

Capítulo 1

LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PROBLEMA DE SU EXIGIBILIDAD

No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de las constituciones o de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos sociales (o bien, de acuerdo a la terminología del Pacto Internacional respectivo¹, derechos económicos, sociales y culturales²) son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos. De acuerdo a esta visión, estos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente. La intención de este trabajo es demostrar que la adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones concretas al Estado; que —asumiendo sus particularidades— muchas de estas obligacio-

1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que en adelante nos referiremos como PIDESC. El pacto fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2.200 (XX), el 16 de diciembre de 1966, firmado el 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

2. Emplearemos indistintamente las denominaciones «derechos económicos, sociales y culturales» (que es su designación en el campo del derecho internacional de los derechos humanos) y «derechos sociales» (que es la empleada más comúnmente a nivel local). Ver, sin embargo, los comentarios sobre la posible distinción de estos términos que efectuamos en la introducción al capítulo 3.

nes resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política.

Para ello, presentaremos en este capítulo nuestros argumentos de acuerdo al siguiente plan. Como primer punto, señalaremos la relatividad de la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, sustentando la idea de que existen niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos. En segundo término, desarrollaremos la noción de que todos los derechos económicos, sociales y culturales tienen al menos algún aspecto que resulta claramente exigible judicialmente. Partimos del supuesto de la existencia en el sistema legal de un país de normas legales —tales como cláusulas constitucionales, o cláusulas de pactos internacionales de derechos humanos adoptados por ese país— que positivizan derechos sociales —tal es el caso de la Argentina³, de España, y de gran parte de los países de América Latina—. En este sentido, el capítulo no pretende construir un «derecho natural» de los derechos sociales, sino sentar las bases para una dogmática que haga exigibles aquellos derechos previstos en el plexo normativo de la Constitución o de los tratados internacionales de derechos humanos. Tampoco nos detendremos en cuestiones de fundamentación de estos derechos, dado que partimos del supuesto de su positivización⁴.

Una última aclaración metodológica sea tal vez útil para explicar el tipo de análisis que proponemos. Gran parte de los argumentos que empleamos en el libro están vinculados con el texto del PIDESC y las interpretaciones que ese instrumento ha generado. Sin embargo, nuestra intención no es —en absoluto— la de limitar el alcance de nuestros argumentos al derecho internacional de los derechos humanos, materia en general lejana a la práctica cotidiana de abogados y jueces y a la realidad de la gran mayoría de los beneficiarios de sus

3. La Constitución argentina establece en su artículo 14 *bis* la protección de los derechos laborales individuales y colectivos, el derecho a obtener los beneficios de la seguridad social, la protección integral de la familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. En su artículo 41, establece el derecho a un ambiente sano, y en el 42, los derechos de consumidores y usuarios. Además, otorga jerarquía constitucional —entre otros— al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

4. Puede consultarse, para ello, M. J. Añón, *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Madrid, 1994; P. Dasgupta, *An Inquiry into Well-Being and Distribution*, Oxford, 1993; y C. Fabre, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford, 2000, cap. 1.

normas. La elección del PIDESC como objeto de análisis central se justifica por su carácter de norma universal: dado que existe identidad entre la estructura de los derechos contenidos por el Pacto y por las constituciones locales y también en los problemas que su exigibilidad plantea, las discusiones referidas a los derechos del Pacto pueden ser trasladadas, con la debida cautela, a los distintos ámbitos nacionales. La intención del capítulo es entonces aportar elementos para la formación de una dogmática de los derechos económicos, sociales y culturales, que pueda ser empleada tanto a nivel nacional como internacional. Este primer paso teórico se articula con el intento general del libro, que es el de señalar estrategias posibles para la exigibilidad de estos derechos.

