

VI Foro de Equidad Social- Agosto 2004

Banco Interamericano de Desarrollo, SDS, Unidad de Pobreza y Desigualdad

La perspectiva de derechos en los programas sociales.

Augusto Quintana Benavides
Profesor de Derecho Constitucional
y Ciencia Política
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

“Esquivó un carro tirado por una mula; en él iba sentado un viejo negro- ¡Sí! –aulló Dean-. ¡Sí! ¡Le comprendo! Ahora detengámonos y estudiemos su alma. –Y aflojó la marcha para que nos volviéramos y contemplásemos al viejo que protestaba- ¡Sí! ¡Tenéis que comprenderlo! Hay pensamientos en el fondo de esa mente que me gustaría conocer, y daría mi brazo derecho por ello; me gustaría subir al carro con él y averiguar lo que ese pobre diablo piensa de los nabos de este año y del jamón.”
(**Jack Kerouac**¹)

¹ Jack KEROUAC: “**En el camino**” (Editorial Anagrama, Barcelona, 17ª edición, 2003, página 137).

Para avanzar en la delimitación de una perspectiva de los derechos, nos valdremos del examen de algunos programas sociales relevantes que actualmente se implementan en nuestro continente. Nos referimos a los programas “Fome Zero“, en Brasil, “Oportunidades”, en México, y “Chile Solidario”, en Chile. La idea es precisar en qué medida estos programas sociales son expresión de una concesión graciosa de la autoridad de gobierno y cuánto expresión de un deber jurídico.

Esta distinción entre concesión graciosa y perspectiva de derechos, eso sí, no empaña una presupuesto que preside ambos enfoques, esto es, que “la protección social es un imperativo económico y social”² y, como tal, es una tarea impostergable que los Estados de la región deben abordar y la posibilidad de incorporar una perspectiva de derechos, con todo, debe estudiarse a partir del mayor valor en eficacia y eficiencia que su incorporación confiere a las políticas sociales. Sin embargo conviene formular previamente alguna precisiones que ayuden a entender qué entendemos por “perspectiva de derechos”.

En primer lugar, es evidente que todo programa social requiere de un sustento legal, aunque sea mínimo, para ser implementado. Desde ya requerirá invariablemente afirmarse en el principio de legalidad presupuestaria que rige en los países consultados. Sin embargo, consideramos que la mera autorización del Poder Legislativo de un país para invertir fondos públicos en un determinado programa es expresión de un principio de legalidad “débil” que lo diferenciaremos de una legalidad “fuerte”, característica esta última que consideramos estratégica para la implementación de políticas sociales con características “sustentables” en el tiempo.

La circunstancia de que exista una legalidad “débil” supone que el programa en cuestión tendrá una existencia asegurada por el lapso de tiempo que dura la autorización de gasto. Es cierto que, tratándose de programas que tienen un diseño que trasciende un año presupuestario es razonable esperar que la autorización expedida para el primer año, salvo que concurren circunstancias extraordinarias, implica un cierto compromiso de financiamiento para los años siguientes. La fracción de la autorización presupuestaria tiene como mérito el que las autoridades públicas competentes, en forma periódica, conozcan del estado de avance de estos programas con implementación plurianual e introduzcan -aunque rara vez sea así- las correcciones que correspondan conforme a los resultados que se vayan presentando.

Empero, la precariedad o provisionalidad de la aprobación legislativa importa, a nuestro juicio, algunas debilidades que miran tanto al diseño e implementación de los programas como a la naturaleza de los beneficios que se entregan a la población destinataria de los mismos. En efecto, la ausencia de compromiso de financiamiento de largo plazo no permite que se produzca el efecto preventivo de los efectos negativos que las crisis económicas acarrearán especialmente a las personas más pobres y, en especial, un gasto social con juridicidad “débil” en vez de ser anticíclico³ se convierte en procíclico, toda vez que no

² Banco Interamericano de Desarrollo (B.I.D.): “**Protección social para la equidad y el crecimiento. Panorama general**” (Unidad Asesora sobre Pobreza y Desigualdad, Departamento de Desarrollo Sostenible, marzo 2000, página 4).

³ Benjamín DAVIS, Sudhanshu HANDA y Humberto SOTO, en “**Hogares, pobreza y políticas en épocas de crisis. México, 1992-1996**” (Revista de la CEPAL 82, abril 2004), concluyen que “*pese a que fue concebido para estimular la inversión en el desarrollo a largo plazo del capital humano de los más pobres, el programa PROGRESA aplicado en México podría cumplir una función importante de protección social en una crisis*”

tiene una fuente de financiamiento segura debido a las emergentes restricciones fiscales que sobrevienen con una crisis⁴. En este sentido, una juridicidad “fuerte”, en tanto constituya la expresión de una prioridad política, coadyuva al propósito de asegurar las fuentes de financiamiento para los programas sociales, especialmente en épocas de crisis, o al menos de aquellos programas que sean más idóneos para que las personas de más escasos recursos puedan enfrentar adecuadamente los trastornos derivados de las caídas en los ingresos.

Sin embargo, una explicación relativa a la conveniencia de asegurar el financiamiento para la debida implementación de los programas sociales no nos basta para justificar una juridicidad “fuerte”. En este sentido, es pertinente constatar, como bien lo hace Ana Sojo, que *“cuando los valores de justicia y equidad se vinculan con los de eficacia y eficiencia se establecen determinados bienes y servicios como derechos relacionados con esos valores”*⁵. Es interesante este razonamiento pues al vincular el criterio económico con la lógica política, permite que lo que es eficiente y eficaz en materia de política social se traduzca en acuerdos legislativos. Así, la política social deja de percibirse como una acción iluminada de gestores públicos e invade derechamente el terreno de las pretensiones sociales. En buenas cuentas, la labor de aseguramiento frente a riesgos sociales, cuando es objeto de acuerdos políticos, incorpora inevitablemente la perspectiva de los derechos. Y mientras más “fuerte” sea el sentido jurídico de tales acuerdos mayores serán los horizontes de estabilidad de las políticas sociales, en cuanto factor crítico de éxito para las mismas. En fin, consideramos que esta lógica es esencial para asegurar la sustentabilidad de la democracia en América Latina, pues eso es lo que en definitiva está en juego.

El sentido del presente documento, junto con rescatar el valor político de la perspectiva de los derechos en el diseño, implementación, supervisión y evaluación de las políticas sociales, se orienta a recabar una fundamentación ontológica de los llamados “derechos sociales”, en una dirección tal que permita despejar el hábito de desconfianza y ceguera que despiertan, no en mentes y corazones insensibles sino en personas de buena voluntad que alimentan sus juicios merced a la razonable repulsa que provoca una mala literatura de los derechos sociales ha alimentado por décadas un prejuicio en su contra. Es

macroeconómica”. Es más, estos autores aseveran que *“las simulaciones realizadas muestran que si el programa hubiera estado operando en 1996, la brecha de pobreza y la severidad de la pobreza habrían sido inferiores a las registradas ese año”* (página 214). El programa PROGRESA, según veremos más adelante, es el antecedente inmediato del programa OPORTUNIDADES.

⁴ Norman HICKS y Quentin WODON, en **“Protección social para los pobres en América Latina”** (Revista de la CEPAL 73, abril de 2001), plantean que *“en vez de ser anticíclicas, las redes de seguridad son tan procíclicas como otros tipos de gasto público, y en algunos casos pueden ser de hechos más procíclicas”* y que *“lo paradójico es que el propio gasto en protección social no está protegido”* (página 113).

⁵ Ana SOJO: **“Vulnerabilidad social, aseguramiento y diversificación de riesgos en América Latina y el Caribe”** (Revista de la CEPAL N°80, agosto de 2003, página 128).

claro, eso sí, que en estas líneas no lograremos satisfacer la oposición de aquellos que en forma ideológica limitan los derechos humanos a una mera pretensión actual y exigible para hacer efectivo un deber de abstención del poder público.

