divorciarse y finalmente volver a vivir como indígena en el lugar en que había nacido. La posibilidad de ese plan de vida estaba ligada al uso del territorio cultural, pues únicamente en la reserva existía la comunidad a la que ella se sentía pertenecer. El CDH entendió que, en el caso, el artículo 27 debía ser leído a la luz de los artículos 12, 17, y 26, entre otros, y consideró que la legislación canadiense, en virtud de la cual se le negaba a la demandante su pertenencia al pueblo indígena y su derecho a residir en la reserva, constituía una violación del artículo 27 del Pacto.

ser claramente pasibles de ser caracterizados a través de obligaciones negativas del Estado, queden enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda.²⁰ En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria.

En línea con lo dicho, autores como Van Hoof y Asbjorn Eide²¹ proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de "nive-

20 Aun en este caso, es posible señalar obligaciones negativas. De acuerdo con Van Hoof, el Estado violaría el derecho a la vivienda si admitiera que las viviendas modestas pertenecientes a personas de bajos recursos fueran demolidas y reemplazadas por viviendas de lujo que estuvieran fuera del alcance económico de los habitantes originales, sin ofrecerles acceso a viviendas alternativas en términos razonables. Véase Van Hoof, G. H. J., *op. cit.*, p. 99. Con mayor razón, el Estado debe abstenerse de realizar por sí mismo el desplazamiento en dichas condiciones. El ejemplo dista de ser teórico: cfr. las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre el informe presentado por la República Dominicana (UN Doc. E/C.12/1994/15), puntos 11, 19 y 20 (citado por Steiner, H. y Alston, P., *International Human Rights in Context*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 321-321).

21 Eide sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa, su provisión provocará indefectiblemente un desproporcionado crecimiento del aparato estatal. Entiende que es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social tal como lo establece el art. 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo —Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 41/128 del 4/12/1986— y que, por lo tanto, en un primer nivel en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, se encuentra la obligación del Estado de *respetar* la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo —o de colectividades como los indígenas— en pos de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. En el segundo

les" de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con la propuesta de Van Hoof,²² por ejemplo, podrían discernirse cuatro "niveles" de obligaciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *garantizar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar ni impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

nivel existe una obligación estatal de *proteger* esa libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros. Esta función de tutela es la más importante que ejerce el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, y es similar al rol que cumple como protector de los derechos civiles y políticos. En un tercer nivel, existe una obligación de *asistencia* que puede asumir formas diversas —por ejemplo, el art. 11.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)—, y una obligación de *satisfacción* —que puede consistir en la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida y recursos de subsistencia cuando no existan otras posibilidades—. De tal modo, afirma el autor, el argumento de que garantizar los derechos civiles y políticos a diferencia de los económicos, sociales y culturales no requiere utilizar recursos públicos, resulta sólo sostenible si enfocamos las obligaciones estatales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales sólo en el tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas a los derechos civiles y políticos sólo en el primer nivel (respeto). Ver Eide, A., "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*. Boston-Londres, Dordrecht, 1995, pp. 21-49; en especial, pp. 36-38. Véase también Eide, A., "Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* 43, 1989, pp. 46-60.

22 Van Hoof, G. H. J., *op. cit.*, p. 99. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue, *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. Princeton University Press, 1980. En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la distinción fue asumida —con alguna corrección, que reduce la enumeración a tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de

Como puede apreciarse, el esquema de "niveles" de obligaciones es perfectamente aplicable a todo el espectro de derechos, sean éstos clasificados como derechos civiles y políticos, o bien como derechos económicos, sociales y culturales. Gran parte del trabajo de los organismos de derechos humanos y de los órganos internacionales de aplicar las normas internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la vida y derecho a la integridad física y psíquica (y correlativas prohibiciones de muerte y tortura) —derechos habitualmente clasificados como civiles y políticos— ha consistido en reforzar los aspectos vinculados con las obligaciones de proteger y satisfacer estos derechos, a través de medidas diversas que van desde la investigación de las prácticas estatales violatorias de estos derechos al juzgamiento o el establecimiento de responsabilidades civiles o penales a sus perpetradores; la reparación a las víctimas; la modificación de la legislación que establezca fueros especiales para el juzgamiento de hechos de muerte, desaparición y tortura; la modificación de los programas de formación de las fuerzas militares y de seguridad; la inclusión de formas de educación sobre derechos humanos en los planes de estudio regulares.

Cabe repetir que la objeción a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parte de la consideración simplista de estos derechos como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta.²³ Tanto los dere-

garantía, satisfacción o cumplimiento— en los principales documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general (OG) 3 (1990), "La índole de las obligaciones de los Estados Partes—párrafo 1 del art. 2 del Pacto"; OG 4 (1991), "El derecho a la vivienda adecuada—párrafo 1 del art. 11 del Pacto"; OG 5 (1994), "Personas con discapacidad"; OG 6 (1995), "Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad"; "Principios de Limburgo" (1986); "Principios de Maastricht" (1997); "Declaración y plan de acción de Bangalore" (1995); Encuentro Latinoamericano de Organizaciones de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Declaración de Quito" (1998).

23 Cfr., en el mismo sentido, la opinión de Alexy, que aboga por una concepción amplia de las obligaciones positivas del Estado, o bien, de acuerdo con su denominación, "derechos a acciones positivas del Estado". Éstos incluirían los derechos de protec-

chos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas. Ahora bien, conviene profundizar esta noción, ya que de su afinamiento dependerá la extensión y alcances de la exigibilidad de uno y otro tipo de derechos.

En cuanto a las obligaciones negativas, se trata de las obligaciones del Estado de abstenerse de realizar cierta actividad. Así, no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación constituyen obligaciones negativas.

En cuanto a las obligaciones positivas, conviene establecer algunas distinciones, que nos darán la pauta del tipo de medidas que pueden exigirse del Estado. Con cierto automatismo, suelen vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en campos tales como la salud, la educación y el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Las obligaciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar el goce de un derecho a través de otros medios, en los que tengan parte activa otros sujetos obligados.

ción, los derechos a la organización y al procedimiento —que a su vez subclasifica en derechos a la organización en materia de competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos, derechos a la organización en sentido estricto, y derecho a la participación en la formación de la voluntad estatal—, y los derechos a prestaciones en sentido estricto. Véase Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 419-501.

a) Por un lado, algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de *establecer algún tipo de regulación*, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido.²⁴ En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada.²⁵ En este sentido, por ejemplo, si se le quiere dar algún contenido operativo, el derecho a asociarse libremente supone la obligación estatal de dar relevancia o reconocimiento jurídico a la asociación que resulte del ejercicio de dicho derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar consecuencias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de ele-

24 Alexy afirma que "[u]na acción puede ser imposibilitada jurídicamente sólo si es un *acto jurídico*. Actos jurídicos son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ella son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el *acto jurídico* de la celebración de un contrato, sin el derecho de sociedades no sería posible el *acto jurídico* de fundación de sociedades, sin el derecho matrimonial no sería posible el *acto jurídico* de celebración del matrimonio, sin el derecho procesal, no sería posible el *acto jurídico* de la demanda, y sin el derecho electoral, el *acto jurídico* del sufragio. El carácter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como *acciones institucionales*. Las acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas. Por lo tanto, entre la derogación de estas normas y la imposibilidad de las acciones institucionales existe una relación conceptual". Cfr. Alexy, R., *op. cit.*, pp. 189-190. Nuestro argumento es aquí complementario al de Alexy: las "acciones jurídicas institucionales" no sólo son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas sino también cuando no se las crea. Si la constitución o un pacto de derechos humanos establece derechos cuyo ejercicio depende conceptualmente de la creación de normas, esto implica la obligación estatal positiva de crear estas normas. Alexy retoma el punto cuando trata los derechos a acciones positivas, que distingue entre derecho a acciones positivas *fácticas* y a acciones positivas *normativas* . Los derechos a acciones positivas *normativas* son "derechos a actos estatales de imposición de norma". Cfr. Alexy, R., *op. cit.*, pp. 194-195.

25 En opinión de Trujillo Pérez, por ejemplo, "[p]ara que un derecho sea accionable es necesaria una intervención del legislador y del Estado organizador de instituciones: ambas condiciones son referibles sea a los derechos de libertad, sea a los derechos sociales, tornándose superflua la distinción entre éstos". Trujillo Pérez, I., *op. cit.*, p. 54.

gir entre distintos candidatos, lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a un conjunto de partidos políticos y se presenten a elecciones. El derecho a la información implica, al menos, el establecimiento de una regulación estatal tendente a asegurar el acceso a información de origen diverso y la pluralidad de voces y opiniones. El derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue alguna virtualidad al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia. El goce de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes desprendidas de ese permiso original. Nuevamente, puede tratarse de nuevas normas permisivas —por ejemplo, la posibilidad de que la asociación celebre contratos, o la posibilidad de que el matrimonio inscriba su vivienda como bien de familia, protegiéndola de eventuales ejecuciones, etcétera—, de prohibiciones para el Estado —por ejemplo, la imposibilidad de imponer restricciones arbitrarias o discriminatorias en el ejercicio de los derechos mencionados, o bien la prohibición de discriminar entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio— o incluso de mandatos para el Estado —obligación de reconocimiento de los candidatos propuestos por los partidos políticos o de los delegados sindicales—.

b) En otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones de algún tipo. Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparten esta característica, del mismo modo que la relativamente reciente normativa de defensa del consumidor y de protección del medio ambiente. Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneración ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagas, la

protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de su gestión, etcétera, tendrían poco sentido si fueran exigibles sólo al Estado cuando éste actúa como empleador. Frente a economías de mercado, el contenido de estas obligaciones estatales es el de *establecer una regulación que se extienda a los empleadores privados*. Lo mismo cabe decir con respecto a las normas que regulan las relaciones de consumo y con las referidas al establecimiento de obligaciones ambientales

En otros supuestos, la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado, de modo que promueva o favorezca el acceso de sectores de menores recursos a derechos tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino de vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas limitaciones no se reducen al campo económico. El derecho de rectificación o respuesta es un buen ejemplo de esto: en estos casos, el Estado establece restricciones al libre uso de un medio periodístico privado, en favor del particular que se siente afectado por la información inexacta o agravante. Del mismo modo, la obligación estatal de asegurar a toda persona el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora supone el establecimiento de una regulación que sea imponible a terceros, y no sólo al propio Estado.

c) Por último, el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones. Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público —por ejem-

plo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción; la previsión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no pueden pagar un abogado particular; o la organización del sistema educativo público—, la oferta de programas de desarrollo y capacitación, el establecimiento de formas escalonadas público-privadas de cobertura —por ejemplo, a través de la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo—, la gestión pública de créditos diferenciales —por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda—, la entrega de subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas.