1.1. La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales

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 justificabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten, entonces, de diferenciar la naturaleza de estos derechos con 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 que el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, 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 público⁵. 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 papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contra-

5. Ver F. von Hayek, «Derecho, legislación y libertad», en *El espejismo de la justicia social*, Madrid, 1979, vol. 2, cap. 9. En sentido similar, M. Bossuyt, «La distinción jurídica entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels»: *Revue des Droits de l'Homme* 4 (1975). El argumento se repite con diversos ropajes en abundante literatura de derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional, derecho administrativo, filosofía y teoría del derecho, etcétera.

rio, 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 llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen⁶. De acuerdo con esta línea de razonamiento, sólo puede hablarse con algún sentido de «derechos» cuando una

6. Otro intento de diferenciación consiste en identificar 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 corresponden tan sólo obligaciones de conducta. La diferencia tendría efectos concretos al momento de juzgar si un Estado ha violado un tratado. En materia de derechos civiles, se sostiene, 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 con 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 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'» (R. Garretón Merino, «La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales», en IIDH, *Estudios básicos de Derechos Humanos V*, San José de Costa Rica, 1996, p. 59. Lo citado en cursiva, P. Nikken, «El concepto de derechos humanos», en IIDH, *Estudios básicos de Derechos Humanos I*, San José de Costa Rica, 1994). Ver A. Eide, «Future Protection of Economic and Social Rights in Europe», en A. Bloed *et al.* (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, pp. 187-219. En contra, G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views», en P. Alston y K. Tomaševski (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, pp. 97-110; P. Alston, «No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant», en A. Eide y J. Helgesen (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World*, 1991. Como veremos, más allá de la posibilidad de sostener la distinción, ella resulta poco relevante para distinguir derechos civiles y políticos de derechos económicos, sociales y culturales. Así, los denominados «Principios de Maastricht sobre las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales» (ver *infra*, cap. 2.1) señalan que los derechos económicos, sociales y culturales generan tanto obligaciones de conducta como de resultado (Principio 7). Ver S. Liebenberg, «Socio-economic Rights», en M. Chaskalson *et al.* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Ciudad del Cabo, 1998, cap. 41, pp. 34-44.

determinada prescripción normativa se limita a imponer obligaciones negativas o abstenciones, mientras que el intento de fundar derechos a partir de establecimiento de obligaciones positivas resultaría conceptualmente imposible o materialmente inviable. De modo que —se dice— aunque una constitución o un pacto de derechos humanos hablen de «derechos» tales como el «derecho a la salud», «derecho a la vivienda», «derecho a la educación» o «derecho al trabajo», estas expresiones no deberían tomarse literalmente, sino sólo en sentido figurado o metafórico.

Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y «naturalista» del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa⁷. 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 con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual. En Smith, por ejemplo, se asigna al Estado un rol activo en la creación de las condiciones institucionales y legales para la consolidación, funcionamiento y expansión del mercado⁸. Lo mismo cabe señalar con respecto a muchos otros derechos «civiles y políticos»: el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen 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 decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etc.)⁹. Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de «obligación negativa», es decir, los que requie-

7. Carlos Nino califica a esta posición de «liberalismo conservador», aunque aclara que es «más conservador(a) que liberal» («Los derechos sociales», en *Derecho y Sociedad*, Buenos Aires, 1993, p. 17).

8. Cf. al respecto A. Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Nueva York, 1937; L. Billet, «Political order and economic development: reflections on Adam Smith's Wealth of Nations», *Political Studies* 35 (1975), pp. 430 ss.; B. S. Santos, «Sobre los modos de producción del derecho y del poder social», en *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, 1991, pp. 175-178.

9. Cf. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., pp. 97 ss.

ren 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 la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados—, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida, 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 Estado¹⁰. Vale la pena repasar mentalmente la gran cantidad de recursos destinados a hacer efectivo, por ejemplo, el derecho de propiedad, a través de la organización de distintos servicios públicos: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera.

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 particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno¹¹, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a «naturalizar» esta actividad estatal, y 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

10. Cf. al respecto la opinión de C. Nino, «Los derechos sociales», cit., pp. 11-17. En clave económica, el argumento es la tesis central de S. Holmes y C. R. Sunstein, *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-Londres, 1999. Ver también R. Bin, «Diritti e fraintendimenti»: *Ragion Pratica* 14 (2000), pp. 14-25, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 44-45 y R. Plant, «Citizenship, Rights and Welfare», en A. Coote (ed.), *The Welfare of Citizens. Developing new social rights*, Londres, 1992, pp. 15-29. En sentido similar, A. Ruiz Miguel, «Derechos liberales y derechos sociales»: *Doxa* (Alicante) II/15-16 (1994), pp. 659-660.