1 Análisis de programas sociales relevantes en América Latina.

Como anunciáramos, en este documento estudiaremos importantes programas sociales que se encuentran en actual fase de implementación en este subcontinente. La selección de estos programas y países no responde al azar. Se trata de programas que por su masiva cobertura poblacional, el carácter integral de las prestaciones, la incorporación de nuevos criterios de intervención social, la participación de numerosas entidades públicas, la reingeniería del aparato estatal que exigen, la cuantía del presupuesto comprometido y, en fin, por la prioridad política asignada, constituyen una respuesta, quizás a veces desesperada, frente a las enormes expectativas que las personas más humildes de esta región cifran en la democracia y en las autoridades electas. Asimismo, la presencia gravitante de la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos en el desarrollo de América Latina, como asimismo la consideración de un país pequeño como Chile que ha logrado importantes avances institucionales en el último tiempo, dan cuenta de una selección interesante y las lecciones que arrojen sus experiencias permiten a las demás naciones latinoamericanas extraer conclusiones relativamente universales y adaptables a su realidad local.

1.1 México: El caso del Programa de Desarrollo Humano “Oportunidades”.

El Programa “Oportunidades” constituye un vértice fundamental del Programa Nacional de Desarrollo Social (2002-2006)⁶ impulsado por el actual gobierno del Presidente Fox y fue concebido según las cuatro vertientes de la llamada *Estrategia Contigo* que persigue: 1) ampliación de las capacidades; 2) generación de opciones productivas; 3) provisión de protección social, y 4) formación de un patrimonio entre las familias más pobres.

El Programa Oportunidades es un programa social para la superación de la pobreza que consiste, básicamente, en transferencias monetarias condicionadas al cumplimiento de ciertos compromisos, principalmente en materias de educación y salud, y tiene como antecedente inmediato el Programa de Educación, Salud y Alimentación (*Progresá*) implementado a partir del año 1997, del cual conserva sus principales virtudes, adicionándoles algunos componentes adicionales. Inicialmente estaba destinado a los pobres de zonas rurales pero luego se extendió también a las zonas urbanas y semiurbanas.

La pertinencia de este programa se deriva del hecho que, al año 1996, es decir, el año que precede al inicio del Programa Progresá, un 37,1 % de los mexicanos (28,8% de los hogares) se encontraban en la Línea 1 de pobreza, es decir, que sus ingresos no alcanzan para acceder a las necesidades mínimas de alimentación y nutrición; un 45,3% de los mexicanos (36,5% de los hogares) se encontraban en la Línea 2, esto es, que sus ingresos no bastan para satisfacer sus requerimientos de alimentación, salud y educación y, finalmente, un 69,6% de los mexicanos (28,8% de los hogares) se encontraban en la Línea 3, vale decir, que sus ingresos no dan abasto para satisfacer sus necesidades básicas de alimentación, salud, educación, transporte, vivienda y vestimenta⁷.

⁶ Para un cabal conocimiento del Programa Nacional de Desarrollo Social puede consultarse el *Tercer Informe de Labores*, de 1° de septiembre de 2003, de la Secretaría de Desarrollo Social de los Estados Unidos Mexicanos, en www.oportunidades.gob.mx.

⁷ Véase Fernando CORTÉS CÁCERES, Daniel HERNÁNDEZ FRANCO, Enrique HERNÁNDEZ LAOS, Miguel SZÉKELY PARDO y Hadid VERA LLAMAS: “**Evolución y características de la pobreza en México**

Los componentes básicos de este programa, según el documento intitulado “Programa Institucional Oportunidades 2002-2006”⁸, son textualmente los que siguen:

1.- Componente de Educación: Apoyos educativos para facilitar que las niñas, niños y jóvenes cursen la educación básica y media superior; fomentar su matriculación y asistencia regular a la escuela, así como la participación de los padres de familia para incentivar el aprovechamiento escolar y la vinculación con programas y acciones de fortalecimiento de la oferta y mejoramiento de la calidad de los servicios educativos.

2.- Componente de Salud: Atención básica a la salud familiar para fomentar la utilización de los servicios de salud, con la participación activa de las familias y un enfoque preventivo en la provisión de servicios de salud, la educación para el cuidado de la salud, nutrición e higiene; y mediante la vinculación con programas y acciones de fortalecimiento de la oferta y mejoramiento de la calidad de los servicios de salud.

3.- Componente de Alimentación: Apoyos para propiciar la mejora en el consumo alimenticio y el estado nutricional de las familias, privilegiando principalmente a los niños y las niñas, así como a las mujeres al ser ellos quienes enfrentan mayores condiciones de vulnerabilidad asociadas a la maternidad, el parto y la lactancia.

4.- Jóvenes con Oportunidades. Incentivos para que los jóvenes concluyan la educación media superior, en cuya virtud permite a los egresados de ese nivel educativo iniciar su vida adulta en condiciones más equitativas y con mayores opciones para desarrollarse e insertarse en la vida productiva y social del país.

A estos componentes habría que agregar un conjunto de acciones de crecimiento gradual que persiguen: i) dar acceso a los hogares a mecanismos de ahorro, crédito y servicios financieros de acuerdo a sus requerimientos; ii) coordinación con programas de educación de adultos y de auto cuidado de la salud; iii) vinculación con programas productivos, y iv) focalización de programas de mejoramiento de la vivienda.

El Programa Oportunidades, cuya Coordinación Nacional fue creada –como Progresas– mediante un Decreto de la Presidencia de la República el año 1997 y reformado por medio de un nuevo Decreto de la Presidencia, suscrito con fecha 5 de marzo de 2002, no cuenta con un respaldo legal específico distinto del previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en lo que dice relación con la Secretaría de Desarrollo Social. En especial es relevante el Artículo 32 de la misma, en cuya virtud a dicha Secretaría le corresponden diversas funciones relativas al desarrollo social. Vinculada con la anterior se encuentra la Ley de Coordinación Fiscal, en particular lo dispuesto en su Artículo 34, que encomienda a la Secretaría de Desarrollo Social la distribución de aportaciones para la infraestructura social entre los Estados, considerando criterios de extrema pobreza, conforme a las fórmulas y procedimientos que allí se indican.

Sin perjuicio de lo anterior, es relevante destacar la reciente aprobación de la

en la última década del siglo XX” (Secretaría de Desarrollo Social - Comité Técnico para la Medición de la Pobreza, 2002, en www.oportunidades.gob.mx).

⁸ Véase en www.oportunidades.gob.mx.

Ley General de Desarrollo Social⁹ que tiene por objeto, entre otros, “garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asegurando el acceso de toda la población al desarrollo social” y “regular y garantizar la prestación de los bienes y servicios contenidos en los programas sociales” (artículo 1º). Asimismo, el artículo 6º dispone que “son derechos para el desarrollo social la educación, la salud, la alimentación, la vivienda, el disfrute de un medio ambiente sano, el trabajo y la seguridad social y los relativos a la no discriminación en los términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. El artículo 7º prescribe que “toda persona tiene derecho a participar y a beneficiarse de los programas de desarrollo social, de acuerdo con los principios rectores de la Política de Desarrollo Social, en los términos que establezca la normatividad de cada programa”. Por su parte, el artículo 8º declara que “toda persona o grupos social en situación de vulnerabilidad tiene derecho a recibir acciones y apoyos tendientes a disminuir su ventaja”. Es también relevante lo ordenado en el artículo 9º, que a la sazón reza como sigue: “Los municipios, los gobiernos de las entidades federativas y el Poder Ejecutivo Federal, en sus respectivos ámbitos, formularán y aplicarán políticas compensatorias y asistenciales, así como oportunidades de desarrollo productivo e ingreso en beneficio de las personas, familias y grupos sociales en situación de vulnerabilidad, destinando los recursos presupuestales necesarios y estableciendo metas cualificables”.

Más allá de la semántica adopción de una perspectiva de derechos, creemos que esta ley se inscribe en la concepción tradicional de promulgar solemnemente derechos y garantías sin precisar los criterios con arreglo a los cuales tales derechos y garantías serán actualmente exigibles. Es posible que estas declaraciones de derechos sean objeto de acciones judiciales tendientes a asegurar su eficacia concreta. Volveremos sobre este punto más adelante a partir del estudio de una sentencia de la Corte Constitucional sudafricana. En todo caso, la ley en comento posee importantes avances que merecen destacarse a continuación.

