

Los derechos sociales como derechos exigibles

Víctor Abramovich y Christian Courtis

Prólogo de Luigi Ferrajoli

ÍNDICE

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS Serie Derecho

Consejo Asesor: Perfecto Andrés
Joaquín Aparicio
Antonio Baylos
Juan Ramón Capella
Juan Terradillos

© Editorial Trotta, S.A., 2002
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: trotta@informet.es
<http://www.trotta.es>

© Víctor Abramovich y Christian Courtis, 2002

© Luigi Ferrajoli, para el prólogo, 2002

ISBN: 84-8164-507-9
Depósito legal: M. 9.893-2002

Impresión
Gráficas Laxes, S.L.

Prólogo: Luigi Ferrajoli	9
Introducción	15
Capítulo 1: LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PROBLEMA DE SU EXIGIBILIDAD	19
1.1. La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales	21
1.2. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales	37
1.3. Apéndice: ¿Tiene algún sentido mantener la categoría de «derechos sociales»?	47
Capítulo 2: OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	65
2.1. Fuentes de interpretación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales	65
2.2. Obligaciones genéricas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales	79
2.2.1. Obligación de adoptar medidas inmediatas	79
a) Adecuación del marco legal	81
b) Relevamiento de información, vigilancia efectiva y formulación de plan	83
c) Provisión de recursos efectivos	85
2.2.2. Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos	89

INDICE

2.2.3. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad	92
1) Noción general	93
2) Prohibición de regresividad y razonabilidad	96
3) Inversión de la carga probatoria, estándar de interpretación y posibilidades de defensa del Estado	102
4) Criterios para determinar la regresividad	111
5) Alcance de la aplicación de la prohibición de regresividad	113
 Capítulo 3: ESTRATEGIAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	 117
3.1. Obstáculos para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales	121
3.1.1. Problemas de determinación de la conducta debida	122
3.1.2. La autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas	127
3.1.3. La ausencia de mecanismos procesales adecuados para la tutela de derechos económicos, sociales y culturales ..	129
3.1.4. La escasa tradición de control judicial en la materia ..	131
3.2. Algunas vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales	132
3.2.1. Exigibilidad directa	132
3.2.2. Exigibilidad indirecta	168
a) Principio de igualdad y prohibición de discriminación ..	169
b) Debido proceso	179
b.1) Acceso a la justicia, recursos judiciales y garantías procesales	179
b.2) Los elementos componentes de la garantía del debido proceso para la protección de derechos económicos, sociales y culturales	184
b.3) El debido proceso legal ante la afectación de un derecho social	194
c) La protección de derechos económicos, sociales y culturales a través de derechos civiles y políticos	200
c.1) La «traducción» de la violación de un derecho social a violación de un derecho civil	200
c.2) La consideración del contexto socio-económico en el ejercicio de derechos civiles y políticos	217
d) La protección de derechos sociales por otros derechos sociales	220
e) Límites a los derechos civiles y políticos justificados por derechos sociales	224
f) La información como vía de exigibilidad de derechos sociales	234
3.3. Balance provisorio: las políticas sociales frente a la Justicia	248

PRÓLOGO

Luigi Ferrajoli

1. En los últimos veinte años, en casi todos los países de Occidente, los derechos sociales —desde el derecho a la salud, pasando por el derecho a la educación, hasta los derechos a la subsistencia y a la asistencia social— han sido objeto de ataques y restricciones crecientes por parte de políticos considerados «liberales». La constitucionalización de tales derechos y las políticas de bienestar —que constituyen tal vez la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo pasado— han sido así puestas en discusión y corren hoy el riesgo de verse comprometidas.

Esta debilidad política es también fruto de una debilidad teórica. Si bien los derechos sociales son solemnemente proclamados en todas las cartas constitucionales e internacionales del siglo XX, una parte relevante de la cultura politológica, y no sólo la conservadora —de Friedrich A. von Hayek a Barbalet, de Giovanni Sartori a Danilo Zolo—, no considera que se trate propiamente de «derechos». Los argumentos para sostener este singular desconocimiento del derecho positivo vigente, no por casualidad articulados por politólogos más que por juristas, son siempre los mismos: que a estos derechos les corresponden, antes que prohibiciones de lesión, obligaciones de prestación positiva, cuya satisfacción no consiste en un no hacer sino en un hacer, en cuanto tal no formalizable ni universalizable, y cuya violación, por el contrario, no consiste en actos o comportamientos sancionables o anulables sino en simples omisiones, que no resultarían coercibles ni justiciables.

Victor Abramovich y Christian Courtis someten estos argumentos a una crítica rigurosa, mostrando su falta de fundamento empírico y, simultáneamente, el prejuicio ideológico que les subyace: la

idea paleo-liberal del Estado mínimo, que se presenta sólo como garante del orden público interno y de la defensa exterior. Y muestran, con una gran cantidad de ejemplos, cómo la diferencia entre el carácter de expectativas negativas de los derechos de libertad clásicos y aquél de expectativas positivas de los derechos sociales es sólo de grado, dado que tanto unos como otros incluyen expectativas de ambos tipos. Ciertamente, aun los derechos sociales a la salud, a la protección del medio ambiente o a la educación imponen al Estado prohibiciones de lesión de los bienes que constituyen su objeto. Y también los clásicos derechos civiles y políticos —desde la libertad de expresión del pensamiento al derecho al voto— requieren, por parte de la esfera pública, no sólo prohibiciones de interferencia o de impedimentos, sino también obligaciones de proveer las numerosas y complejas condiciones institucionales de su ejercicio y de su tutela.

No existe entonces, sostienen Abramovich y Courtis, ninguna diferencia de estructura entre los distintos tipos de derechos fundamentales. Cae en consecuencia el principal fundamento teórico —si es que se puede hablar de un «fundamento»— de la tesis de la inexigibilidad judicial intrínseca de los derechos sociales. Ciertamente son justiciables, es decir, sancionables o al menos reparables, ante todo los comportamientos lesivos de tales derechos: por ejemplo, la contaminación atmosférica, que viola el derecho a la salud; o el despido injustificado, que viola el derecho al trabajo; o la discriminación por razones de género o nacionalidad, que viola el derecho a la educación. Pero también son o pueden tornarse justiciables las violaciones de los mismos derechos consistentes en omisiones, es decir, en la falta de la prestación que constituye su objeto y cuya exigibilidad en juicio es posible garantizar en la mayor parte de los casos.

Esta segunda tesis constituye precisamente la contribución teórica más relevante de la primera parte de este libro. Abramovich y Courtis exponen su fundamento normativo, representado, más allá de las distintas constituciones estatales, por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y por los distintos tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Interamericana, los Principios del Tratado de Maastricht y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y subrayan el carácter vinculante de las prohibiciones y de las obligaciones inmediatas y graduales —como la cesación de toda forma de discriminación o de política antisocial, o la adopción de medidas urgentes destinadas a satisfacer los mínimos vitales— formuladas periódicamente por las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales instituido en 1985. Estas observaciones, sostienen

los autores, son equiparables a una suerte de jurisprudencia sobre los contenidos normativos del Pacto de 1966 —que, al igual que otros pactos internacionales de derechos humanos, es una fuente jerárquicamente supraordenada, de acuerdo con muchas constituciones latinoamericanas incluyendo la argentina, a la propia legislación ordinaria—. El mismo papel garantista respecto de los derechos establecidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos es el desarrollado por la Corte por ella instituida, cuyas sentencias han sido muchas veces reconocidas como vinculantes por la Corte Suprema de Justicia argentina, que ha identificado en la Corte Interamericana una «guía ineludible».

Me parece por otro lado opinable, desde el punto de vista teórico, la idea de que las garantías jurisdiccionales operables ante una omisión (que es la forma en que se manifiesta frecuentemente la violación de un derecho social) sean necesariamente menos eficaces que aquellas previstas ante una comisión (en la que generalmente consiste la violación de un derecho de libertad). Es más, tal tesis podría invertirse. «Lo que ya se ha hecho no puede deshacerse» escribió Platón. La violación de un derecho de libertad o, peor aún, de la integridad personal o del derecho a la vida puede ser sancionada, pero ciertamente no anulada. Por el contrario, la violación por incumplimiento de un derecho social bien puede ser reparada con su ejecución, aunque sea tardía. Bajo este aspecto, las garantías jurisdiccionales de un derecho social pueden ser aún más efectivas que las de un derecho de libertad.

2. En todo caso, este libro no se limita a afrontar el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales desde el punto de vista teórico. Su mérito principal, desde el plano metodológico, es salirse de las consabidas discusiones abstractas sobre la estructura de los derechos sociales, a través de las cuales se pretende generalmente dar fundamento al prejuicio ideológico de su no justiciabilidad. Por el contrario, partiendo del reconocimiento de su compleja polivalencia semántica, el libro documenta empíricamente, con una extraordinaria cantidad de casos traídos de la experiencia jurisprudencial de los más variados ordenamientos, las numerosas técnicas y estrategias de garantía de los diferentes tipos de derechos sociales llevadas a la práctica por distintos tribunales de justicia. Y se dedica, además, a partir de esas experiencias, a la elaboración teórica y a la argumentación doctrinaria de nuevas estrategias de garantía, sugeridas como practicable desde la perspectiva más general de una dogmática, aún pendiente de construcción, de los derechos sociales.