11. 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» («La questione dei diritti sociali»: *Ragion Pratica* 14 [2000], p. 51).

de grado, más que diferencias sustanciales¹². Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina «derechos-prestación»¹³. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer¹⁴: 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 de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente. Discutiremos este punto con más detalle, pero desde ya adelantamos que muchas de las acciones legales tendientes 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 positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos. Así, por ejemplo, Contreras Peláez, haciéndose cargo de la imposibilidad de distinción tajante 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»¹⁵.

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 reafirmando la necesidad de un tratamiento teórico y práctico común en lo sustancial.

12. Cf. F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 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».

13. Cf. F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 17-20; B. de Castro, «Los derechos sociales: análisis sistemático», en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos*, Murcia, 1981, pp. 15-17.

14. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 53-65, donde se sostiene la existencia de «derechos sociales negativos».

15. F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 21.

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 único¹⁶. Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios¹⁷. 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. La libertad de empresa y de comercio resultan modalizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven un impacto sobre la salud o el medio ambiente¹⁸. El desarrollo contemporáneo del derecho a la intimidad ha generado la exigencia de medidas estatales vigorosas, destinadas a evitar la potencialidad dañosa de la utilización de tecnologías informáticas¹⁹. 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 casos²⁰.

Desde el ángulo inverso, la tradicional calificación de los derechos de sindicalización y huelga como derechos sociales también ha generado dificultades teóricas, ya que la distinción obligación negativa/obligación positiva resulta infértil al respecto. Algunos autores consideran que se trata de casos especiales de derechos civiles y políticos, y otros explican su adscripción al catálogo de derechos econó-

16. Cf. 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).

17. Ver, por todos, T. Bourgoignie, *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, Vitoria, 1994.

18. Cf. S. Felgueras, *Derechos humanos y medio ambiente*, Buenos Aires, 1996.

19. Cf. P. L. Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990; A. E. Pérez Luño, «Los derechos humanos en la sociedad tecnológica», en M. G. Losano y otros, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, 1989.

20. Cf. F. Ewald, *L'Etat Providence*, París, 1985, libro IV. 2. Para un desarrollo más detallado, ver el Apéndice de este capítulo.

micos, sociales y culturales a partir de argumentos históricos, reconociendo que no pueden ser caracterizados esencialmente como derechos que generen obligaciones positivas al Estado.

* 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 basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera 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, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser 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 vivienda²¹. 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 arbitraria²².

En línea con lo dicho, autores como Fried van Hoof o Asbjørn Eide²³ proponen un esquema interpretativo consistente en el señala-

21. Aun en este caso es posible señalar obligaciones negativas. De acuerdo a 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 (cf. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., p. 99). Con más razón, el Estado debe abstenerse de realizar por sí mismo el desplazamiento en dichas condiciones. El ejemplo dista de ser teórico: cf. 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 H. Steiner y P. Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford, 1996, pp. 321-321).

22. Para una discusión que permite situar la distinción sobre otros ejes ver, sin embargo, el Apéndice de este capítulo.

23. 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

miento de «niveles» 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 a la propuesta de van Hoof²⁴, por ejemplo, podrían discernirse cuatro «niveles» de obliga-

Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa su provisión provocaría 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 artículo 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 a 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 las indígenas— en pos de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. En un segundo nivel existe una obligación estatal de *proteger* esa libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros. Esta función de tutela que ejerce el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales es similar al papel 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 artículo 11.2 del PIDESC—, y una obligación de *satisfacción* —que puede consistir en la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida o 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 derechos económicos, sociales y culturales, no requiere utilizar recursos públicos, resulta sólo sostenible si limitamos las obligaciones estatales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales sólo al tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas con los derechos civiles y políticos sólo al primer nivel (respeto). Ver A. Eide, «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights», en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, pp. 21-49, en especial pp. 36-38. Ver también A. Eide, «Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo»: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* 43 (1989).

24. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., p. 99. Ver también de P. Vos, «Pious wishes or directly enforceable human rights?: Social and Economic Rights in South African's 1996 Constitution»: *South African Journal on Human Rights* 13 (1997), pp. 223 ss.; S. Liebenberg, «Socio-economic Rights», cit., pp. 27-44. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue (cf. H. Shue, «Rights in the Light of Duties», en P. G. Brown y D. MacLean [eds.], *Human Rights and the US Foreign Policy*, Lexington, 1979; *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, 1980, y «Mediating Duties»: *Ethics* 98 [1988], pp. 687-704). Pese a alguna diferencia terminológica —la autora habla de distintos «derechos» y no de distintos niveles de «obligaciones»—, las conclusiones de Cécile Fabre son similares (cf. *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 45-49 y 53-57). 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 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) n.º 3 (1990)

ciones: 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 o 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.

Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de respetar están fundamentalmente ligadas a obligaciones negativas o de abstención, y las obligaciones de proteger, asegurar y promover involucran un mayor activismo estatal, y por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta. Este marco teórico, entiende van Hoof, refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, pues estos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos. Por ejemplo, señala van Hoof, la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse —mediante la protección policial—, y del pluralismo de la prensa y de los medios de comunicación en general. Paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar o de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado. El argumento permite entender bajo una mejor luz el concepto de interdependencia²⁵ entre am-

«La índole de las obligaciones de los estados partes —párrafo 1 del art. 2 del Pacto—, OG n.º 4 (1991) «El derecho a la vivienda adecuada —párrafo 1 del art. 11 del Pacto—, OG n.º 5 (1994) «Personas con discapacidad», OG n.º 6 (1995) «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad», OG n.º 12 (1999) «El derecho a una alimentación adecuada», OG n.º 13 (1999) «El derecho a la educación», OG n.º 14 (2000), «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»; «Principios de Limburgo» (1986); «Principios de Maastricht» (1997); CIJ, «Declaración y Plan de Acción de Bangalore» (1995); Encuentro Latinoamericano de Organizaciones de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Declaración de Quito» (1998).

25. En el campo del derecho internacional, «(l)a interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los económicos, sociales y culturales ha sido siempre parte de la doctrina de las Naciones Unidas» (H. Steiner y P. Alston, *International Human Rights in Context*, cit., p. 263). Se menciona con frecuencia el discurso del presidente

bas categorías de derechos, al emparentar el tipo de conducta requerida al Estado por uno y otro tipo de derechos: en ocasiones, como veremos en el capítulo 3, la misma conducta estatal puede satisfacer tanto un derecho civil como un derecho social.

El autor ilustra el modelo de las cuatro obligaciones en relación con el derecho a la alimentación adecuada (arts. 11.1 y 11.2 PIDESC). Así, sostiene que la obligación de *respetar* el derecho a una alimentación adecuada, implica que el Estado no debe expropiar tierras a aquella población para la cual el acceso a ese recurso constituye la única o principal forma de asegurar su alimentación, salvo que se adopten medidas alternativas apropiadas.

La obligación estatal de *proteger* el derecho incluye el deber de prevenir que las personas resulten de una u otra manera privadas de sus recursos básicos para satisfacer sus necesidades de alimentación por otras personas, por ejemplo grupos económicos dominantes, en aspectos diversos como acceso a la tierra, al agua, al mercado, al trabajo.

La obligación de *garantizar* el derecho a la alimentación requiere que el Estado adopte medidas en el caso de que algunos miembros de su población acrediten que resultan incapaces de proveerse a sí mismos alimentos en suficiente cantidad y calidad, por ejemplo en casos de emergencia en los cuales el Estado debe agotar hasta el máximo de sus recursos para satisfacer las necesidades alimentarias. La obligación de garantizar el derecho puede cumplirse por ejemplo recurriendo a la ayuda internacional para adquirir mayores recursos (art. 11.2 PIDESC) o implementando una reforma agraria con el fin de mejorar la producción y distribución de los alimentos. Señala el autor que es difícil anticipar en abstracto qué medidas debe adoptar en cada situación un Estado para satisfacer adecuadamente su obligación de garantizar el derecho, pero lo cierto es que el Estado habrá violado