- En primer lugar esta nueva normativa regula en forma general todos los procedimientos destinados al diseño, implementación, supervisión, seguimiento y evaluación de las políticas sociales, asignando claras responsabilidades tanto a los agentes públicos involucrados como a los beneficiarios de las mismas.
- Destacamos también que los programas, fondos y recursos destinados al desarrollo social son prioritarios y de interés público, por lo cual serán objeto de seguimiento y evaluación de acuerdo con esta ley; y no podrán sufrir disminuciones en sus montos presupuestales, excepto en los casos y términos que establezca la Cámara de Diputados al aprobar el Presupuesto de Egresos de la Federación.
- El presupuesto federal destinado al gasto fiscal no podrá ser inferior, en términos reales, al del año fiscal anterior y establece normas sobre incremento de los mismos.
- También se dispone que el gasto social per capita no será menor en términos reales al asignado en el año inmediatamente anterior.
- Se crea un Fondo de Contingencia Social, como respuesta a fenómenos económicos y presupuestales imprevistos.
- En relación con la publicidad e información relativa los programas de desarrollo

⁹ Publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de enero de 2004.

- social se aseguran criterios de transparencia y apoliticidad, indispensables para cimentar una política de Estado.
- Se dispone una perspectiva de focalización territorial mediante la consideración de Zonas de Atención Prioritaria.
 - Se establecen normas para el fomento del denominado “Sector Social de la Economía”, en especial la promoción del capital de riesgo.
 - Se fijan normas para la definición y medición de la pobreza.
 - Se regula el “Sistema Nacional de Desarrollo Social” y, en especial, destacamos el carácter compulsivo de los acuerdos de la denominada “Comisión Intersectorial de Desarrollo Social” para las dependencias del Ejecutivo Federal.
 - Se disponen reglas para asegurar la participación social en la planeación, ejecución, evaluación y supervisión de la política social.
 - Se define el rol de una “Contraloría Social” a cargo de los propios beneficiarios.
 - Especial atención nos merecen las disposiciones sobre evaluación de la política de desarrollo social.

Nos parece evidente que muchas de estas normas constituyen serios aportes al desarrollo del Estado Social y, si damos sincera fe de la efectividad de las disposiciones mencionadas, es de esperar que impacte positivamente en el desarrollo de las políticas sociales.

1.2.- El Proyecto “Fome Zero”, en Brasil.

El octubre de 2001 el Instituto Ciudadania, dirigido por el entonces candidato presidencial Luiz Inácio da Silva, formula el denominado “*Projeto Fome Zero – Uma Proposta de Política de Segurança Alimentar para o Brasil*”¹⁰, el cual, al poco asumir la presidencia de la República Federativa del Brasil, se convierte en la principal iniciativa de la política social de esta nación sudamericana, junto con otras iniciativas tales como Cartão-Alimentação. El destinatario de esta propuesta de política pública, según ese documento, son 9,3 millones de familias brasileñas (44 millones de personas) en situación de extrema pobreza que ganaban menos de un dólar norteamericano por día¹¹.

Esta propuesta descansa nominativamente en la perspectiva de asegurar a todos los ciudadanos brasileños el “*derecho básico a una alimentación de calidad*”, en función de una política de “seguridad alimenticia y nutricional” que se define en los siguientes términos: “*Segurança Alimentar e Nutricional é a garantia do direito de todos ao acesso a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente e de modo permanente, com base em práticas alimentares saudáveis e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais e nem o sistema alimentar futuro, devendo se realizar em bases sustentáveis. Todo país deve ser soberano para assegurar sua segurança alimentar, respeitando as características culturais de*

¹⁰ Puede consultarse en www.fomezero.gov.br.

¹¹ Según estadísticas oficiales citadas en el documento, a ese entonces existían 54,4 millones de personas que no poseían renta suficiente para los gastos básicos de alimentación, vestuario, vivienda y salud, de los cuales cerca de la mitad, o sea, 24 millones de personas no tenían renta suficiente siquiera para alimentarse adecuadamente. Por su parte, Claudio SALVADORI DEDECCA y Carolina VERÍSSIMO BARBIERI, en “**Fome Zero e pilotos para a política social**” (véase en www.fomezero.gov.br) estiman en 9,9 millones de familias y 46 millones de habitantes los beneficiarios potenciales del Programa Fome Zero. En este trabajo se contiene un interesante estudio acerca las características de las familias y personas susceptibles de ser incorporadas al programa.

cada povo, manifestadas no ato de se alimentar. É responsabilidade dos Estados Nacionais assegurarem este direito e devem fazê-lo em obrigatória articulação com a sociedade civil, cada parte cumprindo suas atribuições específicas”¹².

Este proyecto consultaba en su formulación original un sistema de cupones de alimentación para las familias, compatible con el criterio de renta mínima¹³, en un horizonte temporal de cuatro años, entendido como un programa complementario, asociado a otros programas como “bolsa-escola”, “bolsa-alimentação”, seguro de desempleo, programas de formación profesional, prevención de la salud y la desnutrición, entre otros, destinado a subsidiar a las familias más pobres hasta un valor que asegure una alimentación adecuada.

El Programa Fome Zero tiene su fundamento legal en la Ley N°10.689, de 13 de junio de 2003, que crea el Programa Nacional de Acceso a la Alimentación –PNAA¹⁴. Esta ley tiene por objeto combatir el hambre y la promoción de la seguridad alimenticia y nutricional, definiendo a la seguridad alimenticia y nutricional como “una garantía de la persona humana al acceso a la alimentación todos los días, en cantidad suficiente y con la calidad necesaria” (artículo 1.1). Sin perjuicio de lo anterior, la misma ley atenúa el rigor de la garantía que introduce cuando, en su artículo 4°, dispone que “la concesión del beneficio del PNAA tiene carácter temporal y no genera un derecho adquirido”. Esta declaración legal en virtud de la cual la concesión del beneficio no constituye un “derecho adquirido”, en cierta forma contradice los supuestos originales del Proyecto Fome Zero, en cuya virtud “*a alimentação de qualidade é um direito inalienable de todo cidadão, sendo dever do estado criar as condições para que a população brasileira possa efectivamente usufruir dele*”¹⁵ El empleo de la expresión “derechos adquiridos”, por una parte, es un contrasentido en tanto adopta una expresión propia del derecho privado extendida a propósito de los conflictos derivados de la aplicación temporal de las leyes y, por la otra, no acierta a comprender, en los términos que se precisarán más adelante en este trabajo, las nuevas concepciones acerca la exigibilidad de los derechos sociales.

Los beneficiarios de la ley son las unidades familiares que posean una renta mensual *per capita* inferior a medio salario mínimo (artículo 2.2).

En lo que dice relación con su implementación, el artículo 2° de la ley dispone que el Poder Ejecutivo definirá: 1) los criterios para la concesión del beneficio, 2) la organización y los ejecutores de catastro de población asociado al programa, 3) el valor del beneficio por unidad familiar, 4) el período de duración del beneficio por unidad familiar, y 5) la forma de control social del programa. En relación con esto último, la ley define la entidad encargada de realizar ese control según sean los niveles nacional¹⁶, estadual o local.

¹² Projeto Fome Zero, ob. cit., página 15.

¹³ Para consultar aspectos de financiamiento del Programa Fome Zero puede consultarse el artículo de José Graciano DA SILVA, Walter BELIK y Maya TAKAGI: “**Para os críticos do Fome Zero**” (en www.fomezero.gov.br).

¹⁴ El texto de la ley puede consultarse en www.fomezero.gov.br. El PNAA comenzó a implementarse con antelación a la entrada en vigencia de esta ley en virtud de la Medida Provisoria N°108, de 27 de febrero de 2003, que crea el Programa Nacional de Acceso a la Alimentación, expedida por el Presidente Lula da Silva.

¹⁵ “Projeto Fome Zero”, ob. cit., página 5.

¹⁶ En el ámbito nacional esta función recae en el Consejo Nacional de Seguridad Alimenticia y Nutricional, CONSEA, CUYO Reglamento de Funcionamiento se contiene en el Decreto N°4.582, de 30 de enero de 2003, suscrito por el Presidente Lula da Silva.

1.1.3.- El Sistema de Protección Social “Chile Solidario”, en Chile.