Como puede verse, el complejo de obligaciones que puede abarcar un derecho es muy variado. Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas y, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, llegan hasta la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas.

De lo dicho hasta ahora se desprenden conclusiones que cuestionan claramente la idea de que sólo los derechos civiles y políticos resultan justiciables.²⁶ Entendiendo que todo derecho genera al Estado un com-

26 Cfr., al respecto, el voto separado del juez Piza Escalante, en la OC-4/84, del 19 de enero de 1984, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su punto 6: "la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos econó-

plejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brindan la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial. El problema remite a una de las discusiones clásicas en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, tienen directa relación con la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho subjetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal.²⁷ Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental tradicional surgen del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas dadas frente a la posible justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los derechos sociales. Algunas de las facetas que se señalan al respecto están vinculadas con el carácter colectivo de muchos reclamos relacionados con derechos económicos, sociales y culturales,²⁸ la

nicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, 'exigibles directamente por sí mismos', y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, 'exigibles indirectamente', a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos u otros derechos son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva".

- 27 Véase, al respecto, el lúcido análisis de José Reinaldo de Lima Lopes, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", en Faria, J. E. (ed.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 114-138.
- 28 Ver, en sentido similar, la observación de Bujosa Vadell, comentando las *class actions* del orden federal estadounidense: "Aun conscientes de la diversidad de contexto jurídico en el que nos desenvolvemos y con los usuales riesgos del estudio comparativo, consideramos útil un detenido examen del procedimiento regulado en la Rule

inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para exigir a los poderes políticos el cumplimiento de obligaciones en las que se requiere disponer de fondos, o bien la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos idénticos no planteados judicialmente. En tal sentido, algunos autores expresan como un obstáculo a la justiciabilidad el acotado marco cognitivo de un proceso judicial: el marco de decisión del litigio judicial no siempre es el ámbito más adecuado para discutir y decidir cuestiones de políticas públicas que pueden implicar la priorización de objetivos, la distribución de recursos, el equilibrio de intereses contrapuestos, etcétera.²⁹ Otros se refieren a la formación profesional de los jueces: algunas cuestiones que se ponen a consideración de la judicatura requieren conocimientos técnicos específicos y abundante información sobre los hechos, aspectos para los cuales una agencia administrativa especializada resulta mejor dotada que un juez.³⁰ Aun advirtiendo esta dificultad teórica —que por supuesto genera límites en la justiciabilidad de *algunas* obligaciones que surgen de derechos económicos, sociales y culturales—, es necesario realizar un análisis más preciso para deslindar distintos tipos de situaciones en las que la violación de derechos económicos, sociales y culturales resulte corregible mediante la actuación judicial. Cabe agregar, además, que de la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertas obligaciones que tienen como fuente derechos económi-

23 FRCP, introduciéndolo en el debate español de *lege ferenda* acerca de nuevas e imaginativas soluciones para resolver los conflictos jurídicos en que intervienen masas de afectados, con el objetivo de adaptar los viejos esquemas individualistas a los nuevos tiempos, si bien respetando suficientemente las garantías individuales" (Bujosa Vadell, L., "El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América", *Revista Justicia* 94, 1994, p. 68).

29 Cfr., por ejemplo, Fuller, Lon L., "The Forms and Limits of Adjudication", 92 *Harvard Law Review* 353.

30 Cfr., por ejemplo, Cass R. Sunstein, "Response: From Theory to Practice", 29 *Arizona State Law Journal*.

cos, sociales y culturales no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. El argumento de la inexistencia de acciones idóneas señala simplemente un estado de cosas³¹ susceptible de ser modificado. Lo único que afirma es que los instrumentos procesales tradicionales —surgidos en el contexto de litigios que tenían como medida el interés individual, el derecho de propiedad y una concepción abstencionista del Estado— resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos.³²

Por un lado, como hemos dicho, en muchos casos las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado. Además de algunos de los ejemplos dados, resulta útil recordar que uno de los principios liminares establecidos en materia de derechos económicos, sociales y cul-

31 Una "laguna" que determina la falta de plenitud del sistema, de acuerdo con la terminología de Ferrajoli. Véase Ferrajoli, L., "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, p. 24. Ferrajoli señala que "[h]ay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [los derechos sociales] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como 'crisis de la capacidad regulativa del derecho'", *op. cit.*, p. 30. En sentido similar, refiriéndose al contexto estadounidense, Archibald Cox afirma que "la aceptada filosofía doméstica de los siglos dieciocho y diecinueve en los Estados Unidos impuso al gobierno principalmente el deber de impedir formas extremas de agresión de un hombre contra otro, más allá de lo cual dejó que los hombres solos forjaran su propia salvación espiritual y económica. En la década de 1930 la filosofía política llegó a aceptar en teoría, al igual que en la práctica, el principio de que el gobierno no es un mero policía, sino que tiene obligaciones afirmativas para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos: subsistencia, vivienda, empleos, educación y, más recientemente, atención médica. De algún modo, el derecho constitucional debe hacer frente al cambio. A medida que aumenta la dependencia del ciudadano frente al gobierno, se acrecentará también la proporción de casos en los cuales las consecuencias críticas de la libertad humana, la igualdad y la dignidad dependan de lo bien que el gobierno satisfaga sus obligaciones, más bien que de la alternativa de que el gobierno deje al individuo librado a sí mismo.

turales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cfr. art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC), que de hecho establece importantes obligaciones negativas para el Estado. Este tipo de violaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos. Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes; o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de residencia alternativa; o en

La Corte cumplirá a duras penas su función histórica de proteger al individuo en su relación con el Estado, a menos que puedan adaptarse los derechos constitucionales sustantivos y los procesos de fundamentación jurídica constitucional, de manera de retener su vitalidad a pesar de las dificultades que el nuevo medio depara. Éste es el próximo gran desafío del constitucionalismo norteamericano". Cox, A., *El rol de la Suprema Corte en el gobierno norteamericano*. Buenos Aires, Distribuidora Argentina, 1980, pp. 118-119).

- 32 Ahora bien, la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, sino que —como se ha dicho— más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos. Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de plantear acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, la acción civil pública y los *mandados de segurança* y *de injunção* brasileños, la legitimación del Ministerio Público y del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos son ejemplos de esa tendencia. Cabe agregar que otra fuente de supuestas dificultades en la promoción de acciones que intentan poner de manifiesto el incumplimiento del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales radica, justamente, en los privilegios con que cuenta el Estado cuando es llevado a juicio, privilegios que no serían admisibles si se plantearan cuestiones similares entre particulares. De modo que, lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales; la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos; un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana; y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos.

la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación del acceso a los centros de enseñanza basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido; o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulte discriminatoria. En estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios. La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la manifestación viciada de voluntad del Estado, obligándolo a corregirla de manera que se respete el derecho afectado.

Por otro lado, nos enfrentamos con casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado; es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas en el sentido de la protección y satisfacción de los derechos en cuestión. Éste es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite —es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado— resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las tradicionales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública; el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general; la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio; el Poder Judicial carece de

medios compulsivos para la ejecución forzada de una supuesta sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados o bien para dictar la reglamentación omitida; la sustitución de medidas generales por decisiones ad hoc efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdades indeseables, etcétera.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe matizar estas objeciones. En principio, resulta difícil imaginar una situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho económico, social y cultural. Como hemos dicho párrafos atrás, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, ejercido *a priori* —a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias— o *a posteriori* —a través de la fiscalización—. De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar el derecho en forma discriminatoria. Las posibilidades son más evidentes cuando el Estado presta efectivamente un servicio en forma parcial, discriminando a capas enteras de la población. Pueden subsistir, como es evidente, dificultades procesales y operativas en el planteamiento de casos semejantes, pero difícilmente puede discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable. En tal sentido, la apelación a juicios de igualdad de trato para reclamar derechos sociales fue una vía tradicionalmente utilizada por los movimientos de derechos humanos en sus estrategias de litigio. Desde el movimiento por los derechos de las mujeres —que reclamó equiparación salarial en los

puestos de trabajo— hasta el movimiento de derechos civiles en Estados Unidos —que utilizó esta vía para exigir igualdad de acceso a puestos de trabajo, equiparación salarial y equivalentes condiciones de educación y salud pública—, la igualdad de trato y la prohibición de discriminación han sido vías exploradas con éxito para exigir indirectamente derechos económicos, sociales y culturales de grupos o sectores menos protegidos por el Estado. También en este punto es de suma utilidad consultar el desarrollo de los criterios y estándares de igualdad y no discriminación establecidos por la Corte Constitucional colombiana, y su aplicación en relación con los derechos sociales.³³

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación originada porque no se produjo una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona, o por el establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la educación o a la vivienda, o por el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social —por ejemplo, la prohibición de extender a inmigrantes no legales los beneficios de un programa de medicamentos contra el VIH—. La habilidad del planteamiento radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien en la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho económico, social y

33 Véase AA. VV., "Análisis jurisprudencial. La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", *Pensamiento Jurídico* 15, Universidad Nacional de Colombia, 2002, pp. 347-369.

cultural, sobre el goce de un derecho civil y político. Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el Derecho procesal contemporáneo de *derechos o intereses individuales homogéneos*,³⁴ las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en el próximo párrafo.