estadounidense Franklin D. Roosevelt en su mensaje de 1944 al Congreso como pionero de la noción de interdependencia: «Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres» (Decimoprimero mensaje anual al Congreso de los Estados Unidos, 11 de enero de 1944, citado en H. Steiner y P. Alston, *op. cit.*, p. 258). Desde el campo de la filosofía del derecho, se afirma que «la libertad *jurídica* para hacer u omitir algo sin la libertad *fáctica* (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido carece de todo valor» y que «bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un 'ámbito vital dominado por ellos' sino que depende esencialmente de actividades estatales» (R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 486-487). En sentido similar, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 9-32.

claramente el precepto cuando en una situación de escasez de alimentos se limite a no hacer nada.

La cuestión de los medios que ha de adoptar el Estado es trasladable a la obligación de *promover* el derecho a la alimentación, pues se trata de medidas de largo alcance que en algunos casos podrían consistir, sostiene van Hoof, en la implementación de programas de adiestramiento de los campesinos con el objeto de mejorar los métodos de producción y la productividad del sector agrícola²⁶.

Por razones puramente convencionales —entre ellas, la adopción por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de un esquema similar al que emplearemos— tomaremos para este trabajo un esquema de tres niveles de obligaciones: obligaciones de *respeto*, obligaciones de *protección*, y obligaciones de *satisfacción* (que incluyen las que van Hoof denomina obligaciones de *garantía* y de *promoción*).

Como puede apreciarse, amén de la aplicación que hace van Hoof al derecho a la alimentación, el esquema de «niveles» de obligaciones es perfectamente aplicable a todo el espectro de derechos, sean éstos clasificados como derechos civiles y políticos, sean clasificados como derechos económicos, sociales y culturales. Gran parte del trabajo de los organismos de derechos humanos y de los órganos internacionales de aplicación de 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, el 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 en derechos humanos en los planes de estudio regulares, etcétera.

El debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos exigibles. De acuerdo a esta objeción,

26. Cf. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., p. 99.

la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia «juridicidad» de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. Esta subordinación, denominada «condicionante económico», relativizaría la universalidad de los derechos de marras, condenándolos a ser considerados «derechos de segunda categoría»²⁷.

Cabe repetir que esta objeción parte de la consideración simplista de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta²⁸. Tanto los derechos 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 de otro tipo de derechos.

En cuanto a las obligaciones negativas, se trata de las obligaciones de abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado. 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 ejercicio del derecho de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación, etcétera.

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, suele 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 o 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 obliga-

27. J. M. Barbalet, *Citizenship, Rights, Struggle and Class Inequality*, Londres, 1988, p. 82; R. Plant, «Needs, Agency and Welfare Rights», en J. D. Moon (ed.), *Responsibility, Rights and Welfare: A Theory of the Welfare State*, Boulder, 1988.

28. Cf., en el mismo sentido, la opinión de Alexy, que aboga por una concepción amplia de las obligaciones positivas del Estado, o bien, de acuerdo a su denominación, «derechos a acciones positivas del Estado». Éstos incluirían los derechos de protección, 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 (R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419-501).

ciones 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 pueden tomar parte activa otros sujetos obligados²⁹:

«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 sentido³⁰. 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 determinada³¹. 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

29. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 55-57 y 146-147; J. J. G. Canotilho, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales»: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (1988), p. 247.

30. 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» (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 189-190). Nuestro argumento es aquí complementario al de Alexy: las «acciones jurídicas institucionales» no sólo son imposibilitadas cuando se deroga 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 acciones positivas, que distingue entre derechos a acciones positivas *facticas*, y a acciones positivas *normativas*. Los derechos a acciones positivas *normativas* son «derechos a actos estatales de imposición de norma». Cf. R. Alexy, *op. cit.*, pp. 194-195.

31. 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» («La questione dei diritti sociali», cit., p. 54).

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 elegir entre distintos candidatos, lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a 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.