En forma reciente ha entrado en vigor la Ley N°19,949¹⁷, que establece un Sistema de Protección Social para familias en situación de extrema pobreza denominado “Chile Solidario”. Esta ley consagra con caracteres permanentes un programa presupuestario creado el año 2002 conocido como “Programa Puente”¹⁸ y que, a contar de la entrada en vigencia de esta ley, adquiere nuevas connotaciones, tales como su perdurabilidad en el tiempo, toda vez que el Programa Puente tenía una duración restringida al período presidencial del Presidente Lagos, aproximadamente.

Chile Solidario tiene por objetivo promover la incorporación de las familia y sus integrantes en situación de extrema pobreza a las redes sociales y su acceso a mejores condiciones de vida. Un rasgo relevante de Chile Solidario es la prestación de “apoyo psicosocial” a los beneficiarios, definido como un acompañamiento personalizado por parte de u profesional o técnico, con el objeto de promover el desarrollo de las habilidades personales y familiares necesarias para satisfacer las condiciones mínimas de calidad de vida, que habrá de definirse en un reglamento de la ley (Artículo 4°). Esta ley dispone que también exista una estrategia de intervención destinada a fortalecer la vinculación efectiva de los beneficiarios con las redes sociales y el acceso a los beneficios que están a su disposición. Tanto el apoyo psicosocial como la estrategia de intervención se orientan en la línea de promover el capital humano y el empoderamiento de las personas.

Otros de los beneficios de esta ley es que a las familias ingresadas al sistema de protección social se les asegura el acceso al subsidio familiar, a las pensiones asistenciales y al subsidio de agua potable y alcantarillado. Asimismo, los beneficiarios de Chile Solidario tendrán acceso preferente a otras acciones o prestaciones que se implementen o coordinen a través de este sistema de protección social¹⁹.

La ley dispone la existencia de un sistema permanente en virtud del cual se incorporarán las familias al sistema, cuya cobertura máxima al año 2004 será de 166 mi familias a las cuales se agregarán 59.073 familias el año 2005. A partir del año 2006, la cobertura se fijará mediante decreto conjunto expedido por el Ministerio de Planificación y Cooperación y el Ministerio de Hacienda. La exactitud de las cifras antes mencionadas obedece al catastro de las familias que conforme a la encuesta CASEN realizada el año 2000 vivían en condiciones de extrema pobreza.

Es importante destacar la importancia que cobra para el desarrollo del sistema de protección social la creación, mediante esta ley, de un Registro de Información Social que contendrá los datos de las familias y los individuos que actual o potencialmente sean beneficiarios de prestaciones y programas públicos, en el cual se incorporarán los beneficios que obtengan y sus condiciones socioeconómicas. Creemos que este registro será una herramienta clave para la racionalización de las políticas sociales en Chile y, a no dudar,

¹⁷ Publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de junio de 2004.

¹⁸ Este programa fue concebido a la luz de un documento intitulado “**Estrategia de intervención integral a favor de las familias en extrema pobreza**” (Ministerio de Planificación y Cooperación, enero de 2002).

¹⁹ En este punto, la Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2004 asegura directamente o dispone que se suscriban convenios entre organismos del sector público destinados a asegurar el acceso a programas de salud, educacionales y de vivienda, preferentemente.

potenciará a todos organismos públicos involucrados en labores de desarrollo social, sea que pertenezcan a la Administración central y los municipalidades del país.

1.1.4.- Breve comparación entre los tres programas o sistemas.

Los tres programas o sistemas tienen en común la focalización de beneficiarios entre la población en situación de extrema pobreza, con la salvedad que Chile Solidario no agota su impulso en las 225 mil familias que a la fecha de inicio del programa se encontraban en esa condición sino que contempla un mecanismo permanente de ingreso en tanto nuevas familias caigan bajo los niveles de pobreza.

El Programa Fome Zero, en adelante PFZ, combina las características de un programa universal de garantía del derecho humano a la alimentación con la focalización geográfica y de beneficiarios. Lo distintivo de este programa, a diferencia del Programa Oportunidades en México²⁰ y del Sistema de Protección Social “Chile Solidario” es la circunstancia de plantearse, al menos desde una perspectiva semántica, una perspectiva de derechos.

Tanto el Programa Oportunidades como el Programa Fome Zero adoptan el criterio de focalización geográfica, el cual no es empleado en el Sistema de Protección Social “Chile Solidario”.

Los tres programas contienen transferencias monetarias por un lapso de tiempo determinado. Sin embargo, sólo en el Programa Oportunidades y Chile Solidario tales transferencias se encuentran expresamente condicionadas. En el caso especial de Chile Solidario las transferencias son de naturaleza provisional, pues sólo aplica a las primeras 225 mil familias que se incorporen al sistema, y a la par, es de monto decreciente en el tiempo.

Tanto el Programa Fome Zero como Chile Solidario cuentan con una base legal adicional a la prevista en las leyes anuales de presupuestos. El sustrato legal de Chile Solidario tiene como mérito adicional la circunstancia que le permite proyectarse en el tiempo, cualquiera sea el gobierno de turno, en tanto la ley que lo crea supone un consenso político que involucra al 100% de los partidos políticos con representación parlamentaria en el país.

Por último, nos permitimos destacar que Chile Solidario contiene los gérmenes de un verdadero sistema de protección social, en la línea de una profunda reforma al Estado social, que le permitirá, en el futuro, plantearse nuevos desafíos de la política social una vez que, como se espera, los índices de extrema pobreza descendan a niveles próximos a los de los países desarrollados. México, por su parte, también avanza nos parece hacia la misma dirección, aunque no a través del Programa Oportunidades sino con el mérito de la nueva Ley General de Desarrollo Social.

²⁰ Para una comparación entre el Programa Fome Zero y el Programa Oportunidades puede consultarse el artículo de Walter BELIK y Mauro DEL GROSSI: “**O Programa Fome Zero no contexto das políticas sociais no Brasil**” (en www.fomezero.gov.br).

2. Los derechos sociales en serio²¹.

Es imposible plantearse en serio una “perspectiva de derechos” si no abordamos y nos pronunciamos acerca de si los denominados derechos sociales son “derechos” justiciables en sentido estricto y si debe reconocérseles exigibilidad compulsiva.

Este debate no es nuevo ni está superado. Pero ello no nos inhibe a plantear un estado de la cuestión, aunque sea somero.

2.1. Estado de la cuestión²².

En la literatura jurídica el tema de los derechos sociales no es uno de los tópicos preferidos. En general, los juristas de peso, con relevantes excepciones, optan generalmente por ignorarlo, no como una toma de posición en la materia sino, así lo creemos, para obviar las enormes dificultades que entraña.

Entre los detractores de los derechos sociales como expresión jurídica predomina la creencia que los derechos sociales no son derechos en sentido estricto porque supone una prestación de servicios o transferencias monetarias que no son actualmente exigibles al Estado ni a los particulares²³. La imposibilidad de desarrollar el elemento “exigibilidad” y con el agregado que ésta sea actual impiden a este segmento de la doctrina afirmar una naturaleza jurídica. Los derechos sociales, en buenas palabras, a lo más serían categorías morales o expresión de buenas intenciones. O, incluso, de mala intenciones en tanto den pie al atropello de la libertad y la propiedad ajenas. Esta postura es esencialmente conservadora y se funda en teorías contractualistas -como la de Locke²⁴- que buscan restringir los fines del Estado a pocos y contados bienes jurídicos. En este punto, eso sí, amerita que seamos justos en nuestras aproximaciones, puesto que no parece del todo convincente que dicho autor haya pretendido restringir el catálogo de derechos a tutelar en forma caprichosa, puesto que históricamente (la Inglaterra de fines del siglo XVII) son los bienes jurídicos que se consideraban indispensables para que las personas desarrollen sus proyectos de vida. En este sentido, es válido preguntarse por el catálogo de derechos que Locke consideraría

²¹ La expresión “derechos en serio” corresponde a la acuñada por el profesor Ronald Dworkin y, en el terreno de los derechos sociales, sugiere la embestida que numerosos autores formulan a favor de su plena exigibilidad. Pienso, por ejemplo, en Philip HARVEY, en “**Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**” (33 Columbia Human Rights Law Review 363, 2002).