Enfrentados a los supuestos de acciones de reclamo colectivo y directo de derechos sociales motivadas en la inacción del Estado, la respuesta de la administración judicial puede asumir temperamentos muy diversos. En principio, la actuación judicial puede consistir, por un lado, en la declaración de que la omisión estatal constituye una violación del derecho en cuestión, y luego en el emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida. En estos casos, corresponde al órgano judicial señalar a los poderes políticos del Estado el carácter de la conducta debida —sea a partir del resultado concreto requerido sin consideración de los medios que deberían emplearse, como, por ejemplo, el acceso de parte de la población a servicios médicos, o la relocalización de personas desalojadas forzosamente, o bien, en caso de existir una única medida posible para obtener el resultado requerido, describiendo con precisión la acción que debe adoptarse—. En estos supuestos, la información pública disponible y la conducta previa del Estado, sus "actos propios", revisten una enorme importancia, pues contribuyen a acotar la discusión sobre asuntos de "política pública" o de índole técnica —por ejemplo, acerca de las prioridades presupuestarias o la formulación, diseño o implementación de medidas de gobierno específicas—. Es en este tipo de casos que se observan con más claridad los obstáculos a la exigibilidad de los derechos sociales, y es ante ellos que el Poder Judi-

34 Véase, al respecto, el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, art. 81.

cial suele actuar con mayor reticencia. No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos.³⁵ Sin embargo, aun en estos casos los márgenes de actuación de la magistratura son variados y los tribunales han encontrado la manera de garantizar la vigencia de los derechos sociales afectados, tomando como base de su intervención los estándares jurídicos fijados en las constituciones y los tratados de derechos humanos, y buscando en cada caso la mejor manera de resguardar la órbita de acción de los demás poderes del Estado, a los que en ocasiones han reenviado la cuestión, luego de fijar su marco jurídico, con el fin de que definan la medida o política pública necesaria para reparar la violación de los derechos en juego.

35 Limitados, pero no imposibles. La vasta experiencia judicial estadounidense en materia de segregación racial del sistema educativo público, y de administración de hospitales psiquiátricos y prisiones a efectos de lograr un funcionamiento compatible con los derechos constitucionales, ofrece ejemplos de estos casos-límite de activismo judicial. Evidentemente, el activismo judicial es motivado por la gravedad de la violación de los derechos en cuestión. Ver, como ejemplo de estos casos, *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp 373 (M. D. Ala 1972). Para un recuento no ingenuo de la imposición judicial de deberes afirmativos de amplísimo alcance al gobierno en el contexto estadounidense, ver *Cox, A., op. cit.*, caps. III y IV. Después de señalar las dificultades a las que se enfrenta el Poder Judicial para llevar a cabo la imposición de obligaciones positivas de gran escala, *Cox* concluye: "Lejos estoy de sugerir que la decisión en los casos de segregación escolar fue errónea, aun en el sentido más técnico. El haber adherido a la doctrina 'separados pero iguales' hubiera sido ignorar no sólo la revolución que sacude al mundo, sino el sentido moral de la civilización. La ley debe ser obligatoria, aun en el tribunal más elevado, pero también debe contemplar las necesidades de los hombres y armonizar con sus sensibilidades éticas. El dilema estriba en la raíz de la jurisprudencia anglo-americana. Siempre hubo ocasiones en que los tribunales, para plasmar la ley según estos objetivos, han tenido que pagar el precio de revelar que los jueces a veces logran que la ley se adapte y ajuste a la ocasión. Tampoco debemos olvidar que de no pagar ese precio hasta puede frustrarse el objetivo de obtener anuencia voluntaria, porque la ley, para imponer acatamiento, debe merecerlo". *Op. cit.*, pp. 132-133.

La jurisprudencia de los tribunales domésticos de la región brinda ejemplos de algunas vías que ya han sido exploradas con éxito para exigir a los tribunales el cumplimiento de su función de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. En tal sentido, se ha logrado que los jueces obliguen al Estado a suministrar medicamentos a todos los portadores de VIH-sida de Argentina a fabricar una vacuna y proveerla a todos los habitantes afectados por una enfermedad endémica; a crear centros de atención materno-infantil para un grupo social discriminado; a proveer de agua potable a toda una comunidad indígena; a extender la cobertura de un beneficio educativo o asistencial a un grupo originariamente excluido; a reintegrar a una escuela secundaria privada a alumnos que sufrieron una expulsión injustificada, entre otros casos relevantes.³⁶

2. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA ARTICULACIÓN DE ESTRATEGIAS LEGALES Y DE INCIDENCIA POLÍTICA

El análisis de las circunstancias históricas que han llevado a un mayor activismo judicial dentro de nuestra región en materia de derechos económicos, sociales y culturales, está en directa relación con la existencia de factores políticos que le otorgaron al Poder Judicial una especial legitimación para ocupar nuevos espacios de decisión, anteriormente restringidos a los demás poderes del Estado. La debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que ha reeditado, con espe-

³⁶ Para examinar casos relevantes en esta temática, pueden consultarse las experiencias de Argentina, República Dominicana, Venezuela, y Nicaragua en la investigación. Zeledón, C. (Ed.) *Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable*. San José C. R., IIDH, 1999.

cial referencia al tema de los derechos sociales, la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas. En cierta medida, el reconocimiento de derechos directamente justiciables limita o restringe el espacio de actuación de los órganos políticos. El análisis de esta cuestión excede el marco conceptual de este trabajo. Sin embargo, entendemos que de ningún modo esta pregunta puede responderse en abstracto, sin atender al contexto social e institucional en el cual la administración de justicia es llamada a intervenir.³⁷ Claro está, sin embargo, que la intervención judicial en estos campos, en aras de preservar su legitimidad, debe estar firmemente asentada sobre un estándar jurídico: la "regla de juicio" sobre cuya base interviene el Poder Judicial no puede ser otra que un criterio de análisis de la medida en cuestión que surja de una norma constitucional o legal; por ejemplo, los estándares de "razonabilidad", "adecuación" o "igualdad", o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas que fijan derechos. Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y —en caso de hallar divergencias— reenviar la cuestión a

37 Ver Courtis, Christian, *Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales* (inédito). El autor señala que la pregunta por la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto, tomando en consideración una o dos variables normativas, como el lugar de los tribunales en una "teoría pura" de la democracia o el origen no electivo de los jueces. La pregunta por la legitimidad requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político y el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan los jueces. En este sentido, el análisis de la legitimidad de la actuación judicial supone la necesaria comparación con el análisis de la legitimidad de la actuación de los demás poderes. Así, sostiene, la importación irreflexiva de la "dificultad contramayoritaria" en América Latina tiene a veces el efecto de legitimar —intencionada o inadvertidamente— normas o prácticas dictadas por gobiernos autoritarios cuya legitimidad electoral era nula. Algo similar cabe afirmar con respecto a las normas emitidas por muchos niveles de la administración pública, cuyos funcionarios no tienen responsabilidad política ni están investidos de legitimidad electoral. Extender la representatividad del presidente o primer ministro, cabeza de la administración, a todo acto de la administración, por delegación, "derrame" o aquiescencia, implica extender la noción de representación mucho más allá de lo permisible.

los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia.

Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas de las cuales depende la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviar la cuestión para que se elabore alguna medida. Esta dimensión del quehacer judicial puede ser conceptualizada como la participación en un "diálogo" entre los distintos poderes del Estado para concretar el programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.³⁸ Sólo en circunstancias excepcionales, cuando la magnitud de la violación o la falta completa de colaboración de los poderes políticos lo ha justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas por adoptar a partir de su propio criterio.³⁹

38 Acerca de la legitimidad de un tribunal constitucional en un Estado social y democrático de Derecho, para actuar en resguardo de las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes, que incluye la garantía de los derechos sociales fundamentales que aseguran la inserción en el proceso político, cfr. Habermas, Jürgen, "Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional", en *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1994, pp. 311 y ss. Señala el autor: "la discusión acerca del activismo o del *self-restraint* del tribunal constitucional no puede efectuarse en abstracto. Si se entiende la constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el que se hace valer la conexión interna de autonomía pública y privada, una jurisprudencia constitucional ofensiva no sólo no resultará perjudicial en los casos en que se trata de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que incluso viene normativamente exigida". Véase *op. cit.*, p. 354. Sobre el rol de los jueces en un Estado constitucional y social de Derecho, puede verse, además, Ferrajoli, L., "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, pp. 23-28. Otros autores han justificado una intervención judicial fuerte para resguardar de las mayorías los derechos de grupos sociales desaventajados; cfr. Fiss, Owen, "Grupos y cláusula de igual protección", en Gargarella, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona, Gedisa, 1999, pp.137-159.