En ese sentido, Abramovich y Courtis someten a análisis la gran cantidad de obstáculos que se esgrimen ante la posibilidad de actuación de tales garantías: la indeterminación de la prestación debida, la resistencia del Poder Judicial a resolver cuestiones de apariencia típicamente política, la ausencia de mecanismos jurisdiccionales adecuados, la falta de una tradición cultural en orden a la justiciabilidad. Se trata, como muestran los autores, no de obstáculos teóricos, sino puramente contingentes, que bien podrían ser superados mediante una legislación mucho más adecuada de actuación de los principios constitucionales y que, de todos modos, tendencialmente van en vía de ser superados en la experiencia práctica de las distintas jurisdicciones. Precisamente por ello, la segunda parte del libro describe minuciosamente las formas judiciales de esa superación —sobre las estrategias de exigibilidad «directas» e «indirectas» de satisfacción de los distintos derechos sociales.

Resultan iluminadoras, en este sentido, las múltiples formas de garantía «directa», es decir basadas sobre el derechos social mismo, elaboradas de manera cada vez más frecuente por la práctica jurisprudencial. Abramovich y Courtis analizan una gran cantidad de casos judiciales —recogidos no sólo de la experiencia argentina, sino también de otros países— en los que los tribunales han superado los distintos obstáculos antes mencionados, imponiendo el cumplimiento del derecho no satisfecho o la reparación del derecho violado con pronunciamientos innovadores y originales pero siempre rigurosamente fundados en el derecho positivo vigente.

Pero no menos fecundas y estimulantes resultan las estrategias de tutela de los derechos sociales que los autores llaman «indirectas» y que ilustran a través de una variada casuística. Se trata de una tutela fundada, en la rica jurisprudencia examinada, no tanto (y no sólo) sobre la estipulación de derechos sociales —en algunos casos ni siquiera reconocidos constitucionalmente, como ocurre en los Estados Unidos— sino más bien, indirectamente, sobre otros principios normativos también violados por la lesión del derecho en cuestión: en primer lugar sobre el principio de igualdad, invocado por ejemplo en Holanda para sostener el derecho de las mujeres al mismo tratamiento previsional que los hombres, o en los Estados Unidos, contra la discriminación racial en el acceso a la educación pública; en segundo lugar, sobre el principio y las garantías del «debido proceso», que suplen la falta de una forma más específica de tutela jurisdiccional; en tercer lugar sobre los más tradicionales derechos civiles y de libertad y sobre el mismo derecho a la vida, ya que su defensa efectiva supone necesariamente la de los derechos sociales vitales como el

derecho a la salud o a la subsistencia; finalmente, sobre derechos sociales más «fuertes», por estar por ejemplo garantizados por sanciones, como el derecho a la protección del medio ambiente, cuya tutela garantiza también el derecho a la salud. Así, contra las tendencias derrotistas —prevalcientes en la literatura politológica— que subrayan sólo los conflictos entre derechos, Abramovich y Courtis demuestran, sobre la base de este extenso y documentado análisis empírico, las mucho más frecuentes sinergias entre principios, en virtud de las cuales los derechos no se contraponen, sino que se conectan, en el sentido de que la tutela de uno significa necesariamente la del otro.

3. Abramovich y Courtis son muy conscientes de los límites de la jurisdicción como instrumento adecuado para una plena garantía de los derechos sociales. Esta inadecuación proviene de los obstáculos mencionados, que, como ellos reconocen, son sólo parcialmente superables. La tarea de la jurisdicción, en realidad, consiste esencialmente en señalar las violaciones —ciertamente, el Poder Judicial no puede sustituir al Poder Legislativo y al Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, tanto menos si se trata de políticas de gran escala o de largo alcance temporal—. Y de todos modos, este mismo carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere a los autores una rigurosa *actio finium regundorum* entre Poder Judicial y Poder Político, como fundamento de su clásica separación: de aquello que el Poder Judicial no puede hacer, por motivo justamente de su naturaleza cognitiva; pero también de aquello que, debido a esa misma naturaleza, *debe hacer*, es decir, señalar todas las violaciones de los derechos sociales cometidos por la Administración pública. Está claro que esta denuncia, que se extiende también a las violaciones de los principios y de otros derechos a los que los derechos sociales sirven como presupuesto, siempre produce efectos jurídicos, que pueden ir desde la imposición de la obligación de la concreta prestación, cuando ésta está predeterminada por la ley, pasando por la puesta en mora de los órganos incumplidores, hasta la simple requisitoria, en una suerte de diálogo institucional idóneo cuanto menos para deslegitimar la inercia y estimular la intervención.

El resultado es un amplio abanico de intervenciones y estrategias garantistas, que representa la mejor refutación de las hipótesis escépticas acerca de la no justiciabilidad de los derechos sociales. Y es claro que el inventario, el análisis, la clasificación y la sistematización de tales intervenciones hacen de este libro una contribución importante a la formación de una dogmática de los derechos económicos, sociales y culturales, de extraordinario interés y utilidad aun para países y

experiencias jurídicas distintas de aquellas, numerosas y heterogéneas, analizadas en él.

Es este el mérito más importante de los dos autores. La tradición jurídica liberal, poco interesada por la tutela de los derechos sociales, nunca ha elaborado en el plano teórico un garantismo social paragonable al garantismo liberal dispuesto para los derechos de propiedad y de libertad. Tampoco lo ha hecho, durante un largo período, la tradición jurídica de ascendencia marxista y socialista, debido a su desvalorización genérica del derecho como instrumento. Hoy en día, libros como el de Víctor Abramovich y Christian Courtis vienen a llenar una laguna. Y revelan el carácter por así decirlo performativo y constitutivo que una cultura jurídica que tome los derechos en serio, según la bella frase de Ronald Dworkin, puede tener frente al derecho mismo, que no es una entidad natural, sino una construcción lingüística y simbólica cuya consistencia conceptual y fuerza vinculante dependen en gran parte del empeño cívico e intelectual de sus intérpretes, sean éstos jueces o juristas.

Roma, diciembre de 2001

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es el producto de la convergencia de dos fuentes distintas de experiencia: la investigación académica y la inmersión en el mundo de la práctica de reclamo y litigio en materia de derechos sociales. Desde el punto de vista académico, nos ha interesado revisar el tradicional acercamiento a los derechos sociales como derechos meramente programáticos e inexigibles, que prima en el derecho público de muchos países de Hispanoamérica. Una de las fuentes más ricas para confrontar esa tradición de cuño conservador proviene de los recientes desarrollos en materia de derecho internacional de los derechos humanos, fuente de la cual se nutre el libro. En la misma línea, hemos acudido a recientes aportes de la teoría del derecho, que han permanecido prácticamente ignorados por la doctrina iuspublicista tradicional. El objeto del libro, sin embargo, dista de ser meramente teórico. Nuestra intención es la de señalar algunas estrategias prácticas a través de las cuales hacer exigibles los derechos sociales incorporados por constituciones y pactos de derechos humanos que nuestros países han ratificado generosamente. Para ello, el marco de la teoría existente es notoriamente estrecho, de modo que hemos seleccionado distintos obstáculos prácticos que provoca el litigio en estas materias, e intentamos ofrecer vías de superación de estos obstáculos, a partir de un panorama que recaba fundamentalmente la experiencia práctica de exigencia judicial de derechos sociales en una amplia gama de países de América, Europa, África y Asia. El material recopilado proviene tanto de sendas investigaciones académicas realizadas en universidades de Estados Unidos y Europa, como de nuestra exposición al campo de la experiencia internacional de ONG que trabajan en

materia de derechos económicos, sociales y culturales, tanto en ámbitos nacionales como supranacionales.

Este libro hubiera sido imposible sin una larguísima lista de apoyos, ayudas, colaboraciones desinteresadas, invitaciones y fuentes de inspiración. Gran parte del material sobre el que trabajamos se debe a la experiencia institucional del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Buenos Aires, y específicamente, a su Programa de Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A todos sus miembros debemos el trabajo y apoyo que han permitido concluir esta publicación: Eugenia Contarini, Carolina Fairstein, Juana Kweitel, Diego Morales y Julieta Rossi. La iniciación y el desarrollo del Programa contó con el decidido respaldo de quien era director ejecutivo del CELS, Martín Abregú.