Desde el punto de vista de la lógica deóntica, se trata en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple ausencia de prohibición³². Aún más, la sola creación de una norma permisiva que faculte para celebrar un acto de creación o de incorporación a una institución —verbigracia, de una norma que establezca los requisitos para casarse, para crear un sindicato, una asociación o un partido político, para presentarse como candidato a un cargo, para requerir información pública a los poderes del Estado, etc.— resultaría insuficiente para gozar plenamente de los derechos a los que se alude. El goce de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan 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 posibles ejecuciones, etc.—, 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 discriminación 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,

32. Entender muchos de los denominados derechos civiles como mera ausencia de prohibición importa confundir, por ejemplo, la estructura del derecho a asociarse o a contratar con la del derecho a rascarse la cabeza o a mirar el cielo. La enumeración en una constitución de todas las conductas no prohibidas sería absurda, mientras que nos parece sumamente relevante la enumeración de normas que establecen facultades.

o les imponga obligaciones de algún tipo. Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparte 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 pagadas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de gestión, etc., 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 bienes tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino a vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas limitaciones no se limitan 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 proviniendo de 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 ejemplo, 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 públicas/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, etcétera.

Como puede verse, el complejo de obligaciones que puede abarcar un derecho es sumamente 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, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas y positivas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas. El capítulo III aportará ejemplos concretos de estas alternativas.

Por último, de acuerdo con algunas posiciones teóricas, las posibilidades de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales superan el marco del Estado y deben situarse en el plano de la cooperación internacional. Más allá de las atendibles razones de esta postura, el marco de este trabajo sigue refiriéndose a las obligaciones concretas que asume el Estado cuando adopta cláusulas constitucionales o un instrumento internacional que consagra derechos económicos, sociales y culturales. Ello, debido a que, aun en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones de este tipo supone una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria³³. Nuestra intención es la de señalar

33. Esta idea resulta también aplicable a los llamados derechos civiles y políticos. La prohibición de la tortura, o el establecimiento de garantías procesales para los imputados, por ejemplo, suponen una autolimitación de la política de persecución penal del estado, que por supuesto puede ser evaluada en términos presupuestarios. Tanto en el caso de los derechos civiles y políticos, como en el de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se impone un catálogo de prioridades en la disposición de fondos presupuestarios, cuyo cumplimiento es perfectamente verificable. Cf. L. Ferrajoli, «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, pp. 19-28.

la necesidad de implementación de formas concretas de exigir el cumplimiento de esta autolimitación por parte del sujeto obligado (el Estado) y por iniciativa de los sujetos beneficiarios (las personas).

1.2. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*

La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos³⁴. Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en diversas constituciones y —en el plano internacional— en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho³⁵.

Aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (por ejemplo, si desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho (por ejemplo, del derecho a una alimentación adecuada y a estar protegido contra el hambre —art. 11.1 y 11.2 PIDESC—) como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida³⁶. Considerar plenamente un

34. Hartley Dean denomina este proceso la juridificación del bienestar (cf. «The juridification of welfare: Strategies of discipline and resistance», en A. Kjonstad y J. Wilson [eds.], *Law, Power and Poverty*, Bergen, 1995, pp. 3-27).

35. Ver, en este sentido, International Human Rights Internship Program, *Una onda en aguas tranquilas*, Washington, 1997, p. 15.

36. Cf. al respecto la posición clásica de Kelsen: «Tal derecho en el sentido subjetivo sólo existe cuando en el caso de una falta de cumplimiento de la obligación, la sanción que el órgano de aplicación jurídica —especialmente un tribunal— tiene que dictar sólo puede darse por mandato del sujeto cuyos intereses fueron violados por la falta de cumplimiento de la obligación... De esta manera, la disposición de la norma individual mediante la que ordena la sanción depende de la acción —demanda o que-

derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si —al menos en alguna medida— el titular/acreedor está en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho³⁷.

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y es éste quizá el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas cons-

ja— del sujeto frente al cual existe la obligación no cumplida... En este sentido tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja» (H. Kelsen, *Teoría General de las Normas*, México, 1994, pp. 142-143). En nuestros días, y en sentido similar, Ferrajoli afirma que «(e)l segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión» (L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, 2001, p. 917).