39 Así ha ocurrido en los mencionados litigios de reforma estructural. Resulta útil remarcar, en respuesta a las objeciones apuntadas sobre la incapacidad de la administración de justicia para resolver cuestiones técnicas o sobre las limitaciones del proceso judicial para tratar cuestiones complejas o con múltiples actores, que mu-

Pueden trazarse algunas líneas tentativas para caracterizar situaciones-tipo en las que el Poder Judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas públicas.

El *primer tipo de casos* consiste en aquellas intervenciones judiciales que tienden a juridificar medidas de política pública asumidas por el Estado sin entrar en la valoración de la propia política pública —esto es, a transformar medidas formuladas por el Estado en su marco de discrecionalidad en obligaciones legales y, por tanto, sujetas a sanciones jurídicas en caso de incumplimiento—. En su análisis, el tribunal acepta la medida diseñada por los otros poderes del Estado, pero transforma su carácter de mera decisión discrecional en obligación legal. El Poder Judicial se transforma así en garante de la ejecución de esa medida. En muchos de estos casos, la medida que el Estado ha formulado coincide con la que reclaman los demandantes, sólo que ahora su adopción ha cobrado carácter obligatorio y su ejecución no queda librada solamente a la voluntad del órgano que la formuló. Un ejemplo de estas situaciones es el caso *Viceconte*,⁴⁰ en el cual el Estado argentino había asumido la decisión política de fabricar una vacuna contra una enfermedad endémica y epidémica, y hasta había elaborado un cronograma para su producción, y el tribunal se limitó a transformar el carácter de esa medida, convirtiéndola en una obligación legal —y por

chos analistas han valorizado el rol judicial de avanzar en el diseño de políticas y el cambio de prácticas institucionales ante la poca predisposición de la administración o de las legislaturas a reconocer y modificar sus políticas y acciones ilegales, lo que determina la estricta necesidad de que la cuestión sea abordada y resuelta por un tribunal imparcial e independiente. Véase, por ejemplo, Wayne, William, "Two Faces of Judicial Activism", *George Washington Law Review* 61, entrega 1, 1992.

40 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV, caso *Viceconte*, Mariela c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo, 2 de junio de 1998, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 5 de noviembre de 1998. El caso puede consultarse en la investigación Zeledón, C. (Ed.) Argentina, República Dominicana, Venezuela y Nicaragua, en la investigación *Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable*. San José de C. R., IIDH, 1999.

ende emplazó al Estado en los términos del cronograma, fijando sanciones para el caso de inejecución—.

Corresponde en este punto señalar que la discusión sobre los problemas de legitimación de la judicatura en este tipo de litigios colectivos, o de impacto colectivo, tiene aristas particulares en los casos en que ésta debe decidir exclusivamente acerca del cumplimiento por la administración de obligaciones muy claras establecidas por las leyes o reglamentos en materia social. En estos supuestos, no es el tribunal el que debe fijar comportamientos o políticas, sino que se limita a hacer cumplir, a ejecutar lo establecido en las leyes; por ejemplo, una ley de VIH-sida que fije claramente las prestaciones que deben suministrarse a las personas afectadas o un reglamento del Ministerio de Salud que fije el alcance de la cobertura asistencial en esta materia en todos los hospitales públicos en cumplimiento de un mandato legal. En estos casos no hay discusión acerca de la existencia de una obligación —en sentido jurídico— de brindar la prestación, sino tan sólo se examina el incumplimiento de la administración. Si bien todo acto de interpretación de la ley resulta, en cierta medida, un acto de creación de derecho, la actuación judicial sigue los lineamientos y pautas fijadas por el Congreso, que en la teoría clásica de división de poderes, es expresión de la voluntad política de los intereses mayoritarios.⁴¹ Lo mismo ocurre cuan-

41 En estos casos, la discusión entre derechos justiciables y actuación libre de las instancias políticas está limitada, pues la política actúa previamente a través del Congreso, o en todo caso se autolimita al fijarse obligaciones legales en materia de política social. Acerca de la clásica discusión sobre la tensión entre democracia y derechos, con referencia a los derechos sociales justiciables, puede verse Pisarello, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho", en Carbonell, M., Cruz Parceró J. A. y Vázquez, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp.113-138. También Rivera Ramos, E., "Los derechos y la democracia. ¿Conflicto o complementariedad?", en AA. VV., *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, SELA-Editores Del Puerto, 2001. Para una visión más general del debate suscitado en el Reino Unido con la incorporación del estatuto de derechos humanos, y la consiguiente atribución de nuevos poderes a la justicia en detrimento del parlamento, cfr. Loughlin, M., "Rights, Democracy, and Law", en Campbell, T., Ewing, K. D. y Tomkins, A. (comps.), *Sceptical Essays on Human Rights*. Oxford, 2001, pp. 41-60.

do la justicia es convocada a ejecutar reglamentaciones o actos emanados de la propia administración, de los que se derivan obligaciones jurídicas para ésta. La posible intromisión en áreas o esferas de actuación reservadas a los demás poderes no es una cuestión que pueda plantearse válidamente en estos casos. La justicia se limita a hacer cumplir obligaciones de la administración fijadas por una ley o por la propia administración en ejercicio de sus competencias reglamentarias.

El *segundo tipo de situaciones* está dado por aquellos casos en los cuales el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión. En estos casos, si el tribunal considera que esa política —o un aspecto de esa política— es incompatible con el estándar, reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que ellos la reformulen. Ejemplos de estándares a partir de los cuales los tribunales analizan una política pública son los de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad-no regresividad, transparencia,⁴² etcétera. Así, por ejemplo, en el caso Grootboom,⁴³ la Corte Constitucional entiende que la política de vivienda desarrollada por el gobierno sudafricano resultaba irrazonable al no prever el suministro inmediato de soluciones habitacionales para aquellos sectores de la población con imperiosas necesidades de vivienda. En este caso, el tribunal llegó a la conclusión de que un aspecto de la política era contrario al estándar de

42 Nos referimos a los casos en los que una norma legal impone la obligación de desarrollar procesos de producción de información y consulta —por ejemplo, con los beneficiarios— en la etapa de diseño o evaluación de una política social. Así, en el caso Defensoría del Pueblo de la ciudad v. Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), el criterio para la anulación del proceso de privatización fue precisamente la falta de acceso a la información de los usuarios del sistema. De igual modo, en otros casos, la justicia contencioso-administrativa argentina anuló ajustes de tarifas de servicios públicos por la ausencia de audiencia pública —entendida como oportunidad de consulta a los usuarios— previa a la toma de la decisión.

43 Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *The Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*.

razonabilidad, pero no cuestionó la totalidad de la política. Por lo general, los tribunales reconocen a los demás poderes un amplio margen para diseñar políticas públicas, de modo que no los sustituyen en la elección de los lineamientos que se ajusten a los estándares jurídicos aplicables. Si la actuación de los poderes políticos se ajusta al estándar, el Poder Judicial no entra a analizar si hubiera podido adoptarse alguna política alternativa. El margen de control también depende del estándar: el análisis de "razonabilidad" es menos riguroso que el que podría elaborarse sobre la base de la noción de "medida apropiada" del PIDESC. Un punto que sería importante tener en cuenta es que, en este tipo de casos, la actuación judicial en la etapa de ejecución no consiste en imponer compulsivamente una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente —por ejemplo, la obligación de pagar un monto líquido y exigible— sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo en el curso de la instancia a partir del "diálogo" entre el juez y la autoridad pública. De modo que la sentencia, lejos de constituir la culminación del proceso, opera como un punto de inflexión que modifica el sentido de la actuación jurisdiccional: desde su dictado, es al Estado a quien le corresponde diseñar el modo en que cumplirá las instrucciones del juez, y el tribunal se limitará a controlar la adecuación de las medidas concretas adoptadas con el mandato que ha impartido.

Puede imaginarse un *tercer tipo de situaciones*, en el cual el Poder Judicial se ve forzado a valorar él mismo el tipo de medida que debe adoptarse. Se trata de aquellas situaciones en las cuales, ante la pasividad de los demás poderes frente a la vulneración de un derecho social, el tribunal verifica la existencia de una única medida de política pública adecuada —es decir, la inexistencia de alternativas para satisfacer el derecho en cuestión— y ordena realizarla. Sería ejemplo de ello la situación planteada en el caso *Beviacqua*,⁴⁴ en el cual la preservación de la vida y la salud de un niño con una enfermedad de médula de suma

gravedad sólo admitía la entrega del medicamento específico que los padres no estaban en condiciones de costear. En estos casos, a diferencia de los anteriores, el Poder Judicial es el que asume la elección de la medida que se debe adoptar y, por ende, de la conducta debida.

Puede pensarse, asimismo, en un *cuarto tipo de intervención judicial*, que se limite a declarar que la omisión del Estado es ilegítima sin disponer medida alguna de reparación. Aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tanto en el caso de decisiones judiciales individuales que resulten ejecutables como en el de este párrafo —decisiones judiciales que declaren el incumplimiento de la obligación del Estado en determinada materia, y que eventualmente comuniquen la decisión a los poderes políticos—, las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente a través de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria.