En el plano académico, nuestros amigos Antonio Baylos y Joaquín Aparicio han propiciado la posibilidad de comenzar la investigación que culminó en este trabajo, gracias a una estadía de estudio en la Escuela de Relaciones Laborales de la Universidad de Castilla-La Mancha, sede Albacete, continuada en varios encuentros de uno y otro lado del Atlántico.

Víctor Abramovich desarrolló parte de su trabajo durante su estancia en el Washington College of Law de American University, en la ciudad de Washington, Estados Unidos. Beth Lyon, Rick Wilson, Robert Goldmann, Durwood Zaelke, y especialmente Claudia Martín y Diego Rodríguez Pinzón, del Center for Human Rights and Humanitarian Law, me brindaron una ayuda inestimable.

Christian Courtis tuvo la oportunidad de disfrutar de la invitación del Departamento de Filosofía del Dret de la Universitat de València para trabajar allí tres meses. A la calidez, a la paciencia y a las sugerencias de mis compañeros Javier de Lucas, María José Añón, Ruth Mestre, Pepe García Añón, Cristina García Pascual, Pablo Miravet, Ángeles Solanes, Emilia Bea, Mario Ruiz, Antonia Maestro y Carmen Castillo se debe la posibilidad de haber corregido, completado y ordenado gran parte del material que desde hacía varios años se acumulaba caóticamente. Jandro Cortina y Consuelo Ramón, y sus respectivos perros, también han debido soportarme estoicamente.

Muchísimas otras personas han tenido la gentileza de señalarnos o enviarnos material que nos resultó de suma utilidad y que hemos incorporado de una u otra manera al libro: Gerardo Pisarello, Nara Osés, Laura Pautassi, Rubén Lo Vuolo, Luigi Ferrajoli, Paolo de Lucia, Luz Patricia Mejía, Raúl Cubas, Danie Brand, Gina Bekker, Ronaldo Porto Macedo, José Reinaldo de Lima Lopes, Alexandra Annes da Silva, Alberto León Gómez, Chris Jochnick, Javier Mujica, Katie

Fleet, Silvia Yee, Isabel Trujillo Pérez, Savithri Walathara, Durwood Zaelke y Geoff Budlender.

A todos ellos, nuestro más sincero agradecimiento.

Parte de la inspiración que generó este trabajo se debe también a nuestra admiración por los juristas iconoclastas, aquellos que se han animado a abandonar los textos canónicos y a decir cosas distintas: Hugo Sinzheimer, Gaetano Vardaro, Antonio Baylos, Enrique Marí, Javier de Lucas, Robert Cover, entre muchos otros. Nuestros compañeros de *No Hay Derecho* son en gran medida responsables de este cultivo común. No hacemos aquí más que ordenar y documentar algunas intuiciones discutidas en reuniones de la revista, los martes a la noche, en la residencia de nuestro amigo Alberto Bovino.

Finalmente, el trabajo tampoco hubiera sido posible sin la experiencia de cientos de abogados de distintas latitudes que decidieron tomar en serio las promesas de la constitución y los tratados de derechos humanos y exigir para sus representados los derechos sociales concedidos en el papel. Este libro constituye nuestro homenaje, y —ojalá— nuestra modesta contribución a esa tarea.

Buenos Aires, abril de 2001

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» (Decimoprimer 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 proveyendo 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).

lación jurídica, y permite, además, situar en un contexto histórico la forma en que han sido conceptualizados y positivizados los diversos derechos. Dedicaremos este apéndice a analizar sumariamente algunas líneas descriptivas que permitan diferenciar estos paradigmas de regulación.

Para empezar, es conveniente efectuar algunas aclaraciones metodológicas. El intento de descripción de dos paradigmas o matrices disciplinarias de regulación jurídica supone la tarea de delinear dos tipos ideales, útiles —creemos— a efectos analíticos y explicativos, pero que no pretenden captar de modo exhaustivo la enorme complejidad de la realidad histórica y normativa de todos los países en los que ha operado la distinción entre derechos civiles y derechos sociales. La utilidad está dada por la posibilidad de captar rasgos característicos que dan sentido al empleo de los distintos términos —civil, social— en ejemplos paradigmáticos, pero por supuesto resulta posible encontrar ejemplos de regulación jurídica de derechos en los que coexisten rasgos de las dos matrices disciplinarias, o frente a los cuales la fertilidad explicativa de los dos tipos ideales es escasa. Esto no debería causar mayor alarma epistemológica: la realidad —aun la de entes convencionales tales como las normas jurídicas y el empleo de términos o clasificaciones— resulta con frecuencia mucho más rica, variada, multiforme y contradictoria que las categorías analíticas que inventamos para ordenarla. Suponer que actividades tales como la sanción de normas legales y la creación de categorías jurídicas siguen un patrón unívoco de racionalidad, cuando dependen de la interacción sucesiva de una multiplicidad de actores, de factores político-ideológicos y de intereses y motivaciones no necesariamente racionales, constituye un error evidente. Sin embargo, esta aseveración no resta sentido al esfuerzo por encontrar algunas regularidades en el empleo común de un término y describir las notas características y los presupuestos de esas regularidades. En ciencias sociales, la evaluación del rendimiento de una categoría teórica no debería depender de su capacidad para explicar de manera *absoluta* un fenómeno —en nuestro caso, el empleo de la clasificación derecho civil/derecho social—, sino de su potencialidad para explicarlo de manera más o menos completa. Esto, sin embargo, en términos de rendimiento, es mejor que renunciar a toda explicación —y afirmar, por ejemplo, que el uso de la clasificación no responde a ningún patrón y es completamente arbitrario.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que el intento de explicar teóricamente el uso de un término debe al menos dar cuenta histórica de los rasgos fundamentales de su uso *pasado*: aunque esta-

blecer estipulativamente las condiciones de «uso correcto» de un término *ex nunc* resulte permisible desde el punto de vista lógico, el rendimiento teórico de esa estipulación será pobre si deja de lado los ejemplos históricos más relevantes de uso de ese término. Por ejemplo: si la estipulación de las condiciones de empleo del término «derecho social», fundada en razones analíticas, deja de lado la positivización histórica de las normas de derecho laboral, por más irreprochable que sea desde el punto de vista lógico, será seriamente deficiente desde el ángulo de su capacidad de explicación retrospectiva. Dicho en otros términos: la potencialidad explicativa de un tipo ideal está indudablemente relacionada con la posibilidad de captar o dar cuenta de los rasgos relevantes de tipos históricos. El notorio apartamiento del empleo histórico de un término constituye un indicio de inadecuación de la estipulación analítica que se haga. Esto importa, por lo menos, la necesidad de elaborar categorías analíticas que tengan en cuenta, por ejemplo, el sentido en que se ha hablado históricamente de constitucionalismo social, de ramas del derecho social, de tribunales en lo social, o la distinción entre pactos internacionales de derechos civiles y pactos de derechos sociales, etcétera.

La noción de paradigma de regulación jurídica es una construcción que intenta explicar un conjunto de soluciones técnico-jurídicas a partir de la asunción de una determinada teoría de las funciones que debe asumir el Estado, y de una teoría acerca de las vinculaciones entre individuo y sociedad. Es evidente que la construcción de tipos ideales no puede ser más que una generalización gruesa, que permite explicaciones a grandes rasgos a costa de sacrificar matices y particularidades. La exposición de la asunción de una teoría del Estado y de una teoría de las relaciones entre individuo y sociedad no puede ser, en este contexto, más que un boceto elemental, referido a aspectos que definen de manera sumamente general los aspectos más notorios de esas teorías, sin pretender en absoluto dar cuenta de la gran riqueza de formulaciones teóricas particulares en las que se funda aquella abstracción. Con todos estos resguardos, creemos, sin embargo, que la generalización es útil, al menos para dar cuenta de fenómenos tales como el surgimiento histórico de nuevas ramas del derecho, de nuevos espacios de autonomía académica, o de nuevas soluciones técnico-jurídicas ante una percepción distinta de las necesidades de regulación de ciertas áreas de la vida social.

Pues bien, dicho esto, pasamos a la descripción de dos paradigmas o modelos distintos de regulación jurídica, que denominaremos respectivamente modelo del «derecho privado clásico» y modelo del «derecho social». Históricamente, el primero abstrae los rasgos más

notorios de la codificación civil continental europea, y del establecimiento de la doctrina contractual clásica del derecho anglosajón, en los siglos XVIII y XIX. El segundo pretende captar los aspectos definitorios de un ciclo iniciado en Europa con la modificación de las reglas que regían los accidentes de trabajo y la contratación laboral, a fines del siglo XIX, y completado progresivamente con la tecnificación de la intervención estatal en campos tales como la educación, la salud y la seguridad social, durante gran parte del siglo XX.