²² Para una buena síntesis del debate actual sobre los derechos sociales se puede consultar el artículo de Miguel F. CANESSA MONTEJO denominado “**Los derechos sociales en el marco de los derechos humanos**” (véase en www.cajpe.org.pe).

²³ Puede consultarse una columna de opinión de David KELLEY (“**Derechos sociales en decadencia**”, en www.elcato.org), quien afirma que los “derechos sociales” son derechos sobre bienes y no una simple libertad de acción, reflejan que el Estado es dueño de la gente que trabaja y produce riqueza y que son reclamos ejecutables sobre la propiedad de otros. Finalmente, corrobora que la Corte Suprema norteamericana todavía no ha reconocido como derecho constitucional a los llamados derechos sociales.

²⁴ John LOCKE, en el Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil, postula que “*el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades, algo que en el estado de naturaleza es muy difícil de conseguir*” (“**Dos ensayos sobre el gobierno civil**”, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1991, página 293). Calificamos como “conservadora” esta propuesta en tanto el énfasis que destaca es la preservación de un estado o condición; empero, es leal admitir que al indicar que la preservación de las propiedades es el fin “principal”, existiría un apertura a la existencia de fines adicionales, aunque accesorios. Otra posible flexibilidad devendría de la definición de “propiedades”, las cuales según su autor incluye las vidas, libertades y haciendas de las personas.

indispensable para el bienestar de las personas en nuestros días y si, teniendo a la vista la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las constituciones contemporáneas, retraería ese autor la mirada a un remoto y ficticio estado de naturaleza para fundar la protección de los derechos fundamentales, o, como lo hace la moderna doctrina constitucional, sentaría su sistema de derechos en base a una lógica convencional concreta y próxima el tiempo.

En la vereda del frente se encuentra la postura que los derechos sociales son auténticos derechos, pero el fundamento de su juridicidad obedece a razones diversas o, mejor dicho, corresponden a ideas distintas de lo que constituye el fenómeno jurídico. En términos muy generales, en una trinchera se encuentran la escuela positivista que aboga por una juridicidad entendida como expresión de normatividad y, por la otra, la variante *ius naturalista* que prescinde de tal elemento y afirma la juridicidad a partir de elementos antropológicos, tales como la naturaleza o la dignidad del ser humano.

En América Latina, empapada de un triunfalismo positivista, ha predominado una cierta creencia “mágica” en cuya virtud los derechos sociales son tales en tanto tengan reconocimiento normativo. Esta tendencia principia con la Constitución mexicana de 1917 que inaugura el moderno “constitucionalismo social” y que ha influido considerablemente en el desarrollo jurídico de la mayor parte de este continente, aunque ello no se haya traducido necesariamente en una protección efectiva de las personas de escasos recursos frente a las contingencias sociales, ya que en América Latina, más allá de rimbombantes declaraciones de derechos en textos constitucionales, nunca ha existido un auténtico sistema de protección social y, aparentemente, no se ha prescrito un sistema efectivo y accesible de acciones constitucionales que favorezcan la tutela judicial de los derechos sociales.

Sin embargo, con el auge del pensamiento neo-liberal durante la década de los ochenta del siglo pasado, se remecieron fuertemente las estructuras lógicas de esta forma de entender los derechos sociales. Así, se abrió cauce a la idea de abandonar toda faceta jurídica en la lucha contra la pobreza, fundada en la absoluta preeminencia en este dominio de los factores económicos sobre los jurídicos. Sin embargo, con el auge (y declinación, quizás) del neo-liberalismo, también se ha desarrollado una segunda perspectiva en las ciencias jurídicas, con la cual nos sentimos más próximos, cual es la de entender que el fenómeno de los derechos sociales, a contrapelo del romanticismo político, debe estudiarse a partir de una lógica deóntica y, a partir de ella, plantearse seriamente qué obligaciones jurídicas surgen de la atribución a los sujetos de derechos sociales concretos y cuál es la fórmula específica para asegurar su eficacia en el orden jurídico. En esta línea de reflexión, los derechos sociales dejan de ser normas programáticas cuando han sido reconocidos en los ordenamientos positivos de los Estados, o, en caso contrario, en meras pretensiones de legislaciones futuras cuando su reconocimiento sólo obra en declaraciones de derechos contenidas en tratados o acuerdos internacionales. En este punto recogemos la opinión de Norberto Bobbio: *“Una cosa es un derecho, otra una promesa de un derecho futuro. Una cosa es un derecho actual, otra un derecho en potencia. Una cosa es tener un derecho que es, en cuanto reconocido y protegido, otra tener un derecho que debe ser, pero que por ser, o bien por el paso del deber ser al ser, tiene necesidad de transformarse en el objeto de discusión de una asamblea de expertos y en objeto de decisión de un órgano legislativo*

*dotado de poder coactivo.”*²⁵

Acontece, eso sí, que los derechos sociales, o la mayoría de ellos, contando muchas veces con especificación normativa en los distintos países de esta región americana, no constituyen un sistema de derechos en sentido fuerte y necesitan la adopción de mecanismos reales de atribución a favor de sus aparentes titulares. Importa, por tanto, dilucidar de qué modo los llamados “derechos sociales” son jurídicamente exigibles²⁶.

2.2 El fenómeno de la positivización de los derechos sociales.

Más allá del debate entre positivistas e *jus* naturalistas, es incuestionable que, desde la Segunda Guerra Mundial, con la aprobación, ratificación y entrada en vigencia de numerosos tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos y merced al creciente reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones estatales, fenómeno que se conoce como “positivización de los derechos”, se han abierto nuevos horizontes de expectativas –junto con no despreciables umbrales de frustraciones– para los habitantes del orbe. Este proceso de positivización de derechos sociales, además de representar la calidad de vida contingente a la que aspira una comunidad histórica, refleja el sentido que ésta imbuye a sus acciones y la idea de progreso moral a la cual adhiere²⁷.

Sin embargo, este proceso de positivización de los derechos sociales se ha desarrollado en forma distinta, como era de esperar, según se trate de países con tradición jurídica europea-continental o de influencia anglosajona. Esta distinción, en alguna época muy marcada y relevante, en nuestros días es crecientemente más tenue porque por una parte en los países de tradición jurídica romana se han instituido modalidades de tutela judicial efectiva a favor de los derechos humanos y, por la otra, no es de descartar que, siendo remota la posibilidad de incorporar los derechos sociales en la Constitución federal norteamericana²⁸, existe una tendencia relativamente consistente a incorporar los derechos sociales en la jurisprudencia de las Cortes de los Estados Unidos de América, generalmente asociadas a las garantías del “*due process of law*” o de la “*equal protection of the law*”²⁹.

A mayor abundamiento, en los países de tradición jurídica romanística, dentro de los

²⁵ Norberto BOBBIO: “**Derechos del hombre y sociedad**” (en “El tiempo de los derechos”, Editorial Sistema, Madrid, 1991, página. 127).

²⁶ Un macizo desarrollo de la exigibilidad de los derechos sociales se contiene en Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS: “**Estrategias de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales**” (en www.cajpe.org.pe).

²⁷ Un sector importante de la literatura especializada, dando cuenta de la demanda política por niveles superiores de justicia social, agota su análisis acerca la incorporación de los derechos sociales en los respectivos ordenamientos jurídicos sin incorporar adicionalmente su naturaleza justiciable ni criterios o elementos de exigibilidad. Así se abordan los derechos sociales, por ejemplo, en Antonio E. PÉREZ LUÑO: “**Los derechos fundamentales**” (Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 7ª edición, 1998).

²⁸ Véase, por ejemplo, Herman SCHWARTZ: “**Recent development: do economic and social rights belong in a Constitution?**” (10 The American University Journal of International Law & Policy, 1233, summer 1995).