Como puede observarse, las múltiples formas de intervención judicial, que obedecen a distintos niveles o grados de activismo, determinan el potencial de las diversas estrategias de incidencia legal y la posibilidad de establecer articulaciones fructíferas con otras estrategias de incidencia política, tales como el monitoreo de políticas públicas sociales, el cabildeo en las instancias de la administración o en el Parlamento, la negociación, la movilización social y las campañas de opinión pública. Por eso es erróneo pensar las estrategias legales como excluyentes de

44 Corte Suprema de Justicia de la Nación-República Argentina (CSJN), caso Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho, 24 de octubre del 2000.

otras estrategias de incidencia política, o plantear una disyuntiva entre actuar en los tribunales o hacerlo en la esfera pública política. En principio, toda estrategia de reclamo de derechos, en especial en casos que expresan conflictos colectivos o situaciones de intereses individuales homogéneas, tiene un claro sentido político. Además, en el marco de las acciones de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales, una clave de éxito es la posibilidad de articular los diferentes campos, de modo que la resolución del caso legal contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas de Estado o las situaciones sociales que están en la raíz del conflicto. Por lo general, las estrategias legales exitosas resultan ser aquellas que van acompañadas de la movilización y el activismo en el ámbito público de los protagonistas del conflicto real que subyace y sostiene el proceso. En ocasiones, las vías legales vienen a resguardar o a hacer efectivas las "conquistas" obtenidas en el plano político.⁴⁵ En el marco de nuestras débiles democracias, la sanción de leyes por el Congreso por lo general no asegura la efectividad de los derechos reconocidos y, como vimos, en ocasiones es necesario litigar para lograr la implementación y el cumplimiento de esas normas. De este modo, en un sistema institucional con fuertes falencias no son definitivos ni los triunfos judiciales en materia de derechos sociales ni los triunfos políticos, y obtenerlos obliga a utilizar todas las vías de reclamo y acción disponibles.

Uno de los sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o

45 En el caso Asociación Benghalensis, un grupo de organizaciones defensoras de los derechos de los portadores de VIH-sida promovieron una acción de amparo colectivo que fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia argentina. La decisión obligaba al Poder Ejecutivo a dar cumplimiento a la ley de sida, que establecía la obligación de suministro de medicamentos. Esa ley había sido dictada como resultado de una potente campaña de incidencia política en parte impulsada por los mismos grupos y actores que se vieron luego obligados a impulsar la acción judicial para hacerla efectiva. También pueden mencionarse los casos en que organizaciones de mujeres acudieron a los tribunales a exigir la implementación y cumplimiento de la legislación sobre salud reproductiva por la que habían peleado ante el Congreso.

compromisos para el Estado consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa sino como programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se recuerde a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que "comunique" a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. La lógica de este proceso es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos en materia de recursos ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocimiento y reparación de la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar el incumplimiento. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es "puesto en mora" por el Poder Judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, enfrentará ante su propia población la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa.

Hemos visto cómo el margen de actuación del Poder Judicial puede variar considerablemente en relación con las acciones de exigibilidad directa de derechos económicos, sociales y culturales: desde convertir en legal una decisión de política pública ya asumida por el Estado, ejecutar una ley o una norma administrativa que fija obligaciones jurídicas en materia social, fijar un marco en el cual la administración debe diseñar e implementar acciones concretas y monitorear su ejecución, determinar una conducta que se debe seguir o, en ciertos casos, meramente declarar al Estado en mora respecto de una obligación, sin imponer remedio procesal o una medida de ejecución determinada. La

articulación de las acciones legales que puedan conducir a algunos de estos resultados con otras estrategias de incidencia política serán las claves de una estrategia efectiva de exigibilidad. Podría suponerse que la mayor moderación con la que actúe la justicia hará necesario un trabajo político más activo, para lograr que esa decisión judicial pueda traducirse en la satisfacción de los derechos en juego. Sin embargo, no existe ningún factor que obligue a considerar las estrategias legales como opciones excluyentes de las vías políticas.

Es conveniente analizar otros supuestos en los que es posible articular estas dos vías en el trabajo de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales. En ocasiones, la intervención judicial puede buscarse tan sólo para apuntalar otros frentes abiertos para canalizar demandas sobre instancias administrativas u órganos legislativos del Estado. Se trata de estrategias legales complementarias que parten de una perspectiva o *enfoque procedimental*: no se reclama una prestación ni se impugna directamente una política o medida que afecta derechos sociales, sino que se pretenden garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de procesos deliberativos de producción de normas legislativas o actos de la administración. En estas situaciones, las demandas no procuran que la justicia conozca directamente el conflicto colectivo y garantice un derecho social sino tan sólo complementar las demás acciones de incidencia política. Así, por ejemplo, se reclama ante la justicia la apertura de espacios institucionales de diálogo, el establecimiento de sus marcos legales y procedimientos, o la garantía de participación en estos espacios, bajo condiciones igualitarias, de los actores potencialmente afectados. También puede pedirse el acceso a la información pública indispensable para realizar el control previo de las políticas y decisiones que se adopten y revisar la legalidad de las adoptadas, y la producción de datos en este último caso, así como la ejecución y el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por personas u organizaciones sociales en las diversas instancias formales o informales

de intercambio y comunicación con la administración. En algunos países de la región, las organizaciones de usuarios y consumidores han desarrollado con éxito estas vías de acción y han reclamado, por ejemplo, la realización de audiencias públicas antes de la negociación de tarifas de servicios domiciliarios —energía eléctrica, agua o gas— o de los contratos con las empresas concesionarias, pidiendo acceso a la información pública indispensable para hacer valer sus derechos en esos ámbitos y resguardando —en ocasiones con la intervención judicial— el resultado alcanzado tras esos procesos deliberativos. Las organizaciones ambientalistas también han desarrollado estrategias de incidencia judicial tendentes a reclamar espacios de participación y de acceso a la información con anterioridad a que se adoptaran medidas o políticas que implicaban riesgos para el ambiente. Las acciones judiciales de los pueblos indígenas tendentes a lograr mecanismos de consulta y participación en la toma de decisiones concernientes a sus tierras culturales se encuadran también en esta modalidad de estrategias legales. El movimiento de derechos humanos tiene mucho que aprender de estas estrategias. Cuando la administración dispone de espacios de participación cívica para la discusión o el análisis de ciertas medidas o políticas —audiencias públicas en el Parlamento o en órganos administrativos, mecanismos de elaboración participada de normas, presupuesto participativo, consejos de planificación estratégica en las ciudades—, las acciones pueden dirigirse a discutir las condiciones de admisión, así como los procedimientos de debate y diálogo, a fin de garantizar reglas básicas de procedimiento. En estos supuestos, si bien se discute formalmente un *derecho de participación cívica o ciudadana*, los derechos sociales en juego pueden determinar el alcance de esa participación; por ejemplo, al configurar el colectivo afectado o el sector que debería merecer atención prioritaria del Estado y que por lo tanto debería ser escuchado, o al establecer un espacio institucional de participación con anterioridad a que se adopte una decisión de política social ya sea en perjuicio o en provecho de dicho sector o colectivo. Así,

por ejemplo, en el caso de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador contra la empresa petrolera Arco, por la vía de un amparo judicial se logró que se prohibiera a la compañía negociar con comunidades de base su entrada a territorio indígena para realizar actividades de exploración, excluyendo a las legítimas autoridades políticas del pueblo indígena. Este caso, similar a los tradicionales conflictos de encuadre sindical y legitimación de sindicatos en los procesos de negociación colectiva, pretendió resguardar las reglas de un proceso de negociación fijando a los actores legitimados para desarrollarlo.⁴⁶

En ocasiones, la intervención judicial puede requerirse al solo efecto de hacer efectivo un acuerdo alcanzado como fruto de una negociación con el Estado; por ejemplo, un acuerdo de relocalización de un grupo de personas sujeto a un desalojo compulsivo. Si bien en estos casos se trata de ejecutar decisiones asumidas por el Estado, las características de los derechos sociales en juego, como el derecho a la vivienda, van a fijar los márgenes de actuación de la justicia y la interpretación del alcance mismo de las obligaciones que emanan de estos acuerdos.⁴⁷

46 Ver "*Tarimat*", *Firmes en nuestro territorio. FIPSE vs. Arco*, Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2001.

47 En un caso relativo a un acuerdo entre familias desalojadas y el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, se demandó judicialmente el cumplimiento de las obligaciones estatales allí establecidas, que consistían en la construcción de viviendas en un terreno fiscal y la solución transitoria de las necesidades habitacionales del grupo mientras se ejecutaban las obras. En esa acción, que era fundamentalmente de ejecución del convenio, se utilizaron los estándares constitucionales e internacionales sobre derecho a la vivienda para interpretar el alcance de la obligación del gobierno de dar una vivienda temporal bajo determinadas características, lo que fue solicitado como medida cautelar. El juzgado hizo lugar al pedido y ordenó alojar a las familias en hoteles de la ciudad bajo determinados requisitos de habitabilidad. Si bien el acuerdo fue el resultado de la negociación y la presión política sobre el gobierno, el litigio apuntó a hacerlo efectivo y fijar el alcance legal de las obligaciones asumidas por el Estado. Véase Agüero Aurelio Eduvigio y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA), Exp. 4437/0, resolución del 26 de febrero del 2002.