37. Alexy recalca la necesidad de distinguir conceptualmente entre el nivel de enunciados sobre derechos (tales como «a tiene un derecho a G») y enunciados sobre protección (tales como «a puede reclamar la violación de su derecho a G a través de una demanda»). Cf. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 180-183. En el mismo sentido, J. J. G. Canotilho, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», cit., p. 252. Es probable que ambos tipos de proposiciones no sean coextensos: tener un derecho parece además connotar un fundamento legítimo para realizar una acción o acceder a un bien, mientras que poder reclamar es sólo un aspecto vinculado con la protección de esa posibilidad. De todos modos, el problema conceptual es el de la relación entre ambos niveles: si el poder de reclamar la protección forma *necesariamente* parte de la noción de derecho. Sin pretender resolver el problema, señalamos que la noción de derecho subjetivo debe comprender al menos algún poder de reclamo. Exigir estipulativamente poder de reclamo en *todo* caso de violación del derecho llevaría a conclusiones paradójicas: ninguno de los derechos estipulados en las constituciones de países occidentales reuniría esta característica. El derecho de propiedad, por ejemplo, que constituye la imagen o modelo alrededor de la cual giran las teorizaciones modernas sobre el derecho subjetivo, sufre restricciones en las posibilidades de reclamo cuando el que afecta el derecho es el Estado: en la tradición administrativa continental, las sentencias contra el Estado sólo tienen efecto declarativo y carecen de ejecutabilidad. Puede enumerarse otras restricciones a la posibilidad de reclamo ante la afectación del derecho de propiedad: insolvencia del deudor, protección de los bienes del deudor por el régimen de bien de familia, situación de emergencia económica, etcétera. Nadie en su sano juicio, sin embargo, negaría al derecho de propiedad el carácter de derecho por estas restricciones.

titucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto.

En opinión de Scheinin³⁸ —en referencia al derecho internacional de los derechos humanos—, entre las razones que dificultan el desarrollo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales hay algunas falsas y otras verdaderas. Entre las razones falsas señala las concepciones que predicán la no justiciabilidad como disvalor inherente a la naturaleza de esta categoría de derechos. Entre las razones verdaderas menciona la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debida principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación.

De lo dicho hasta ahora se desprenden conclusiones que cuestionan claramente la idea de que sólo los derechos civiles y políticos resultan justiciables³⁹. Entendiendo que todo derecho genera al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brinda 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, tiene directa relación con la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho sub-

38. M. Scheinin, «Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self-Executing Treaties», en K. Drzewicki, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, Turku, 1994, pp. 73-87.

39. Cf., 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 económicos, 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».

jetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal⁴⁰. Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental tradicional surge 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 vinculados con derechos económicos, sociales y culturales⁴¹, la inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos, 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. 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 teórico pormenorizado 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 económicos, 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 cosas⁴² susceptible de ser modificado.

40. Ver, 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 J. E. Faria (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994, pp. 114-138.

41. 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 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» (L. Bujosa Vadell, «El procedimiento de las acciones de grupo [*class actions*] en los Estados Unidos de América»: *Revista Justicia* 94/1 [1994], p. 68).

42. Una «laguna» que determina la falta de plenitud del sistema, de acuerdo a la terminología de Ferrajoli («El derecho como sistema de garantías», cit., p. 24). Ferrajoli señala que «(h)ay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos los

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 culturales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cf. art. 2.2 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 vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a

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'» (*Ibid.*, 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 dependen 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. 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 substantivos 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» (A. Cox, *El rol de la Suprema Corte en el gobierno norteamericano*, Buenos Aires, 1980, pp. 118-119).

partir de la limitación de acceso a la educación 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 un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la acción o a la manifestación de voluntad del Estado viciada, obligándolo a corregirla de manera que respete el derecho afectado.

Por otro lado, nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas de protección y satisfacción de los derechos en cuestión. Éste es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al 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 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 señalar algunas matizaciones a estas objeciones. En principio, resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho eco-

nómico, 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 discriminatoriamente el derecho. Las posibilidades son más evidentes cuando el Estado presta efectivamente un servicio en forma parcial, discriminando a capas enteras de la población. Pueden subsistir, evidentemente, dificultades procesales y operativas en el planteo de casos semejantes, pero difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable.