¿Cuáles son los rasgos que caracterizan el tipo de regulación jurídica del *modelo del derecho privado clásico*? Se trata de la transcripción en términos jurídicos de los presupuestos y prescripciones de la economía política clásica, de modo que no es difícil reconocer en las construcciones jurídicas positivizadas a partir de ese modelo la teoría liberal acerca de las funciones del Estado y la teoría sobre las relaciones entre individuo⁵⁰ y sociedad típicas de aquella formulación. Así, por ejemplo, pueden anotarse brevemente:

- la unidad de análisis de la acción humana es individual;
- se presume la racionalidad del sujeto actuante, y su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él;
- se postula que el mercado es el mejor mecanismo de creación de riqueza y de asignación de factores económicos;
- la sociedad se considera en equilibrio o en situación de estabilidad. La desestabilización o el desequilibrio causados voluntariamente requerirán mecanismos de re-equilibrio;
- las funciones que se asignan al Estado son el mantenimiento de un marco legal e institucional confiable, que fomente la previsibilidad de las transacciones, la protección de la situación de equilibrio, y su restablecimiento en los casos en los que la modificación se haya producido través de mecanismos no permitidos.

Traducidos a términos jurídicos, estos presupuestos generan:

- la construcción de sujetos de derecho individuales;
- la equivalencia de los sujetos de derecho, expresada en nociones tales como la igualdad formal ante la ley y la igualdad de las partes contratantes;
- la consagración del principio de autonomía de la voluntad, y del contrato como mecanismo válido para intercambiar bienes y servicios; en un escalón similar, el establecimiento de factores personales y subjetivos de asignación de responsabilidad civil, tales como el dolo y la culpa;

50. Cf. R. Lo Vuolo, «Economía política del Estado de Bienestar: mitología neoliberal y keynesianismo populista», en E. Isauni, R. Lo Vuolo y E. Teti Fanfani, *El Estado benefactor. Un paradigma en crisis*, Buenos Aires, 1991, p. 34.

- la limitación de las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas (legislación), protección de bienes jurídicos individuales y de las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad, defensa) y al restablecimiento del equilibrio económico ante la producción ilícita de daño o el incumplimiento de lo pactado contractualmente (justicia civil) y, en los casos de afectaciones más graves, la imposición de sanciones penales (justicia penal);
- el diseño de acciones procesales individuales, en las que la medida de la legitimación es la afectación individual de derechos.

Presentado este modelo, resulta más fácil comprender cómo se adecua la construcción de los llamados derechos civiles (o derechos de libertad o de autonomía) a su entramado. La elaboración técnica de las posiciones jurídicas individuales tradicionalmente denominadas derechos civiles responde a la necesidad de configurar jurídicamente un espacio autónomo de actuación, en el que la interferencia estatal en las decisiones adoptadas por los individuos sea mínima. Aunque aquel espacio involucre ámbitos variados de actuación —desarrollo de la personalidad, relaciones afectivas, cultura, política, religión, expresión de ideas, arte, ocio, etc., y no sólo la economía—, dada la hegemonía en este modelo del papel del mercado, gran parte de la construcción jurídica de la noción de derecho subjetivo y de su protección jurisdiccional giró alrededor del aseguramiento de derechos patrimoniales⁵¹. Este entramado asigna, claro está, preeminencia al contrato como técnica de distribución e intercambio de bienes. Lo que resulta relevante destacar es que, tematizada desde este esquema, la regulación de cualquier área de interacción humana tiende a poner énfasis en el papel que juega la voluntad individual en la realización del derecho⁵². De este modo, los derechos quedan configurados como

51. Esto explica, por ejemplo, las dificultades de tratamiento jurídico de bienes no patrimoniales, tales como la vida, la libertad de conciencia, la libertad religiosa o los denominados derechos personalísimos. El intento de tematizar estos bienes a través de la red conceptual del derecho privado clásico consiste generalmente en la traducción de su afectación a términos de rendimiento económico —«pérdida de *chance*», «frustración del plan de vida», «lucro cesante», etcétera—, que evidentemente captan de modo muy limitado la riqueza teórica y filosófica que subyace a aquéllos. Ver sobre el punto las agudas reflexiones de Juan Ramón Capella, «Límites de la democratización capitalista», en *Los ciudadanos siervos*, Madrid, 1993, pp. 71-77. En sentido similar, P. Barcellona, *El individualismo propietario*, Madrid, 1996, pp. 55-66. Ver también el análisis de Jose Reinaldo de Lima Lopes sobre las vinculaciones entre la noción de derecho subjetivo, la noción de propiedad y la concepción tradicional de la noción de legitimación procesal en «Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito», cit., pp. 116-124.

52. Cf. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 483: «Esta 'sociedad de derecho privado' estaba cortada a la medida de la autonomía de sujetos jurídicos que, sobre

libertades o facultades: libertad de aprender y enseñar, libertad de conciencia, libertad de trabajar, libertad religiosa, libertad de expresión, libertad ambulatoria, libertad de actuación salvo existencia expresa de prohibición (penal, por ejemplo), libertad de formar una familia, etc. No resulta extraño, en este contexto, que el valor resaltado por este modelo sea el de la libertad⁵³.

Vale volver a decir aquí que el modelo *no* se define por el carácter de las obligaciones del Estado: la tarea de definición de los derechos, su protección y su reestablecimiento en caso de violación supone obligaciones positivas del Estado, y en todo caso injerencia, actividad estatal, no sólo abstención. Sin embargo, de donde se excluye (tendencialmente, claro) al Estado en este modelo es de la posibilidad de tomar decisiones que desplacen a las decisiones individuales o que afecten bienes sujetos a decisión individual⁵⁴.

El modelo del *derecho social* no es un modelo que sustituya completamente al modelo del derecho privado clásico, sino un modelo correctivo de lo que se consideran disfunciones de este último⁵⁵. La articulación de este modelo se funda, por un lado, en la modificación o sometimiento a crítica de algunos de los presupuestos y postulados del modelo del derecho privado clásico —sin, por ello, desbancarlos completamente—. Esto es notorio, por ejemplo, en el campo de los presupuestos de la teoría de la sociedad y de las relaciones sociedad-individuo⁵⁶. Por otro lado, se señalan las limitaciones de los mecanis-

todo en su papel de participantes en el mercado, habrían de buscar su bienestar y encontrarlo a través de una persecución lo más racional posible de sus propios intereses».

53. Cf. F. von Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I (*Normas y orden*) Madrid, 1978, y vol. III (*El orden político de una sociedad libre*), Madrid, 1982, y el influyente ensayo de Isaiah Berlin, «Dos conceptos de libertad», en *Íd.*, *Libertad y necesidad en la historia*, Madrid, 1974, pp. 133-182.

54. Tampoco es ésta una cuestión exenta de problemas de interpretación, en la medida en que la noción de decisión individual no es un «objeto natural» y también precisa ser definida —de modo que en este modelo son comunes las discusiones sobre qué signo debe tomarse como expresión de una decisión, o cuándo debe tomarse una decisión por definitiva, cuál es la manifestación que debe tomarse por verdadera ante signos contradictorios, etc.—. Cf. R. W. Gordon, «Cómo descongelar la realidad legal: una aproximación crítica al derecho», en C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, 2001, pp. 364-366.

55. Cf. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 483: «El modelo del Estado social (o modelo del derecho ligado al Estado social) surgió de la crítica reformista al derecho formal burgués». Ver, en el mismo sentido, F. Ewald, «El concepto de derecho social»: *Revista Contextos* 1 (1999), p. 101-134; *Histoire de l'État providence. Les origines de la solidarité*, Paris, 1999, y la reconstrucción histórica de José Luis Monereo en *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, 1999, cap. 1.

56. Cf. F. Ewald, «El concepto de derecho social», cit., p. 102: «Lo que convierte al viejo sistema legal [el derecho privado clásico] en uno nuevo [el derecho social] es la

mos del derecho privado clásico, sosteniéndose la necesidad de intervención estatal cuando el funcionamiento del mercado no garantice resultados aceptables⁵⁷. La construcción de este modelo jurídico es uno de los vehículos a través de los cuales se realizan las funciones del Estado social, Estado de bienestar o Estado providencia. Sumariamente, podemos apuntar entre los postulados que informan el modelo de derecho social:

—la introducción en el análisis de la acción humana de la dimensión colectiva. Esta dimensión incorpora conceptos analíticos colectivos —como los de clase social, grupo, etnia, raza, género— y la idea de mediación social de toda acción individual y de toda interacción humana;

—el señalamiento de límites a la racionalidad del sujeto actuante, y a su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él. Estos límites estarían marcados por diversos factores: la constatación de motivaciones irracionales en los seres humanos, su voluntad cambiante, el efecto de presiones colectivas, la falta o el carácter incompleto de la información disponible, la diferencia de poder de los sujetos interactuantes, la necesidad, la coacción, etc.;

—la generación de riqueza deja de ser el único factor de análisis de resultado económico. A ella se agregan otros factores, tales como la igualdad y la equidad. De manera que la intervención en el mercado puede justificarse a partir de otros valores;

—la sociedad se considera en estado de conflicto permanente: esto genera mecanismos de negociación y tregua precaria que se renuevan constantemente;

manera de pensar sobre las relaciones del todo y sus partes, sobre las relaciones mutuas de los individuos, sobre el conjunto en que se establece a partir de allí; en síntesis, la manera en que se concibe el contrato social. Mientras el contrato clásico era analizado como una relación inmediata entre individuos autónomos y soberanos, de la cual surgía un Estado con poderes limitados a garantizar los contratos celebrados sin su concurrencia, en el concepto de contrato del derecho social el todo tiene una existencia propia independiente de las partes —ya no se trata del «Estado», sino de la «sociedad»— y las partes nunca asumen obligaciones directamente, sin pasar por la mediación del todo. El término «socialización» designa esta forma de concebir las obligaciones, en la que el nexo entre uno y otro individuo siempre es mediado por la sociedad que forman, la que juega un papel regulatorio, mediador y redistributivo».