Dentro de las acciones legales que podrían desarrollarse en el marco de estas estrategias legales indirectas o "procedimentales", las que procuran el acceso y la producción de información pública tienen un lugar relevante.⁴⁸ El derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en el área económica y social, al tiempo que contribuye a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado debe disponer los medios necesarios para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la información pública. Específicamente, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado debe producir y poner a disposición de los ciudadanos, como mínimo, información sobre: a) el estado de la situación de las diferentes áreas concernidas, en especial cuando su descripción requiera mediciones expresadas mediante indicadores, y b) el contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas, con expresa mención de sus fundamentos, objetivos, plazos de realización y recursos involucrados. Las acciones de acceso a la información suelen funcionar como vías legales que sostienen el trabajo

48 Al adoptar el PIDESC, el Estado se obliga a un relevamiento de información y formulación de plan, como tiene dicho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En algunas materias —tales como el derecho a la vivienda adecuada— se reconoce expresamente la obligación del Estado de implementar en forma inmediata una vigilancia eficaz de la situación de la vivienda en su jurisdicción, para lo cual debe realizar un relevamiento del problema y de los grupos que se encuentran en situación vulnerable o desventajosa, personas sin hogar y sus familias, personas alojadas inadecuadamente, personas que no tienen acceso a instalaciones básicas, personas que viven en asentamientos ilegales, personas sujetas a desahucios forzados y grupos de bajos ingresos (OG 4, punto 13). Con relación al derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita, aquellos Estados que no la hubieran implementado al momento de la ratificación asumen el compromiso de elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para su implementación progresiva (art. 14, PIDESC). Estas obligaciones de vigilancia, reunión de información y preparación de un plan de acción para la implementación progresiva, son extensibles, como medidas inmediatas, al resto de los derechos consagrados en el Pacto (OG 1, puntos 3 y 4).

de monitoreo de políticas sociales y la documentación de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales.⁴⁹

Lo que caracteriza a estas acciones indirectas o complementarias es que, lejos de ser el centro de la estrategia de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, las vías judiciales sirven para apuntalar el resto de las acciones políticas que se emprenden para canalizar las demandas de derechos en el marco de un conflicto colectivo, ya sea que se trate de reclamos directos a la administración o del desarrollo de vías de negociación o incluso de cabildeo sobre los funcionarios, el Congreso o empresas privadas. Nuevamente, queda claro que no hay opciones excluyentes y que las herramientas legales pueden potenciar el trabajo de incidencia política.

3. EL REPLANTEO DE LA RELACIÓN CON LAS VÍCTIMAS Y GRUPOS AFECTADOS Y LA BÚSQUEDA DE NUEVOS ALIADOS

El trabajo legal de las organizaciones de derechos humanos en la región ha estado tradicionalmente vinculado a la representación de víctimas de violaciones de derechos civiles y políticos. Los crímenes de Estado durante las dictaduras y las prácticas de violencia y abuso de las fuerzas policiales fueron temas recurrentes, que marcaron las modalidades de intervención y la forma de relación con las víctimas. En muchos casos, las mismas organizaciones fueron creadas por víctimas del terrorismo de Estado en la década de los setenta o de la violencia policial durante los períodos de transición democrática, lo que motivó una fuerte identidad entre la agenda política de las organizaciones y los intereses de las víctimas representadas. Es indudable que las acciones

49 Cfr. Abramovich, V. y Courtis, C. "El acceso a la información como derecho", en Duhalde, E. L. (ed.), *Anuario de Derecho a la Información* 1, Buenos Aires, Madrid, 2000, pp. 223-255.

legales de defensa de víctimas de violación de derechos civiles y políticos, en la mayoría de los casos, tienen un fuerte contenido político, conllevan un interés público que trasciende el proceso individual y pueden ser pensadas como segmentos de luchas más amplias y comprensivas, destinadas, por ejemplo, a denunciar y enfrentar regímenes autoritarios, a combatir la impunidad, a averiguar la verdad y a construir memoria social sobre el pasado dictatorial o a democratizar el funcionamiento de las fuerzas de seguridad y reducir la violencia del Estado. En todos los casos legales que se emprenden en este contexto, la narración del conflicto, la descripción de las víctimas, el lenguaje y la estrategia del litigio, suelen alinearse y ajustarse a los objetivos y metas de estrategias políticas más amplias, que trascienden el caso individual, y le dan sentido.⁵⁰

Como traductor de un conflicto de la vida cotidiana en un caso judicial, el abogado es también en cierta medida una suerte de traidor, pues altera los elementos fácticos y emocionales del conflicto real, reemplaza el rostro de las personas involucradas por máscaras o personajes que han de jugar el rol más conveniente para su historia y, por último, narra con su propia voz, silenciando y excluyendo la voz de los verdaderos protagonistas.⁵¹

50 Véase Tushnet, M. V. *Making Civil Rights Law*. Oxford University (Press), 1994.

51 Ver, sobre la exclusión e inclusión del cliente en el sentido de la narración del abogado como traductor del conflicto, Cunningham, Clark D., "A Tale of Two Clients: Thinking About Law as Language", 87 *Michigan Law Review*, 2459-2494 (1989) (reprinted in Alex Hurder et al (eds.), *Clinical Anthology* (1997).; Cunningham, Clark D., "Symposium: The Lawyer as Translator, Representation as Text: Toward an Ethnography of Legal Discourse", 77 *Cornell L. Rev.*, 1298-1387, 1992. Sobre el tema, puede consultarse Courtis, Christian, "La estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del Derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas", en Courtis, Christian, *Lecciones y ensayos*. Buenos Aires, Astrea, 1989, N.º 53, pp. 107-123, especialmente pp. 116 y ss. Sobre la objetivación en la definición del conflicto en el derecho penal y la exclusión de la víctima del proceso, puede consultarse Bovino, Alberto, "Delitos sexuales y feminismo legal: [algunas] mujeres al borde de un ataque de nervios", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1 y 2, pp.133-148, especialmente pp. 140 y ss.

La cuestión tiene especiales connotaciones cuando se trata de narrar conflictos en los que están en juego los derechos de una clase o un colectivo de personas, o en los que el derecho individual invocado expresa el interés homogéneo de todos los miembros de un grupo o sector más o menos determinado. Se trata del tipo de conflicto propio de los litigios de interés público y en general de los casos relativos a la violación de derechos humanos.

El rasgo diferencial de este tipo de litigios es que en ellos la narración del caso —teoría del caso— no siempre reviste un valor instrumental, como medio para obtener una decisión favorable en el proceso. En tanto los procesos judiciales suelen enmarcarse en las luchas sociales de los grupos involucrados, la sentencia no es la única finalidad que se persigue. La teoría del caso, entendida como la representación del conflicto social particular y de sus protagonistas, puede constituir también un fin en sí misma. Por un lado, por ganar el caso, la comunidad representada no está dispuesta a pagar el costo de una visión distorsionada de su propio conflicto ni de ella misma. Por otro, una visión no auténtica del conflicto y de la propia comunidad representada puede traer consecuencias perjudiciales para la lucha social a largo plazo, aun cuando pudiera obtenerse un éxito inmediato en un proceso particular.

El problema tiene rasgos específicos en los conflictos con actores colectivos, grupos o pluralidad de víctimas que son, por lo demás, expresiones típicas de las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales: una comunidad indígena que reclama acceso a la titularidad de sus tierras, una comunidad de un barrio popular que no accede al agua, trabajadores despedidos, un grupo de familias víctimas de un desalojo forzoso. En estos casos, existen problemas de representación social que influyen en la legitimidad de la actuación de las organizaciones de derechos humanos, en los conflictos en los que éstas no son protagonistas directas y su relación con las víctimas está sujeta a las reglas y condiciones de la representación y asistencia legal. El dilema

surge con mayor claridad con relación a las organizaciones de derechos humanos que intervienen en conflictos colectivos o de interés colectivo en materia social, que pueden corresponder al espacio de actuación tradicional de otro tipo de organizaciones sociales. Es indudable que un sindicato está legitimado para actuar en representación de los trabajadores, y que una organización campesina lo está para actuar por sus miembros, y que las organizaciones del movimiento de mujeres pueden actuar y representar apropiadamente los intereses de las mujeres. La inserción de las acciones concretas en la dinámica de procesos más amplios y complejos de lucha por los derechos de los grupos afectados obliga a pensar el marco de diálogo, de relación o en ocasiones de alianzas estratégicas que las organizaciones de derechos humanos habrán de establecer con ellos. Se requiere fijar las bases de un vínculo igualitario con las víctimas y grupos afectados por la violación de derechos económicos, sociales y culturales, asumiendo el desafío de traducir un conflicto social en un caso judicial sin traicionar los rasgos característicos de ese conflicto ni la imagen de sus protagonistas. El dilema puede definirse así: cómo mantener, desde la posición elegida y la identidad institucional de cada organización, una relación adecuada con los grupos o sectores que procuramos acompañar en las acciones de incidencia política o patrocinar y representar legalmente en situaciones concretas, para que las acciones que desarrollamos correspondan a sus verdaderos intereses y conflictos, y sirvan para fortalecer y no para debilitar su organización y el desarrollo de sus luchas sociales.