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 la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la falta de producción de 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 en el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social. La habilidad del planteo radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho económico, social y 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*⁴³, las numerosas decisiones judiciales indivi-

43. Cf. Código Brasileño de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/90), art. 81. Ver, al respecto, A. H. Benjamin, «A insurreição da aldeia global contro o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do medio ambiente e do

duales 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.

En tercer lugar, aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, 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 del párrafo anterior —pluralidad 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, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de lobby o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo de Lima Lopes, «el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre»⁴⁴. No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos⁴⁵. Ahora bien, uno de los

consumidor», en E. Milaré *et al.*, *Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*, San Pablo, 1995, pp. 96-98; P. T. Brandão, *Ação Civil Pública*, Florianópolis, 1998, pp. 96-99.

44. J. Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais...», cit., p. 136.

45. Limitados, pero no imposibles. La vasta experiencia judicial estadounidense en materia de desegregación racial del sistema educativo público, y de administración de hospitales psiquiátricos y prisiones a efectos de lograr un funcionamiento compatible con los derechos constitucionales, ofrecen ejemplos de estos casos-límite de activismo judicial. Evidentemente, el activismo judicial es motivado por la gravedad de la violación a 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 A. Cox, *El rol de la Suprema Corte en el gobierno norteamericano*, cit., caps. III y IV. Después de señalar las dificultades a las que se enfrenta

sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que 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, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Por último, y como ya lo hemos adelantado, algunas objeciones dirigidas contra la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales son circulares, ya que lo único que señalan 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. Ya hemos dicho que en muchos casos puede reconducirse la exigencia de derechos

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 desegregación 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 las 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» (*Ibid.*, pp. 132-133).

económicos, sociales y culturales al reclamo de derechos civiles y políticos, y en estos casos los mecanismos procesales tradicionales resultan al menos parcialmente adecuados. 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 reclamos⁴⁶. Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de 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 o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esa tendencia. Cabe agregar además 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 los 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 accio-

46. Cf. al respecto la opinión de Ferrajoli: «Más difícil resulta hallar el equilibrio en materia de derechos sociales, aunque sólo sea porque las correspondientes técnicas de garantía son más difíciles y están bastante menos elaboradas... (Sería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino ya de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación a los poderes públicos» (*Derecho y razón*, cit., pp. 917-918).

nes capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos.

En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna* característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación⁴⁷. En palabras de Alexy:

Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución⁴⁸.

1.3. Apéndice: ¿Tiene algún sentido mantener la categoría de «derechos sociales»?

Si, como venimos sosteniendo, la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales no puede fundarse sobre argumentos de orden lógico-deontológico, ni sobre la presencia o ausencia de características tales como la exigibilidad judicial, cabe preguntarse entonces si mantener la distinción tiene algún sentido, o bien, dicho de otro modo, si existe algún factor que permita justificar la distinción. En nuestra opinión, la distinción sólo es útil en la medida en que refleja la operación de dos paradigmas⁴⁹ o matrices político-ideológicas diferentes de regu-

47. Cf., para el caso del derecho a la salud, V. Leary, «Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y derecho a la salud»: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* 55 (1995), pp. 91-110, con interesante citas jurisprudenciales.

48. Cf. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 497.

49. El uso de la noción de paradigma o matriz disciplinaria está inspirado en la noción desarrollada por Kuhn para las ciencias naturales (cf. Th. S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1971). Hemos empleado la noción, refiriéndola al derecho, en V. Abramovich y C. Courtis, «Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo»: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 22 (1994), pp. 54-63. En sentido relativamente similar utiliza el término Jürgen Habermas, en *Facticidad y validez* (Madrid, 2001, cap. IX, «Paradigmas del derecho»), definiéndolo como las «imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho, o, dicho en términos generales, dan una orientación al proyecto de realización de esa asociación de miembros libres e iguales que es la comunidad jurídica» (*Ibid.*, p. 473).