²⁹ Una brillante exposición de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana se contempla en la clásica obra del profesor Laurence H. TRIBE: “**American Constitutional Law**” (The Foundation Press, Inc., New York, 2nd. edition, 1988, 4th. Reprint, 1995). También pueden consultarse los artículos de Henry J. STEINER: “**Social rights and economic development: converging discourses?**” (en 4 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 25) y de Gay GELLHORN: “**Justice Thurgood Marshall’s jurisprudence of equal protection of the laws and the poor**” (26 Arizona State Law Journal 429, summer 1994).

cuales se asientan por regla general los países latinoamericanos, este proceso de reconocimiento normativo tiene su origen tanto en la recepción –en el orden interno- de los tratados internacionales sobre derechos humanos como en la producción normativa propia de cada uno de los Estados. Entre los tratados internacionales de naturaleza general más relevantes se encuentran las Cartas Europeas y Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, que exhiben en el orden de las naciones esta preocupación por el reconocimiento de esta categoría de derechos. Por su parte, Constituciones como la mexicana de 1917, las francesas de 1946 y 1958³⁰, la española de 1978 y la brasileña de 1988 son hitos relevantes en el proceso de reconocimiento de derechos sociales. Por su parte, en otras constituciones de importantes naciones europeas que no contienen un lato desarrollo de derechos sociales, la jurisprudencia constitucional de esos países ha elaborado doctrinas que han suplido este vacío a partir de formulaciones de principios o de conceptos jurídicos indeterminados recogidas en ellas³¹.

Sin embargo, no basta con sostener el principio normativo de los derechos sociales, es preciso adicionalmente invocar su naturaleza de justiciable y su exigibilidad en sede judicial. En esta línea, el presente artículo, junto con defender la pertinencia de una perspectiva de derechos en el diseño e implementación de las políticas sociales, se orienta a escrutar caminos razonables para hacer de los derechos sociales auténticos derechos. Para estos efectos revisaremos una sentencia expedida en el año 2000 por la Corte Constitucional de la República de Sudáfrica, a propósito del derecho de acceso a una vivienda digna, y que, a no dudar, recoge una línea dogmática que sienta una jurisprudencia adaptable a las distintas realidades sociales.

2.3 Sentencia recaída en “Gobierno de la República de Sudáfrica y otros contra Irene Grootboom y otros”³².

La Corte Constitucional de Sudáfrica, mediante su sentencia de fecha 4 de octubre de 2000, redactada por el magistrado J. Yacoob, resolvió el recurso interpuesto por el Gobierno de la República de Sudáfrica, el Premier de la Provincia de Cape Western, el Consejo de Metropolitan Cape y la Municipalidad de Oostenberg contra una sentencia anterior de la High Court de Cape of Good Hope.

Para una mayor claridad de lo resuelto haremos una breve síntesis de la situación de hecho y, luego, desarrollaremos el razonamiento jurisprudencial.

³⁰ El Consejo Constitucional francés, mediante su Decisión N°71-44 DC, de 16 de julio de 1971, considerada una de las sentencias más relevantes de este tribunal, le confirió valor normativo al Preámbulo de la Constitución vigente de esa nación europea, el cual hace referencia al Preámbulo de la Constitución precedente que contiene las bases del Estado social, en los siguientes términos: “2. *Considérant qu’au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmes par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d’association; ...*”. Entre los fundamentos de esta sentencia se contienen la Constitución y “*notamment*” su Preámbulo. Véase la sentencia citada en www.conseil-constitutionnel.fr/decision.

³¹ En Italia, por ejemplo, la Corte Constitucional ha desarrollado la tesis de las “sentencias aditivas” y, en Alemania, la jurisprudencia constitucional ha derivado los derechos sociales a partir de la expresión “Estado social de Derecho” recogida en la Ley Fundamental de Bonn, distinguiendo entre derechos de participación originarios y derivados. Véase Encarnación CARMONA CUENCA: “**El Estado social de derecho en la Constitución**” (Consejo Económico y Social, Madrid, 2000).

³² Léase en www.concourt.gov.za/cases.

Los hechos.

La familia de Irene Grootboom, junto con otras familias de extrema pobreza de la provincia de Cape Western, abandonaron el populoso campamento de Wallacedene y ocuparon ilegalmente un terreno particular. Luego de un fallido intento de mediación y merced a una orden judicial, fueron violentamente desalojados de allí el día 8 de diciembre de 1998, perdiendo en esa acción parte importante de sus enseres, luego que los bulldozers arrasaran con las precarias viviendas que habían levantado en el lugar. Dichas familias, en la emergencia, tuvieron que albergarse en un recinto deportivo de la Municipalidad de Oostenberg, en condiciones aún más provisionales. Los ocupantes solicitaron a la Municipalidad del lugar que asumiera sus obligaciones constitucionales y les proveyera de una acomodación temporal. Al no obtener una respuesta satisfactoria, con la debida asistencia jurídica, dedujeron con fecha 31 de mayo de 1999 una acción urgente ante la High Court de Cape of Good Hope. En definitiva, este órgano jurisdiccional accedió a lo solicitado por los ocupantes y contra esa sentencia cuatro entidades estatales sudafricanas apelaron para ante la Corte Constitucional.

La sentencia de la Corte Constitucional.

No siendo ésta la oportunidad para profundizar sobre todos los detalles que convierten a esta sentencia en un hito en la exigibilidad de los derechos sociales³³, nos remitiremos a reproducir aquellos aspectos más relevantes que dan cuenta de la exigibilidad de los derechos sociales y los principios que obran en la materia.

Comencemos señalando que la Corte Constitucional sudafricana, al acoger parte importante de los argumentos vertidos por la Comisión de Derechos Humanos de ese país y de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desarrolla una pauta para hacer exigible las normas internacionales y constitucionales pertinentes, en particular lo dispuesto en los Artículos 2.1³⁴ y 11.1³⁵ del

³³ La trascendencia que ha cobrado esta sentencia se refleja en las palabras del profesor de la Universidad de Chicago, Cass R. SUNSTEIN, quien en “**Designing democracy. What Constitutions do**” (Oxford University Press, New York, 2001), luego de calificar esta sentencia como “extraordinaria”, sostiene su importancia histórica con las siguientes palabras: “*In that decision, the Court set out a novel and exceedingly promising approach to judicial protection of socioeconomic rights. This approach requires close attention to the human interests at stake, and sensible priority-setting, but without mandating protection for each person whose socioeconomic needs are at risk. The virtue of the Court’s approach is that it is respectful of democratic prerogatives and of the limited nature of public resources, while also requiring special deliberative attention to those whose minimal needs are not being met.*” (página 221). Otro autor, Bob HEMPLE, en “**Work, empowerment and equality**”, comentando esta sentencia afirma lo que sigue: “*This judgement has great significance for the enforcement of other social rights such as rights to work, to education, to health services and social security. It suggests that the state can be compelled to act “reasonably” in giving effect to fundamental social rights, within the constraints of available resources and the progressive realization of these rights. “Reasonableness” or rationality, requires account to be taken of human dignity, where people are in intolerable or crisis situations.*” (léase en <http://www.ilo.org/public>). En la misma República de Sudáfrica su importancia se recoge en varios artículos publicados por la South African Journal on Human Rights, Vol 17 Part 2, 2001. Véase en <http://wwwserver.law.wits.ac.za/sajhr>.

³⁴ “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*”

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los Artículos 26³⁶ y 28.1³⁷ de la Constitución sudafricana. Si bien la Corte Constitucional, en lo formal, acoge parcialmente el recurso de apelación deducido por las agencias públicas, conserva en lo sustancial la lógica desplegada por la High Court de la provincia de Cabo de Buena Esperanza y procura una solución razonable para Irene Grootboom y las demás personas que carecían de vivienda donde guarecerse.

El punto de partida de la Corte Constitucional es que los derechos sociales son normas jurídicas y, en cuanto tales, son justiciables³⁸; de modo que la pregunta que pretende responder, en su sentencia, se reduce a cómo hacerlos exigibles. Para estos efectos desarrolla una hermenéutica, según sus propias palabras, basada en el elemento literal de las normas y en el contexto social e histórico que rige el proceso productivo de dichas normas, como asimismo en una visión sistemática de la ley constitucional y concibiendo al derecho internacional como una herramienta para interpretar la Declaración de Derechos de esa nación africana.

A este respecto, asumiendo que Irene Grootboom y las demás personas que solicitaron asilo judicial eran titulares del “derecho a tener acceso a una vivienda adecuada”,³⁹ la Corte Constitucional orientó su análisis lógico en torno a discernir el contenido de la obligación actual y correlativa de las agencias públicas de esa nación. Para estos efectos, el magistrado J. YACOOB desarrolla extensa y coherentemente -a lo largo de su sentencia- los principios de “progresividad” y “razonabilidad”,⁴⁰ con arreglo a los cuales ordenará satisfacer la pretensión de las personas menesterosas. Estos principios se contienen explícitamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Constitución sudafricana y es mérito del sentenciador haber sabido ponderarlos en el caso *sub lite* de una manera prudente y, a la vez, vigorosa. Cobra sentido en este punto la

³⁵ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua en las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

³⁶ “(1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.”