57. Ver al respecto M. J. Añón, «El test de la inclusión: los derechos sociales», en A. Antón (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, 2000, pp. 148-191. La autora sostiene que «el debate sobre los derechos sociales y la ciudadanía nos conduce hacia uno de los presupuestos tácitos de estos derechos. Me refiero a la aceptación de la responsabilidad por las necesidades del bienestar de los ciudadanos. Esta idea, ciertamente, supone plasmar a través de políticas sociales un principio de justicia distributiva: a cada cual según sus necesidades» (*Ibid.*, pp. 152-153).

—las funciones que se asignan al Estado se multiplican: el Estado asume la regulación política de la economía, y toma a su cargo la decisión acerca de qué áreas de la interacción humana quedarán libradas al funcionamiento del mercado, y qué áreas quedarán parcial o totalmente desmercantilizadas. La orientación de esta acción estatal se dirige a redistribuir o estabilizar ingresos, haciendo accesibles bienes y servicios a sectores de la población desfavorecidos por el mercado: el Estado pretende así equiparar o compensar desigualdades sociales que se consideran indeseables⁵⁸. Típicamente, el Estado desmercantiliza⁵⁹ o interviene áreas que se juzgan esenciales para el mantenimiento de estándares mínimos de vida para todo ser humano: trabajo, salud, educación, transporte, vivienda, consumo, medio ambiente, etc.⁶⁰. En una fase más cercana a nuestros días, el Estado ha incorporado otras funciones inspiradas en una orientación similar, como la de proteger las diferencias que se estiman valorables y promover el acceso de grupos sociales históricamente postergados a instituciones o actividades en los que estuvieran subrepresentados⁶¹.

Traducidos a términos jurídicos, estos presupuestos generan:

—la introducción de dimensiones colectivas en el derecho: entre ellas, la construcción de sujetos de derecho colectivos (tales como sindicatos o asociaciones de consumidores) y la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas, que desplazan a las individuales (como los convenios colectivos de trabajo), o bien la construcción de categorías colectivas o grupales (trabajador/empleador, consumidor/profesional, beneficiario de un servicio social, miem-

58. En términos de Mazziotti, «función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales» (M. Mazziotti, «Diritti sociali», en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1964, p. 804).

59. La introducción del término se debe a Karl Polanyi (*La gran transformación*, Madrid, 1997); G. Esping-Andersen, *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Valencia, 1993, pp. 57-80; R. Titmuss, *Política social*, Barcelona, 1980, pp. 62-80.

60. Para un análisis comparado de la juridificación de las relaciones de trabajo y de las relaciones de consumo de acuerdo al modelo del derecho social, cf. V. Abramovich y C. Courtis, «Los anillos de la serpiente...», cit., pp. 54-63.

61. Sobre las continuidades y rupturas de la intervención estatal a favor de la redistribución de recursos y la intervención a favor del reconocimiento y promoción de la posición de grupos desaventajados, vale la pena repasar el debate entre autoras feministas como Iris Marion Young y Nancy Fraser: cf. I. M. Young, *La justicia y la política de la diferencia*, Valencia, 2000, y «Vida política y diferencia de grupo: una crítica al ideal de ciudadanía universal», en C. Castells (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, 1996, pp. 999-126; N. Fraser, *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición «postsocialista»*, Bogotá, 1997, caps. 1 y 8; ver también M. J. Añón, «Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías», en F. J. Lucas Martín (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, 1999, pp. 43-118.

bro de un grupo vulnerable, etc.), de cuya pertenencia depende el tratamiento jurídico recibido;

—la consideración de desigualdades materiales, de poder político y económico y de información entre distintas clases de sujetos de derecho, juridificada a través del trato desigual de sujetos ubicados en distintas posiciones. Consecuentemente, se generan principios de interpretación (como los principios *favor operari* y *favor consumatori*) y reglas procesales (como la inversión de la carga probatoria acreditado el daño en la relación laboral, o el establecimiento de presunciones procesales a favor de la parte considerada más débil) acordes con ese tratamiento desigual;

—el establecimiento de limitaciones al principio de autonomía de la voluntad. Los mecanismos típicos del derecho social en esta materia son varios: el establecimiento de mínimos de interés público indisponibles por los individuos, fundados en la necesidad de protección de valores tales como la salud, la seguridad, la dignidad (por ejemplo, el llamado «orden público laboral» o el «orden público de consumo»), la nulidad de cláusulas contractuales consideradas abusivas o engañosas, el control estatal (*a priori* y *a posteriori*) de la oferta pública de bienes y servicios, etc.;

—el desplazamiento o limitación del ámbito de actuación de mecanismos contractuales, o su sustancial regulación estatal. La desmercantilización se expresa en términos jurídicos en el avance del derecho público sobre el área en cuestión, generalmente a partir de la organización de un servicio público, de la regulación estatal de los ámbitos librados a la gestión privada, o del establecimiento de agencias de regulación. En esta tendencia, el Estado asume funciones de promoción de las oportunidades de grupos sociales desaventajados o históricamente postergados en ámbitos tales como el acceso al trabajo, la educación y la actividad política. Estas funciones se juridifican a través de medidas proactivas: por ejemplo, el establecimiento de cuotas, de criterios de preferencia o de incentivos fiscales, o exigencias de adecuación, aplicables en el ámbito público, en el de las relaciones del Estado con contratistas particulares, y aún en el de las relaciones entre particulares;

—la modificación de los criterios de asignación de responsabilidad civil: la generación de riesgo y la necesidad de establecer criterios sociales de distribución del costo de los daños llevan a la elaboración de la noción de responsabilidad objetiva, independiente de factores subjetivos;

—la ampliación de las funciones estatales: el Estado agrega nuevas áreas permanentes de injerencia, a través de su gestión directa, de

funciones de regulación y control, de la tutela de bienes colectivos o de su actuación como mediador/pacificador en ámbitos de negociación y de conflictos colectivos. Dado que estas áreas resultan juridificadas a partir de principios distintos a los del derecho privado clásico, se diversifican también las funciones de la Justicia, que amplía así sus esferas de actuación a la solución de conflictos que surgen de la aplicación de regímenes jurídicos especiales (como los de trabajo, consumo, etc.), y al control judicial de la actividad administrativa en las áreas desmercantilizadas;

—la incorporación de acciones procesales colectivas o transindividuales, en las que el actor legitimado representa intereses grupales o invoca la tutela de bienes colectivos (tales como las *class actions*, el amparo colectivo, la acción civil pública, las acciones colectivas de las asociaciones de consumidores, etc.).

Resumiendo algunos de estos rasgos, Ewald caracteriza al derecho social por:

a) ser un *derecho de grupos* y no de individuos. El individuo goza de sus beneficios sólo en la medida de su pertenencia a un grupo; se trata de un derecho del individuo situado o calificado;

b) ser un *derecho de desigualdades*, que pretende constituirse en instrumento de equiparación, igualación o compensación. Se trata de un modelo jurídico que tiende a concebir las relaciones legales como estructuralmente desigualitarias, rechazando la concepción del contrato en términos de equilibrio de las prestaciones, autonomía de la voluntad o protección del consentimiento;

c) hallarse ligado a una *sociología*, orientada a señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a las distintas clases o grupos sociales, cuáles son las necesidades o aspiraciones de esos grupos, etc. Esta orientación sociológica desplaza a la filosofía o a la moral, fundamento de derecho privado clásico⁶².

Repasados los rasgos de este modelo de derecho, se hace aparente que los llamados «derechos sociales» son fruto del intento de elaboración técnico-jurídica de posiciones jurídicas subjetivas (individuales o colectivas) configuradas en consonancia con la lógica de este paradigma. Ciertamente, un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos moldeados a partir del modelo de derecho social es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de disparidad —sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos⁶³, mejores oportunidades a grupos sociales pos-

62. F. Ewald, *L'Etat providence*, cit., pp. 451-452; cf. también «Le droit du travail: une légalité sans droit?»: *Droit Social* 11 (1985), pp. 723-728.