En nuestra opinión, este dilema particular de la actuación de las organizaciones de derechos humanos en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales obliga a desarrollar una mayor inserción social y una política de alianzas específica, con frecuencia diferente de la tradicional fijada para el trabajo en derechos civiles y políticos, y nos fuerza a profundizar, de cara a los dilemas de la representación de grupos o actores sociales en conflictos colectivos, el análisis de las modalidades y formas habituales de actuación en el plano legal y polí-

tico. En tal sentido, es necesario pensar, en cada caso, cuál es el aporte y el interés estratégico de cada organización en esa alianza y cómo se debe actuar en resguardo de los intereses comprometidos. Resulta importante recordar, a fin de determinar los límites y las potencialidades de las nuevas estrategias de alianza, que las organizaciones de derechos humanos clásicas en nuestra región le dieron prioridad a la defensa de las instituciones democráticas y las libertades civiles y políticas, en especial en los períodos de dictaduras y en los períodos de transición, y en muchos casos relegaron la temática económica y social a problemas de desarrollo o de lucha contra la pobreza, no directamente conceptualizados como problemas de derechos humanos. Por el contrario, otras organizaciones de base y movimientos sociales —tales como las organizaciones de desarrollo, el movimiento campesino, entre otros— concentraron su actuación en lo social, a través de estrategias de concientización, de la educación popular y del fortalecimiento de la organización y la movilización, sin incorporar plenamente el discurso de las instituciones y de los derechos, y con una fuerte desconfianza en las vías legales.

En este sentido, la evaluación de la situación actual permite observar un divorcio entre las estrategias de organización popular y política y las de exigibilidad legal. Muchas organizaciones que trabajan desde un punto de vista técnico legal priorizan el enfoque jurídico de los conflictos sociales en los cuales intervienen, en desmedro de acciones políticas, de organización comunitaria, de capacitación. En ocasiones, no existe una adecuada comprensión acerca de que determinados casos judiciales sólo tienen sentido si se los asume como piezas de los conflictos sociales que los sostienen y trascienden. Por otro lado, algunas organizaciones de desarrollo y organizaciones de base no visualizan en términos de derechos los reclamos sociales que emprenden o sostienen, y no consideran las acciones legales dentro del espectro de vías de acción posibles. En otras palabras, mientras algunos no creen que sus reclamos de justicia pueden ser formulados como reclamos de dere-

chos, al mismo tiempo otros no advierten que en situaciones particulares, muchos reclamos de derechos son sólo el instrumento de un reclamo de justicia, definido por la dinámica de conflictos sociales complejos.

En este contexto, la alianza entre las organizaciones de desarrollo y aquellas que han adquirido una mayor experiencia en el litigio y la implementación de estrategias legales puede aportar miradas complementarias y potenciar la fuerza de los reclamos.

Tradicionalmente, las organizaciones de desarrollo han basado su metodología de trabajo en la promoción de la organización, la capacitación y la participación en ámbitos estatales de los sectores populares, con el propósito de solucionar sus necesidades básicas y superar situaciones de exclusión social y pobreza. El punto de partida ha sido la valoración de las capacidades de los propios grupos. Estas técnicas, dirigidas a apoyar el proceso de organización de los sectores populares, han hecho del protagonismo activo de los grupos su elemento rector fundamental. Es el grupo quien se convierte en sujeto activo de su proceso de desarrollo, rompiendo con las tradicionales formas de relación asistenciales y paternalistas.

De esta manera, el accionar de las organizaciones de desarrollo se ha traducido, por un lado, en el fortalecimiento de la organización de los sectores populares y, por otro, en la promoción de medidas de acción directa, que incluyen la participación activa de los propios afectados.

Paralelamente, la mayoría de estas organizaciones no ha incluido la perspectiva de derechos en su práctica cotidiana y tampoco ha utilizado las vías legales, y en muchos casos las ha considerado contrarias a sus estrategias y objetivos. Las principales razones que suelen invocarse para ello se relacionan con la falta de confianza en las instituciones judiciales, los tiempos y costos que insume la promoción de acciones en el ámbito judicial y un sentimiento de que este tipo de instituciones discrimina a los sectores más pobres. Además, existe la idea tradicio-

nal de que el conflicto puede ser expropiado por aquellos que se encargarán de traducirlo al formular una demanda legal y de que los casos judiciales les dan demasiado poder a los abogados en desmedro de la fortaleza de los actores y movimientos sociales.

Con relación a las organizaciones de derechos humanos que incorporaron la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, muchas han priorizado en su accionar el desarrollo de instrumentos y vías de exigibilidad legal que permiten mejorar el grado de vigencia de los derechos, especialmente a través del litigio de casos ante los tribunales locales y los diversos organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

En suma, se observa, por un lado, la antigüedad y fortaleza de las organizaciones de desarrollo en su relación con los sectores sociales desfavorecidos y una vasta experiencia en la promoción de estrategias políticas y sociales de organización, capacitación y participación y, por otro, del lado de las organizaciones de derechos humanos, una importante acumulación de experiencias de trabajo en el plano legal, tanto en el litigio de causas como en el uso de la perspectiva de derechos en la documentación de violaciones y la elaboración de informes de situación.

La alianza provoca beneficios recíprocos. Las organizaciones de desarrollo asumen la perspectiva legal como un nuevo instrumento que se puede utilizar en el marco de sus estrategias tradicionales de negociación, reclamo e incidencia política, y las organizaciones de derechos humanos amplían su inserción social y la comprensión de las agendas e intereses de los grupos representados; de este modo, mejoran su capacidad de articular las acciones legales y de incidencia política.

En efecto, el abordaje conjunto de conflictos sociales complejos permitirá el logro de mejores resultados, teniendo en cuenta la especificidad y la experiencia de cada tipo de organización en sus respectivos ámbitos de actuación.

También es posible explorar en este campo estrategias provechosas de articulación entre organizaciones de derechos humanos y organizaciones sindicales. El desmantelamiento de la legislación laboral en la región durante la década de 1990, a la luz de los procesos de desregulación del mercado de trabajo y la privatización de la seguridad social, ha llevado a los sindicatos a buscar nuevas herramientas legales y espacios de actuación. En ese sentido, han comenzado a explorar el uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno para reforzar la tutela de los derechos laborales tradicionales, y se han ido acercando gradualmente a los mecanismos internacionales de protección. También han comenzado a utilizar un discurso de derechos humanos en sus reclamos políticos en el plano sindical, laboral y de seguridad social. Existe, por lo tanto, un escenario propicio para fomentar el diálogo y la interacción en el desarrollo de vías legales y políticas de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales.⁵²

52 El programa de derechos económicos, sociales y culturales de la Comisión Colombiana de Juristas ha sido pionero en explorar esta relación, inclusive utilizando de manera alternativa los mecanismos de derechos humanos y de la Organización Mundial del Trabajo (OIT) en conflictos sindicales clásicos. Ver, respecto a la relación entre los mecanismos de la OIT y los de protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, y su posible complementariedad, León Gómez Zuluaga, A. "Mecanismos de protección de derechos derivados de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo", en Comisión Internacional de Juristas, *Seminario sobre derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá, CIJ, 1996. También puede mencionarse como ejemplo de esta articulación el trabajo del Centro de Asesoría Laboral (CEDAL) en el Perú y del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) junto con el Comité de Acción Jurídica de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) en la Argentina. Ver, al respecto, el dictamen que impugna la reducción del salario de empleados públicos y de las jubilaciones a raíz de la denominada ley de déficit cero. Este dictamen, que utiliza argumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para invalidar la ley, fue elaborado por el CELS y por organismos de derechos humanos y presentado como *amicus curiae* en litigios colectivos que habían promovido las organizaciones sindicales. Véase www.cels.org.ar. En cuanto a experiencias de trabajo concretas, puede consultarse el trabajo del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) con relación al conflicto sindical entre la Unión de Trabajadores de la Industria Textil y la empresa textil HRH, que fue planteado ante la OIT. Véase Mejía Guerrero, L. Patricia, "Mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. El caso de Venezuela", en *II Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos, Memoria*. IIDH, San José C. R., 2002.

También existen, en este terreno, ejemplos de alianzas fuertes entre organizaciones de derechos humanos y organizaciones ambientales y de protección de derechos de usuarios y consumidores. Las circunstancias de hecho que pueden determinar violaciones de derechos económicos, sociales y culturales en ocasiones pueden ser abordadas como manifestaciones de conflictos complejos que involucran la afectación de diferentes bienes y derechos. Así, por ejemplo, ciertos problemas vinculados al acceso a la vivienda o a la asistencia sanitaria y a prestaciones de servicios como el de agua potable pueden ser considerados al mismo tiempo como problemas de derechos sociales y también como temáticas ambientales o de afectación de relaciones de consumo o uso de servicios públicos o privados. El derecho ambiental y el derecho de usuarios y consumidores, y en ocasiones los mecanismos procesales diseñados para su protección, pueden convertirse en instrumentos de enorme valor para tutelar derechos económicos, sociales y culturales.

Así, el contexto brasileño aporta interesantísimos ejemplos de cómo la utilización combinada de la legislación de protección del consumidor y de formas procesales de representación de intereses transindividuales ha redundado en la tutela de derechos sociales tales como la salud, la educación y la vivienda. A partir de la legitimación para defender intereses transindividuales, el Ministerio Público ha presentado acciones civiles públicas para proteger a los contratantes adherentes a planes de salud,⁵³ a padres de niños que estudian en escuelas privadas⁵⁴ y a contratantes de planes de vivienda⁵⁵ contra el aumento del pago mensual por sobre los índices de ajuste legalmente autorizados. En la Argentina, organizaciones de derechos humanos y organizaciones de usuarios

53 Véase, además del caso que aquí se comenta, entre muchos otros, Primer Tribunal de Alzada Civil del Estado de São Paulo, apelación civil 785.001-5 del 30 de junio de 1998; Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, apelación civil 46.427.4/0-Guarulhos, del 17 de noviembre de 1998.