³⁷ “(1) Every child has the right (c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services.”

³⁸ La idea de justiciabilidad de los derechos sociales frente al Estado derriba, a nuestro juicio, las doctrinas que propician un “Estado mínimo”, como las sugeridas por Robert T. NOZICK en “**Anarquía, Estado y utopía**” (Fondo de Cultura económica, S.A.de C.V., México, 1988).

³⁹ La Constitución sudafricana emplea la expresión “*right to have access to adequate housing*” que, en estricto sentido, posee un contenido material y una riqueza conceptual más amplia que la del “derecho a una vivienda adecuada”, toda vez que la voz inglesa “*housing*” enuncia un contenido que no se restringe a la idea de un espacio cerrado (vivienda), pues, además del entorno material, propio de la vivienda y de la tierra en la cual está asentada, incorpora la noción de relaciones humanas o familiares, indiciarias de la idea de “hogar”. Sin perjuicio de lo anterior, para los efectos de este artículo, que incide en una pretensión a una prestación material por parte de las autoridades públicas, emplearemos la expresión “*derecho a tener acceso a una vivienda adecuada*”.

⁴⁰ En un artículo escrito hace unos años, antes de la expedición de la sentencia que ahora comentamos, sostuvimos la tesis de la exigibilidad actual de los derechos sociales pende, como *ultima ratio*, de la acción progresiva y razonable de las autoridades públicas. Véase Augusto QUINTANA BENAVIDES: “**La garantía constitucional de una justa retribución y la garantía legal de un ingreso mínimo en el orden público laboral chileno**” (en revista “*Persona y Sociedad*”, Volumen XIV N°3, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, diciembre de 2000, páginas 119 y siguientes).

máxima de Norberto BOBBIO: “*El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos*”⁴¹.

Principio de razonabilidad.

La Corte Constitucional se pregunta si las medidas adoptadas por las autoridades públicas sudafricanas, para realizar el derecho conferido en el Artículo 26 de la Constitución, pueden ser calificadas de razonables. Esta disposición del juzgador contrasta con su inhibición para pronunciarse sobre cuál sería el núcleo (“*minimum core obligation*”) del derecho a la vivienda adecuada, esgrimiendo para ello que carece de la suficiente información de campo para formarse un juicio circunstanciado y comparativo de lo que dicho núcleo comprende. Esta inhibición, eso sí, reposa en la afirmación implícita de que sí existe o podría existir tal núcleo. Sin embargo, nada le impide formarse en esta ocasión un juicio acerca la razonabilidad de las medidas adoptadas a la fecha por las autoridades sudafricanas para paliar el problema habitacional de ese país y, en particular, para satisfacer las carencias más angustiosas y urgentes.

Para definir si estamos en presencia de medidas razonables tendientes a asegurar el derecho a la vivienda adecuada, para el juez YACOOB es necesario que el Estado despliegue una plan integral y realizable para asumir sus obligaciones con arreglo a los tres elementos que la misma norma constitucional le precisa, a saber: i) que la acción estatal se traduzca en la sanción de leyes y otras medidas razonables (“*take reasonable legislative and other measures*”); ii) que tales medidas estén orientadas a la realización progresiva de los derechos (“*to achieve the progressive realisation*”) y, iii) sean adoptadas conforme a los recursos disponibles (“*within available resources*”). Esta última consideración reposa en la idea de “eficiencia”, esto es, en la mejor ordenación de los recursos humanos y materiales para satisfacer un bien público.

Detrás de este principio de razonabilidad subyace el presupuesto de que los destinatarios de las obligaciones jurídicas son personas o, como en este caso, autoridades razonables, es decir, que procuran cumplirlas de buena fe y de la manera más acuciosa posible, según sean los recursos humanos y materiales que se encuentren a su disposición. Esta lógica la desarrolla magistralmente el maestro BOBBIO cuando dice, a propósito de la obligación internacional de los Estados de cumplir lo dispuesto en los tratados sobre derechos humanos, que una de las condiciones que precisa una directiva internacional para que se cumpla es que “*aquel a quien se dirige debe ser muy razonable, es decir, debe tener una disposición general a considerar como válidos no sólo los argumentos de la fuerza, sino también los de la razón*”⁴².

Teniendo a la vista las normas jurídicas que presiden el juzgamiento, como asimismo las leyes nacionales y los programas habitacionales implementados o por implementar a la época de la sentencia, el juez YACOOB aclara que no se trata de pesquisar

⁴¹ Norberto BOBBIO: “**Sobre el fundamento de los derechos humanos**” (en “El tiempo de los derechos”, ob. cit., página 61).

⁴² Norberto BOBBIO: “**Presente y porvenir de los derechos humanos**” (en “El tiempo de los derechos”, ob. cit., página 76). El maestro de Turín agrega en este artículo lo siguiente: “*El desprecio de los derechos del hombre dentro del Estado y el escaso respeto a la autoridad internacional en el exterior caminan al mismo paso. Cuanto más autoritario es un gobierno para con la libertad de sus ciudadanos, más libertario es (permítaseme usar esta expresión) respecto a la autoridad internacional.*”.

si existen otras medidas más deseables o favorables que pudieran haberse adoptado ni si los dineros públicos podrían gastarse de mejor modo, sino de juzgar si las medidas que han tomado las agencias públicas son razonables⁴³. En este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional es moderada y no da pábulo a un activismo judicial irresponsable, que sustituya indebidamente las atribuciones de los agentes públicos competentes para diseñar e implementar las políticas públicas.

Específicamente, al juez YACOOB le interesa juzgar si los programas habitacionales que tiene a la vista son razonables tanto en su fase de diseño como de implementación, pues en ello se traduce la obligación estatal, afirmando que los programas, apreciados según su contexto social, económico e histórico y según las capacidades de las agencias públicas involucradas, deben ser equilibrados y flexibles y han de contemplar provisiones apropiadas para atender las crisis habitacionales y las necesidades de corto, mediano y largo plazo. Adicionalmente, estos programas no deben ser estáticos y requieren someterse a un proceso de continua revisión o evaluación.

También, para apreciar la razonabilidad exigida, es preciso cotejar si las medidas estatales tienen en cuenta el grado y extensión de las falencias que exhibe el derecho que se pretende satisfacer; de suerte que no basta afirmar la existencia de tenues avances estadísticos -en la realización de estos derechos-, si el enfoque de la política pública no da cuenta de los deberes de cuidado y preocupación por las necesidades de los más desesperados. La consideración de las necesidades de estas últimas personas es igualmente exigible, aún si los programas existentes tienen como propósito procurar viviendas al mayor número posible de beneficiarios en el menor plazo posible, pero descuidando a los más menesterosos.

Es en base a estas consideraciones que la Corte Constitucional concluye que los programas habitacionales, al no dar cuenta de las necesidades de las personas más desesperadas, no satisfacen la obligación constitucional de procurar el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada.

El equilibrio que se observa en este juzgamiento se refleja en su prevención de que esta sentencia no sea apreciada como una aprobación de cualquier práctica de ocupar terrenos, efectuada con el propósito de forzar a la estructura estatal para que provea viviendas preferentemente a los que participan en estas acciones. Observa el juez YACOOB que la ocupación de terrenos es antagónica con la idea de procurar viviendas en forma programada y, es más, en la sentencia se plantea que es razonable no proveer soluciones habitacionales a los que ocupan terrenos en forma ilegal, si las autoridades se ven entrabadas con la dificultad de enfrentar continuas ocupaciones de terrenos⁴⁴.

⁴³ “A court considering reasonableness will not require whether other more desirable or favourable measures could have been adopted, or whether public money could have been better spent. The question would whether the measures that have been adopted are reasonable.”