63. Cf. A. Baldassarre, «Diritti sociali», en *Enciclopedia giuridica* XI, Roma, 1989,

tergados, o de compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares—. De ahí que el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica⁶⁴.

Al respecto, cabe efectuar varias reflexiones. En primer lugar, dada la gran diversidad de funciones que el modelo de derecho social requiere del Estado, el tipo de posición subjetiva que pueda surgir de las distintas formas de intervención reviste también una enorme variedad: tanto el derecho individual a obtener una prestación médica del Estado, como el derecho del sindicato a realizar una huelga, como el derecho de los consumidores al control estatal de cláusulas abusivas frente a la oferta masiva de un producto, como el derecho del género femenino de ampliar su participación en la vida política, etc., son manifestaciones técnico-jurídicas de ese modelo y, sin embargo, su heterogeneidad deóntica y de contenido es palmaria. En este sentido, el uso de la categoría de «derechos sociales» apenas informa sobre la correspondencia de una solución técnico-jurídica a un modelo jurídico-político, pero no mucho más. El valor informativo del término no pasa de señalar un cierto aire de familia, pero difícilmente sirva para esclarecer la estructura deóntica de un variopinto conjunto de construcciones jurídicas muy distintas entre sí. Los derechos a prestaciones son sólo un ejemplo de estas construcciones, pero no el único y, en muchas áreas —como por ejemplo, el derecho de consumo, o el derecho antidiscriminatorio— ni siquiera el más importante.

Por otro lado, es evidente que la ampliación de funciones del Estado en el contexto del modelo de derecho social no necesariamente se ha traducido técnicamente en la configuración de derechos subjetivos según el modelo elaborado alrededor del paradigma del derecho privado clásico. En muchos casos, el Estado ha asumido esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización cuyo efecto social y económico no se asigna particularmente a sujetos, sean éstos individuales o colectivos. Sin embargo, tampoco hay en la naturaleza del tipo de intervención estatal que

64. «La justificación teórica de los derechos sociales [radica] en el concepto de *liberación de determinadas formas de privación* y, por ende, su finalidad es la realización de la igualdad o, más precisamente, una síntesis entre libertad e igualdad».

64. Cf. M. J. Añón, «El test de la inclusión: los derechos sociales», cit., p. 153: «(U)na de las cuestiones más debatidas en este contexto es la articulación del principio de igualdad. Así, la atención de acuerdo con las necesidades y la articulación del principio de igualdad de oportunidades han afectado y afectan tanto a los equilibrios sociales como a la justicia social. Unido a ello, el principio de igualdad sustancial o material [...] enuncia una regla anti-abstencionista que impone remover los obstáculos que de hecho impiden ser iguales a los sujetos en condiciones dadas».

caracteriza al derecho social ningún «defecto» que impida elaborar derechos subjetivos reclamables individual o colectivamente. Lo que sucede en muchos casos es que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad las prestaciones o intervenciones que las constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos⁶⁵. En estos casos, no hay ninguna imposibilidad conceptual o fáctica de construir derechos sociales tutelables judicialmente⁶⁶; tomarse en serio una constitución o un pacto de derechos humanos que consagran derechos sociales, si uno asigna a estos instrumentos no sólo valor normativo, sino un valor normativo supremo, destinado a limitar e imponer obligaciones a los poderes públicos, importa justamente reclamar esa construcción y no —como hacen muchos juristas— leer en el término «derecho», cuando se trata de derechos sociales, una expresión figurada o metafórica, tesis que sin embargo no sostendrían cuando se trata de interpretar derechos civiles.

Otro punto a comentar está dado por el uso del término derecho subjetivo. Aunque, como dijimos, el contexto político-ideológico que culminó en la articulación técnica de esta noción, y en la elaboración de garantías judiciales de tutela, asumió como imagen-modelo el derecho de propiedad, nada impide tomar conciencia de las limitaciones generadas por ese contexto, y adaptar la construcción a las particularidades de otras necesidades de regulación, como por ejemplo, la dimensión colectiva de algunos conflictos o reclamos, o las peculiaridades de una condena que establece obligaciones de hacer. Y es que estas particularidades no son lo suficientemente importantes como para requerir el abandono del uso de un término cuyas connotaciones más importantes —tales como la legitimidad de la reivindicación y el poder de reclamo ante una autoridad imparcial en caso de incumplimiento— se pretende preservar.

Esta observación nos lleva a otra cuestión que también es importante remarcar: como ya a esta altura debe haber quedado claro, la

65. Cf. L. Ferrajoli, «Estado social y Estado de derecho», en *Garantismo y filosofía del derecho*, Bogotá, 2000, pp. 65-91. Una lectura posible del actual intento de desmantelamiento de los Estados de bienestar desde esta perspectiva pondría énfasis no sólo en la reducción de servicios sociales, sino también en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política social respectiva. Una clara manifestación de esta precarización es el paso de políticas sociales universales, fundadas en el reconocimiento de derechos subjetivos, a programas sociales focalizados y transitorios, fundados en la intervención discrecional del poder público. Ver, al respecto, R. Lo Vuolo, A. Barbeito, L. Pautassi y C. Rodríguez, *La pobreza... de la política contra la pobreza*, Buenos Aires, 2000, pp. 191-202.

66. De hecho, muchos de ellos, en especial los vinculados con la relación de trabajo, han sido elaborados de ese modo.

no exhaustividad —y, más aún, la relativa plasticidad— de los rasgos que caracterizan a los modelos de derecho privado clásico y derecho social, y de las nociones de «derechos civiles» y «derechos sociales», hacen que resulte en cierto modo estéril intentar encorsetar en estas categorías algunos principios y garantías, de los que además se derivan derechos. Por ejemplo, gran parte de los elementos componentes de la denominada garantía del «debido proceso», como el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el principio procesal de igualdad de armas o el derecho a producir prueba de descargo, difícilmente puedan adscribirse con mayor sentido a uno de esos modelos. A lo sumo, puede destacarse algún rasgo típico de un modelo ante soluciones procesales específicas —por ejemplo, el principio interpretativo *favor operari*, la inversión de la carga probatoria en la hipótesis de sobrefacturación en materia de servicios públicos domiciliarios o el derecho a asistencia letrada proporcionada por el Estado en caso de imposibilidad de costear los servicios de un abogado ante una acusación penal, parecen responder a principios explicativos más acordes con el paradigma del derecho social—. Aun a riesgo de ser excesivamente genérico, puede decirse que muchos derechos de corte instrumental, como las garantías procesales, o el derecho a la información, o bien aquellos derechos definitorios de los elementos mínimos indispensables para participar de la vida en términos jurídicos, como el derecho a la vida, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, o los denominados derechos personalísimos, informan tanto el modelo del derecho privado clásico como el del derecho social. Poco sentido tiene intentar encasillar estos derechos en una única categoría, ya que representan presupuestos para el ejercicio tanto de derechos civiles como de derechos sociales. Y es que, como lo hemos dicho, si bien el modelo del derecho social es correctivo del modelo de derecho privado clásico, además de relaciones de ruptura frente a algunas soluciones —en especial, aquellas vinculadas con la distribución de funciones entre el Estado y el mercado—, también existen entre esos modelos relaciones de continuidad, hecho nada sorprendente, ya que ambos son variantes que se desprenden de la misma raíz filosófico-política, la concepción moderna del mundo.

Durante el siglo xx, la coexistencia de expresiones de ambos modelos ha sido una nota característica de la legislación y —más generalmente— de la adopción de políticas públicas en los países desarrollados de Occidente y de aquellos que reciben su influjo, variando, eso sí, el peso de los componentes de cada modelo de acuerdo a las fluctuaciones ideológico-políticas coyunturales. Nada indica

la completa supresión de ninguno de los dos modelos en un futuro inmediato o mediato.

Resta aclarar otro aspecto sobre la naturaleza de paradigmas o matrices disciplinarias. La distinción de estos paradigmas no se refiere a su *objeto* de regulación, sino a su *modo* de regulación. Esto significa que un mismo objeto de regulación jurídica —por ejemplo, la venta de trabajo humano por cuenta ajena— puede ser tematizado en términos del derecho privado clásico o del derecho social. Sin embargo, debido a que la regulación histórica de algunos derechos ha coincidido con el período de codificación del paradigma del derecho privado clásico, su denominación se identifica generalmente con esa regulación. Es el caso del derecho de propiedad, o de la libertad de comercio. No obstante —según hemos dicho antes—, es posible pensar en una regulación de cariz social de los mismos derechos.