54 Véase Supremo Tribunal Federal del Brasil, R. E. 185.360/SP, del 20 de febrero de 1998.

55 Véase Tribunal Superior de Justicia del Brasil, R. Esp. 105.215/DF, cuarta Turma, del 18 de agosto de 1997.

y consumidores se han unido para impugnar conjuntamente, por irregularidades legales, un reciente aumento de tarifas de los servicios públicos de gas y energía eléctrica, realizando acciones de acceso a la información en las que se invocan tanto los derechos de información que se derivan del PIDESC como los derechos de acceso a la información que se deben en la relación de consumo.

En ocasiones, alteraciones graves del ambiente afectan el ejercicio de derechos sociales, como el derecho a la vivienda. La utilización de principios como la protección cautelar en materia ambiental ha servido para reforzar el reclamo y las acciones legales.⁵⁶ También puede mencionarse como ejemplo el impacto de ciertos trastornos ambientales sobre el goce de derechos culturales, tal como ocurre en los conflictos ambientales en territorios ancestrales de los pueblos indígenas. En estas situaciones han existido alianzas efectivas entre organizaciones de derechos humanos y organizaciones ambientales.⁵⁷ En ocasiones, organizaciones de derechos humanos han tomado las prácticas de reclamo y activismo de organizaciones ambientales, incorporándolas a sus propias estrategias.⁵⁸

56 En un caso de contaminación de postes de energía eléctrica por derrame de PCB, que es una sustancia cancerígena, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) articuló su defensa de los pobladores del barrio con una organización ambiental, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), para interpelar a las autoridades del gobierno e impulsar los reclamos de estudios e inspecciones administrativas.

57 Véase *amicus* The Center for International Environmental Law (CIEL)-The center of Human Rights and Environment (CEDHA) sobre el efecto del principio de protección cautelar en materia ambiental, para justificar la realización de estudios previos de impacto ambiental de obras de infraestructura en territorios del pueblo wichi, en la provincia de Salta. El *amicus* fue presentado en un caso en trámite ante la CIDH en el que se discute la violación del derecho a la cultura y a la propiedad comunitaria de las tierras. Original en la página web de CIEL <http://www.ciel.org/Publications/WichiAmiciCuriae2.pdf>; versión en español (traducción extraoficial) en la página de CEDHA <http://www.cedha.org.ar/docs/curiae-2-esp.doc>.

58 En tal sentido, puede estudiarse la campaña del Centro para los Derechos Económicos y Sociales (CDES) del Ecuador contra Texaco y Petroecuador, en defensa de los derechos a la salud y al medio ambiente afectados por las irregularidades de los procesos de explotación petrolera en territorio indígena. Ver *Camino al siglo XXI. Desafíos y estrategias de la comunidad latinoamericana de derechos humanos*. Lima: IDL-WOLA, 1999.

Un campo de acción que se ha mostrado fértil para el trabajo integrado entre organizaciones de derechos humanos, organizaciones de desarrollo y organizaciones sindicales es la utilización de mecanismos de control establecidos por tratados de derechos humanos. En efecto, las acciones promovidas en el marco de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos —presentación de informes alternativos, denuncias ante la CIDH, promoción de causas en el ámbito internacional, presentación de *amicus curiae*, entre otros— suelen ser llevadas adelante por organizaciones de derechos humanos, pero al mismo tiempo brindan la posibilidad de generar un espacio de participación y articulación más amplio, incorporando a las demás organizaciones sociales, que se encuentran más cercanas a las violaciones a los derechos sociales en sus diversos ámbitos temáticos y territoriales de actuación.

Tal vez el ejemplo más claro de este desarrollo pueda verse al analizar la preparación de los informes alternativos ante el Comité DESC y la articulación de estrategias de difusión y presión sobre instancias del Estado para hacer cumplir sus recomendaciones en el plano doméstico. Esta actividad puede servir como un espacio de diálogo común entre organizaciones que trabajan desde distintas perspectivas, y como ocasión propicia para el nacimiento de nuevas coaliciones y movimientos entre grupos previamente desconectados.⁵⁹ El proceso ante el Comité puede constituirse también en una instancia de diálogo con el Estado

59 A modo de ejemplo, podemos citar los casos colombiano y mexicano. La experiencia colombiana de elaboración del informe en el año 2000 significó una combinación acertada de acción educativa, debate público y aporte especializado de los expertos. El principal impacto entre el primer informe alternativo (1995) y el segundo (2001) es que en su elaboración se pasó de ocho expertos a la participación de más de 1.500 personas. En México, el informe alternativo fue elaborado por un grupo central de organizaciones civiles, sus redes y ocho expertos/as; también contribuyeron, de manera indirecta pero importante, muchas otras organizaciones, sobre todo sociales; por ejemplo, la mayoría de las organizaciones civiles de la capital del país que tienen trabajo en otros estados de la República con el sector campesino, indígena, de mujeres, etcétera, tuvieron la tarea de recuperar la información de primera mano. Cfr. Vera Miller, Dante, *Los informes alternativos ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, una guía para la acción*. Serie DESC 2, Coalición del Movimiento Norte Sur 11.11.11, Perú, Centro de Asesoría Laboral del Perú (CEDAL), Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y

sobre sus políticas sociales desde una perspectiva de derechos humanos. En ese diálogo, el acceso a la información pública es una herramienta central durante las etapas de elaboración de los informes alternativos, y suele convertirse en un tema medular en el debate ante el Comité. Por lo general, los informes alternativos comienzan cuestionando las deficiencias de la información brindada por el Estado al Comité, y en algunos casos han servido, además, para identificar verdaderos baches en la producción de información pública relevante para el seguimiento de la política social y la vigencia de los derechos sociales.⁶⁰

Más allá de que los informes tienen naturaleza general, una estrategia exitosa ha consistido en identificar problemas concretos para la discusión con el Estado y con el propósito de motivar un pronunciamiento del Comité sobre puntos específicos, de modo que resulte luego relevante en el ámbito doméstico.⁶¹ Con frecuencia, las observaciones finales son de tal generalidad que resulta difícil identificar el comportamiento que los Estados deben adoptar de conformidad con las disposiciones del Pacto, circunstancia que provoca, además, que aquéllos no las tomen en cuenta seriamente.⁶² En este contexto, la labor de las or-

Desarrollo (PIDHDD), 2002, pp. 91-92. En los procesos de presentación de informes alternativos, así como en las campañas internacionales urgentes vinculadas a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, juegan un papel central las organizaciones internacionales dedicadas específicamente a esta temática, tales como Foodfirst Information Action Network (FIAN), Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), IHC y OXFAM entre otras, del mismo modo que Amnesty International y Human Rights Watch lo hacen con relación a los derechos civiles y políticos.

- 60 En la presentación del informe alternativo sobre la Argentina al Comité DESC en el año 1999, se cuestionó el déficit de información estadística sobre mortalidad materna sobre la base de los inconvenientes de registro y la falta de coordinación entre instancias administrativas federales y provinciales, déficit que se reconocía en el propio informe presentado por la Argentina al Comité.
- 61 En las observaciones finales del Comité sobre la Argentina, en el año 1999 se recomendó la derogación de un artículo de la ley de reforma de la seguridad social por ser contrario al Pacto.
- 62 Por ejemplo, "[e]l Comité llama la atención de las autoridades en la necesidad de eliminar la discriminación de cualquier tipo en el ejercicio de los derechos previstos en el Convenio, especialmente el derecho a la vivienda", UN Doc. E/C.12/1996/6, para. 317. Está claro que si bien consideraciones de este tipo son importantes, formulaciones más sustantivas tendrían mayor impacto.

ganizaciones no gubernamentales ha sido fundamental en impulsar un nivel de precisión mayor en la redacción de las Observaciones Finales, sobre todo a través del suministro de información detallada y minuciosa acerca de algunas problemáticas y del trabajo de incidencia durante el proceso de análisis de los informes periódicos,⁶³ que incluye alcanzar borradores al relator y a los demás miembros del Comité para influir en la opinión que deberán expresar en la sesión privada del Comité en la que se aprueba la observación final. De esta manera, las Observaciones Finales han adquirido un nivel de detalle y análisis comúnmente más asociado con órganos judiciales, lo que redundará en mayores probabilidades de cumplimiento por parte del Estado. Esto es cierto, por ejemplo, respecto del tratamiento dispensado por el Comité al derecho a una vivienda adecuada.⁶⁴ En República Dominicana, por ejemplo, a raíz de la intervención del Comité fueron detenidos los desalojos masivos que habían afectado a más de 200.000 personas. Un decreto presidencial manifiestamente incompatible con las normas del Pacto fue derogado. Familias y comunidades "sin techo" fueron realojadas de conformidad con las recomendaciones del Comité y fueron establecidos nuevos marcos institucionales. Esto demuestra una actitud más receptiva de los Estados Parte, la que a su vez ha resultado de la creciente atención internacional a la situación doméstica de derechos humanos. Asimismo, todo esto demuestra que a pesar de la superficialidad del sistema de informes y otros obstáculos operativos, de la tarea de supervisión del Comité pueden obtenerse resultados tangibles.

63 En el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los informes alternativos de las ONG han preparado el terreno para lo que Craven denomina "sistema de peticiones ad hoc" (Craven, M., *Towards an Unofficial Petition Procedure: A Review on the Role of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, a través del cual el Comité ha comenzado a actuar en respuesta a la información suministrada por las ONG).

64 Ver, al respecto, Steiner, H. y Alston, P., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 316-22, y Leckie, S., *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Towards and Appropriate Approach*. 11 Human Rights Quarterly (HRQ), 4, 1989, pág. 522.