⁴⁴ “This judgement must not be understood as approving any practice of land invasion for the purpose of coercing a state structure into providing housing on a preferential basis to those who participate in any exercise of this kind. Land invasion is inimical to the systematic provision of adequate housing on a planned basis. It may well be that the decision of a state structure, faced with the difficulty of repeated land invasions, not to provide housing to those invasions, would be reasonable.”

Principio de progresividad.

La idea de progresividad en la implementación de las políticas públicas descansa en el criterio de “eficacia”, es decir, en la aptitud de las medidas adoptadas o por adoptar para satisfacer o cumplir un bien público. Es indudable que frente a desafíos de enormes proporciones es preciso que la acción de los agentes públicos se oriente en el tiempo para conseguir el objetivo trazado. Así, una política pública progresiva es aquella en la cual los derechos son realizados en un espacio temporal previamente acotado y en la gradación esperada.

Este principio, consagrado en las normas citadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Constitución sudafricana, supone, como bien dice la sentencia, que los derechos involucrados no pueden realizarse en forma inmediata. En este sentido, para cumplir con el propósito constitucional que todos los sudafricanos cuenten con una vivienda adecuada, es preciso que el Estado examine las distintas medidas de orden legal, administrativas, operativas y financieras que son necesarias para asegurar el acceso al derecho en cuestión en el menor tiempo posible. El derecho a una vivienda adecuada no sólo debe hacerse más accesible a la mayor cantidad de personas sino también al más amplio rango de personas en tanto el tiempo avance⁴⁵.

A nuestro juicio, la realización progresiva de los derechos, atendidas las limitaciones y restricciones de toda índole en relación con la entidad o gravedad de las necesidades, es la única solución posible cuando el cúmulo de necesidades es muy amplio y los recursos disponibles son escasos o limitados. Sin embargo esta progresividad no significa dilación en el tiempo de la obligación de procurar una solución ni tampoco admite coberturas de las necesidades formuladas en forma vaga e imprecisa y, por lo mismo, difíciles de supervisar y evaluar. La determinación de las coberturas futuras, distribuidas en espacios temporales relativamente breves, es una garantía de la seriedad de los propósitos de los agentes públicos y, a la par, la certeza que los programas específicos obedecen a un imperativo jurídico y no a una concesión graciosa.

Vinculado con la progresividad de las programas y políticas públicas se encuentra la discusión acerca la universalidad de las prestaciones, es decir, la mayor o menor amplitud final de usuarios de las prestaciones. En este punto, el artículo 26(1) de la Constitución sudafricana dispone que todas las personas tienen el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada (“everyone has the right to have access to adequate housing”). La regla así formulada es indicativa que estamos frente a un derecho universal⁴⁶, aunque de ello no se siga necesariamente que la cobertura de prestaciones por parte de los agentes públicos sea igualmente universal. La mayor o menor amplitud de las prestaciones a cargo de agentes públicos pende de los requerimientos específicos por parte de la población. Esta distinción entre universalidad del derecho social, por un parte y, por la otra, limitación de coberturas de las prestaciones sociales zanja una discusión clásica acerca de si los derechos sociales son universales o colectivos. En este sentido, creemos que el catedrático Gregorio PECES-BARBA incurre en un error conceptual cuando afirma que “*la universalidad de los derechos*

⁴⁵ “Housing must made more accesible not only to a larger number of people but a wider range of people as time progreses.”

⁴⁶ Así lo entiende la Corte Constitucional sudafricana cuando afirma: “It is a right of everyone including children”.

*es un buen instrumento intelectual de uso político y jurídico para sostener y luchar por la efectiva implantación de los derechos en todas partes, pero una convencional aproximación a la misma puede ser insuficiente, e incluso, inadecuada para alcanzar esos fines*⁴⁷. Es más, dice este catedrático español, la extensión de los derechos económicos y sociales a todas las personas “*crea un amplio grupo de titulares de los mismos, que no tienen un apoyo en la moralidad básica, puesto que no necesitan esos derechos para el desarrollo pleno de su personalidad*”⁴⁸. Esta afirmación sólo se entiende en el contexto de un Estado social que asegura indiscriminadamente las prestaciones sociales a toda la población.

La parte resolutive.

En definitiva, la Corte Constitucional acogió parcialmente la apelación de las cuatro entidades públicas y sustituyó la sentencia de la High Court declarando⁴⁹:

- (a) La sección 26(2) de la Constitución requiere que el Estado diseñe e implemente según sus recursos disponibles un programa integral y coordinado que realice progresivamente el derecho de acceso a una vivienda adecuada.
- (b) El programa debe incluir razonables medidas tales como, pero no necesariamente limitada a, aquellas contempladas en el Programa de Gestión Acelerada de Asentamiento de Tierras, para proveer auxilio a las personas que no tienen acceso a la tierra ni techo sobre sus cabezas y para quienes viven en condiciones intolerables o en situaciones críticas.
- (c) A la fecha de expedición de esta sentencia, el programa estatal de vivienda en el área del Consejo de Metropolitan Cape incumple con los requisitos del párrafo (b) anterior, en el sentido de no contemplar una provisión razonable según sus recursos disponibles para las personas del área de Metropolitan Cape que no tienen acceso a la tierra ni poseen techo sobre sus cabezas y para quienes viven en condiciones intolerables o en situaciones críticas.

⁴⁷ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ: “Curso de derechos fundamentales” (Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, página 320).

⁴⁸ Ob. cit., página 319.

⁴⁹ “2. The order of the Cape of Good Hope High Court is set aside and the following is substituted for it: It is declared that: (a) Section 26(2) of the Constitution requires the state to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme progressively to realise the right of access to adequate housing. (b) The programme must include reasonable measures such as, but not necessarily limited to, those contemplated in the Accelerated Managed Land Settlement Programme, to provide relief for people who have no access to land, no roof over their heads, and who are living in intolerable conditions or crisis situations. (c) As the date of the launch of this application, the state housing programme in the area of the Cape Metropolitan Council fell short of compliance with the requirements in paragraph (b), in that it failed to make reasonable provision within its available resources for people in the Cape Metropolitan area with no access to land, no roof over their heads, and who were living in intolerable conditions or crisis situations.”

Conclusiones.

1.- El razonamiento contenido en la sentencia de la Corte Constitucional sudafricana recaída en el caso “*The Government of the Republic of South Africa and others versus Irene Grootboom and others*”, dictada en el año 2000, abre las puertas a una nueva lectura acerca la exigibilidad de los derechos sociales. Calificamos esta sentencia como un paso moderado pero firme en la dirección de asegurar que en el diseño e implementación de las políticas sociales se incorpore una perspectiva de derechos, con arreglo a los principios de “razonabilidad” y “progresividad”, en consonancia con los criterios de eficiencia y eficacia que deben guiar la acción de los entes públicos.

2.- Esta sentencia recoge en forma sustancial el contenido de los tratados internacionales en relación con los derechos sociales y las disposiciones constitucionales y legales de los ordenamientos jurídicos internos. Asimismo, respalda esta sentencia una doctrina emergente que propicia la naturaleza justiciable de los derechos sociales y medios concretos para hacerlos actualmente exigibles. Esta moderna doctrina se aparta de las concepciones tradicionales en la materia.

3.- En los programas y sistemas de protección social observados, esto es, los casos del Programa Oportunidades en México, Fome Zero en Brasil y Chile Solidario, en Chile, poseen una tenue legalidad el primero y una legalidad fuerte los dos últimos. Lo anterior no implica que se adopte una perspectiva de derechos, pues en el caso de Brasil se dispone, más allá del decidido impulso político a ese programa, una norma que hace expresa excepción a esta perspectiva. En el caso de Chile Solidario se disponen normas concretar que aseguran derechos a las personas en situación de extrema pobreza, más allá incluso del período inicial de puesta en marcha.

4.- La ausencia de una perspectiva de derechos importa una clara deficiencia en el diseño e implementación de las políticas sociales, no le confieren sustentabilidad en el tiempo, no configuran un resguardo anticíclico, favorecen conductas populistas y, lo que es peor, no aseguran en forma razonable y progresiva los derechos de las personas.

5.- Esta falencia abre las puertas para que las personas que viven en condiciones miserables o no acceden a los programas sociales recurran a la tutela judicial para hacer efectivos sus derechos, con el riesgo que ello importa para el normal desarrollo institucional de nuestras democracias.