Lo mismo sucede con la regulación de algunos de los llamados derechos sociales: los presupuestos conceptuales de su regulación histórica están vinculados íntimamente a la forma de regulación del derecho social. El derecho del trabajo ha sido, sin duda, la primera expresión histórica completa del modelo de derecho social. Sin embargo, no resulta imposible teóricamente imaginar la regulación del mismo objeto jurídico a través del marco conceptual del derecho privado clásico⁶⁷. De hecho, el derecho del trabajo ha sufrido en los últimos años embates destinados a volver a regular la venta de trabajo a partir del paradigma del derecho privado clásico. Varios aspectos de la denominada «flexibilización laboral» constituyen un ejemplo de este fenómeno⁶⁸. El marco de regulación general del derecho laboral —los denominados «principios o instituciones fundamentales del derecho laboral»— responde, sin embargo, a la forma de regulación

67. Cf. la opinión de Ewald sobre el punto: «Si el derecho social es pensado simultáneamente como un proceso de transformación del derecho, ligado a una práctica gubernamental específica, y como el desarrollo de un nuevo tipo de derecho con una estructura que ya no es la misma que la anterior, la situación cobra un sentido totalmente diferente del que surgiría de su reducción al derecho laboral o al de la seguridad social. En primer lugar, porque es claro que la estructura del derecho social no corresponde necesariamente al derecho del trabajo o al de la seguridad social, dado que puede concebirse la existencia de estas ramas del derecho sin que obedezcan a las reglas del derecho social. En segundo término, porque el proceso de socialización del derecho no está limitado a una u otra rama del derecho, de modo que los dos tipos clásicos de derecho social deben ser vistos como dos ejemplos, sin duda notorios, pero no por ello especiales, de un derecho de aplicación más universal» (F. Ewald, «El concepto de derecho social», cit., p. 102).

68. Ver, sobre el punto, V. Abramovich y C. Curtis, «Futuros posibles. El derecho laboral en la encrucijada»: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* II/1-2 (1997), pp. 166-174 y bibliografía allí citada.

propia del derecho social. En términos similares, ámbitos tales como la salud, la educación o la vivienda también pueden ser juridificados a partir de los postulados o premisas del derecho privado clásico, pero los resultados de dicha juridificación difícilmente coincidan con el tipo de regulación característica del derecho social: la tematización del derecho privado clásico se ceñiría a la garantía estatal del funcionamiento de las reglas del mercado en esos ámbitos. En esos términos, por ejemplo, la idea del «derecho a la salud», por ejemplo, se limitaría a la de no ser privado de salud por el Estado o por otros particulares, y no incluiría el derecho a acceder a servicios médicos en caso de no poder contratarlos. Semejante concepción resulta, sin embargo, poco representativa del contenido con el que habitualmente vinculamos el derecho a la salud, justamente porque la identificación de este ámbito como un área sujeta a reglas diferentes a la de otras transacciones —a la venta de corbatas, por ejemplo— se debe a una operación de selección sustantiva y desmercantilización típica del modelo del derecho social.

Un último comentario se dirigirá a la formulación de teorías contemporáneas que pretenden que tanto el modelo del derecho privado clásico como el modelo del derecho social han sido superados, y vislumbran el advenimiento de un paradigma nuevo, de corte procedimental⁶⁹. Más allá del interesante intento de reconstrucción de los distintos modelos y la articulación de críticas a algunas soluciones históricas adoptadas por ambos, ninguna de estas teorías indica claramente cuáles serían las soluciones técnico-jurídicas típicas de este nuevo paradigma, y en qué se diferenciaría de los modelos considerados superados. Cabe manejar cierta cautela antes de dar con tanta facilidad por desaparecidos los modelos anteriores. Por empezar, es difícil aseverar aún hoy que el modelo del derecho social sea un paradigma completo o maduro: muchos de los apuntes realizados a lo largo del texto —los problemas de adecuación del diseño de las acciones procesales tradicionales, la falta de desarrollo de garantías específicas, la falta de concreción de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos— constituyen una muestra cabal de esta falta de plenitud, y las soluciones que se van articulando al respecto son indicios de una evolución aún incipiente, aunque en muchos casos claramente perceptible, en el sentido de una futura concreción más articulada de este modelo. Si bien en algunos ámbitos puede

69. Cf. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., cap. IX. Lo dicho aquí puede extenderse a las propuestas de construcción de un «derecho reflexivo», adelantadas por Günther Teubner (cf. «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law»: *Law and Society Review* 17 [1983], pp. 239 ss.).

notarse una retracción del modelo del derecho social (como en el campo del derecho del trabajo, o en las recientes reformas del sistema previsional de distintos países de América Latina), en algunos otros la regulación de corte social ha desplazado o modificado notoriamente al modelo de derecho privado clásico (derecho del consumo, derecho ambiental, derecho procesal, derecho a la salud, derechos de las personas discapacitadas). Las reformas constitucionales experimentadas en países latinoamericanos durante la década de 1990 se embarcan sin ninguna duda en el constitucionalismo social, antes que en el liberal.

Por otro lado, también cabe relativizar la supuesta novedad de la tendencia hacia la procedimentalización del derecho. Resulta llamativo constatar que tanto el modelo del derecho privado clásico como el del derecho social han reivindicado entre sus rasgos propios esa tendencia hacia la procedimentalización. En el caso del derecho privado clásico, el propio Max Weber señala como una de las características de la modernización del derecho la concesión a los individuos de «la facultad de regular automáticamente, dentro de ciertos límites y por medio de negocios jurídicos, sus relaciones recíprocas. [...] El volumen de la libertad contractual, es decir, del contenido de los negocios jurídicos garantizado como 'válido' por el poder coactivo, y por tanto, la relativa importancia de las normas que autorizan esos 'poderes' de disposición dentro de la totalidad de un ordenamiento cualquiera son, naturalmente, en primer término, una función del desarrollo del mercado»⁷⁰. Esta «descentralización de la creación jurídica» (término que Weber toma de Andreas Voigt⁷¹) es, justamente, una tendencia hacia la procedimentalización del derecho, en la medida en que concede a los individuos procedimientos de interacción jurídica, y en que, dentro de ciertos límites, somete a juicio de la autoridad judicial sólo el ejercicio formal de esas facultades, pero no la revisión de su resultado material.

En el caso del derecho social, junto con algunos rasgos de sustancialización o materialización del derecho ya descritos, pueden señalarse también tendencias hacia la procedimentalización⁷². Así, gran parte del derecho colectivo del trabajo consiste en la estructuración de procedimientos colectivos de negociación y creación normativa (celebración de convenios colectivos de trabajo), control de la gestión

70. M. Weber. *Economía y Sociedad*, México, 1964, p. 533.

71. *Ibid.*, p. 586.

72. Ewald, por ejemplo, describe al derecho social como «un acuerdo, un compromiso siempre revisable entre grupos e intereses en conflicto» («El concepto de derecho social», cit., p. 118).

económica y laboral de la empresa (derecho a la información y procedimientos de consulta del sindicato) y de autotutela (derecho de huelga) por parte de actores colectivos (el sindicato o el comité de empresa)⁷³. Del mismo modo, el ordenamiento laboral establece reglas de creación, reconocimiento, representación, funcionamiento interno y protección de desempeño de las labores de los delegados, todas de corte procedimental o instrumental. Contemporáneamente, el derecho del consumo ha adaptado parte de estos institutos, estableciendo reglas procedimentales de creación y reconocimiento de las asociaciones de consumidores y de participación en el planteo y en la solución de conflictos de consumo, así como en el control de la prestación de servicios públicos y en la modificación de regímenes contractuales o tarifarios⁷⁴. En el mismo sentido, el desarrollo del derecho a la información en materia de consumo y en materia ambiental, o el del derecho de participación y consulta de minorías culturales o de grupos desaventajados en las decisiones que puedan afectarlos⁷⁵ son ejemplos de esa tendencia. La tendencia afecta incluso derechos tales como el derecho a la salud, donde se han desarrollado una serie de requisitos procedimentales para la toma de decisiones referidas al tratamiento médico o a la realización de intervenciones quirúrgicas⁷⁶.

73. Ver, al respecto, la lúcida exposición de Antonio Baylos Grau, en *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991, cap. 4. Ver también A. Supiot (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, 1999, p. 154: «La tendencia general es que la ley vaya vaciándose de disposiciones sustanciales y llenándose de reglas de procedimiento destinadas a garantizar el derecho a la negociación colectiva. Según los casos, los convenios colectivos reemplazan, prolongan, desarrollan o ejecutan las disposiciones legislativas. En todos los sistemas de relaciones laborales, se observa este movimiento hacia una mayor autonomía de las partes sociales y de las empresas frente al poder público».

74. Ver T. Bourgoignie, *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, cit., pp. 129-130.

75. Cf., al respecto, I. M. Young, «Vida política y diferencia de grupo...», cit., pp. 111-117 y 125.

76. Así, el denominado el derecho a la confidencialidad de los registros médicos, el derecho del paciente a acceder a la historia clínica, el derecho a recibir explicaciones acerca del tratamiento prescrito y el llamado «consentimiento informado». Cf. M. Brazier, «Rights and Health Care» y J. Montgomery, «Right to Health and Health Care», en A. Coote (ed.), *The Welfare of Citizens*, Londres, 1992, y A. J. Kraut, *Los derechos de los pacientes*, Buenos Aires, 1997, caps. VII y VIII. En sentido más amplio, cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG n.º 13 («El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»), punto 11: «(O)tro aspecto importante [del derecho a la salud] es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional».

En uno y otro caso, las formas de la procedimentalización acompañan la diversa manera de concebir las relaciones entre individuo y sociedad de cada modelo: en el caso del derecho privado clásico, la procedimentalización privilegia el lugar del individuo y de la voluntad individual; en el caso del derecho social, el diseño de los procedimientos toma en cuenta dimensiones colectivas y desigualdades de poder y de información entre clases distintas de sujetos. Pocos indicios aporta Habermas para determinar cuál sería la forma de los derechos concebidos a partir de un paradigma puramente procedimental, y en qué se diferenciarían de las tendencias procedimentales del modelo del derecho privado clásico o del modelo del derecho social.

Como conclusión, diferenciar entre derechos civiles y derechos sociales puede tener algún sentido si con ello se pretende señalar la distinta matriz regulatoria a la que responde la positivización de cada derecho. La distinción puede aportar alguna información sobre el origen histórico y sobre el contexto político-ideológico de la regulación de distintos ámbitos de interacción humana. Sin embargo, el empleo de la distinción tiene también limitaciones: por ejemplo, no es exhaustiva, de modo que es posible señalar derechos que no respondan exclusivamente a ninguno de los dos rótulos, y es demasiado genérica, de modo que, bajo cada categoría, caben derechos de estructura completamente heterogénea, imposibles de reducir a una forma única.

Capítulo 2

OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

2.1. Fuentes de interpretación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales

Sentada la relatividad de la distinción conceptual entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, cabe sin embargo señalar que la adopción en el plano internacional de dos pactos distintos ha reflejado la intención de establecer obligaciones de alcance diferente en relación a cada categoría de derecho. Estas asimetrías se manifiestan en la diferente redacción de los artículos 2.2 PIDCP y 2.1 PIDESC: mientras que en el primer caso se consagra incondicionalmente la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos consagrados en el Pacto, en el caso del PIDESC la obligación de adoptar medidas resulta modalizada por la referencia a la disponibilidad de recursos y a la realización progresiva de la efectividad de los derechos. Por otro lado, el PIDCP establece expresamente en su artículo 2.3 el derecho a un recurso efectivo en caso de violación de los derechos consagrados en el Pacto, derecho que no se encuentra establecido explícitamente en el PIDESC¹. A pesar de estas marcadas diferencias de redacción de ambos textos legales, la labor interpretativa de los órganos de aplicación del PIDESC ha procurado reducir las aparentes brechas entre ambos sistemas normativos, tal como veremos en el punto 2.2.

1. En el orden constitucional de diferentes países pueden encontrarse diferencias de tratamiento similares. Así, por ejemplo, se excluye los derechos sociales de la tutela jurisdiccional por vía de la acción de amparo o del recurso de protección, o se supedita la posibilidad de su invocación ante la justicia ordinaria a las leyes que los desarrollen (ver, por ejemplo, Constitución española, arts. 53.2 y 53.2).

La otra diferencia formal que puede señalarse entre los sistemas previstos por ambos pactos es la referida a sus respectivos mecanismos de implementación. El PIDCP crea en su parte IV un Comité de Derechos Humanos, que entiende en materia de informes presentados por los Estados (art. 40) y en materia de comunicaciones de Estados parte que aleguen que otro Estado parte no cumple con las obligaciones del Pacto (art. 41 ss.). A su vez, el Protocolo Facultativo del PIDCP extiende la legitimación para presentar comunicaciones en las que se aleguen violaciones de derechos enunciados en el Pacto por parte del Estado a los individuos que se hallen bajo la jurisdicción del Estado y que sean víctimas de la violación denunciada (art. 1 del Protocolo). El PIDESC, por su parte, sólo establece, en su parte IV, un sistema de informes, sin prever mecanismos de comunicación de violaciones. Sin embargo, como se verá a continuación, de acuerdo con la opinión de algunos autores la práctica del órgano de aplicación del sistema de informes del PIDESC ha ido eliminando paulatinamente las diferencias entre los mecanismos de ambos instrumentos internacionales.

Como sostuvimos, dos cuestiones dificultan la definición de contenidos concretos justiciables de las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales: por un lado, la vaguedad, y en ocasiones la ambigüedad de los textos en los que se han formulado esos derechos, y por otro, la falta de una práctica institucional de interpretación de los instrumentos ante la ausencia de mecanismos de aplicación adecuados.

Ambas cuestiones están hasta tal punto relacionadas que han sido la principal materia de debate en los trabajos preparatorios de los principales instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales. La elección de un modelo o fórmula de redacción de las cláusulas del PIDESC fue materia de discusión en los trabajos previos a su elaboración, entre aquellos que consideraban que debía definirse con la mayor precisión posible cada derecho, sus límites y las obligaciones del Estado al respecto, y quienes por el contrario sostenían que era necesario redactar cláusulas cortas de carácter general en atención a la naturaleza del documento y en pos de lograr mayor consenso, delegando la definición del contenido concreto de los derechos a la legislación nacional². Por lo demás, también se discutió largamente el mecanismo de aplicación, cuestión que tuvo una directa injerencia en la adopción de dos instrumentos separados de derechos humanos, uno para cada género de derechos³, triunfando quie-

2. *Annotations on the text of the draft international covenants on human rights*, UN Doc. A/2929 (1955), p. 7, § 13-19.

3. El único sistema de derechos humanos que consagró en un mismo instrumen-

nes propiciaban el sistema de informes periódicos sobre el de comunicaciones establecido por el PIDCP. La adopción de este mecanismo de aplicación fue coherente con la idea, sostenida por sus impulsores, de que los derechos económicos, sociales y culturales son meros derechos programáticos, y que por lo tanto no puede someterse a los Estados a un sistema de implementación de tipo contencioso⁴. Las mencionadas discusiones se repitieron en los trabajos de preparación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado y firmado en San Salvador en la XVIII Asamblea General de la OEA del 17 de noviembre de 1988⁵.

Sin embargo, y pese a las limitaciones del mecanismo de aplicación previsto en el PIDESC, desde la creación, en el año 1985, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales como órgano de aplicación⁶, han comenzado a producirse en el seno de Naciones Unidas una serie de documentos que contribuyen a esclarecer el sentido de algunos derechos y sus correspondientes obligaciones para los Estados.

En efecto, desde su segunda sesión en 1988, el Comité (al igual que su homólogo en materia de derechos civiles y políticos) ha asumido la práctica de emitir Observaciones Generales⁷, procurando

to los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos es el africano. La *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* fue adoptada por la Organización de la Unidad Africana el 27 de julio de 1981. Cf. *Revista Jurídica de Buenos Aires* 1 (1987), pp. 138-162.

4. *Annotations...*, cit., § 10-12.

5. A. Cançado Trindade, «La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en *Estudios de Derechos Humanos* 1, San José de Costa Rica, 1994, pp. 39-62, en especial p. 50.

6. El PIDESC sólo estableció un sistema de informes, que exige un nivel de obligaciones mínimo: los Estados presentan informes al Secretario General, quien a su vez transmite copias al Consejo Económico y Social (ECOSOC), para su examen. Para examinar los informes el ECOSOC estableció un Grupo de Trabajo de 15 expertos representantes de Estados miembros del Pacto que también lo fueran del ECOSOC (Resolución 1978/10). En 1985, el ECOSOC resolvió establecer un Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 18 expertos, que intervienen a título personal (Resolución 1985/17). El Comité formula recomendaciones generales al ECOSOC basadas en su estudio de los informes de los Estados y de los organismos especializados (Informe del Secretario General de Naciones Unidas E/CN.4/1994/42).

7. Hasta la fecha ha emitido catorce Observaciones Generales: OG n.º 1 (1989) «Presentación de informes de los estados partes»; OG n.º 2 (1990) «Medidas de asistencia técnica internacional —art. 22 del Pacto—»; OG n.º 3 (1990) «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 7 «El derecho a una vivienda adecuada (§ 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzados» (1997); OG n.º 8 «Rela-

definir con mayor precisión las principales obligaciones de los Estados en relación al Pacto y la sustancia de los derechos económicos, sociales y culturales, con el fin de darles un contenido normativo comparable al de los derechos civiles y políticos. Asimismo, en esa misma sesión, el Comité adoptó la decisión de programar cada año un debate profundizado relativo a un derecho o a un artículo específico del Pacto. A efectos de perfeccionar el sistema de informes, decidió además solicitar a los Estados la presentación de un solo y único informe quinquenal que tratara sobre el conjunto del Pacto. Con posterioridad, el Comité introdujo otra importante práctica que enriqueció el mecanismo, al admitir informes de organizaciones no gubernamentales (ONG) como medio alternativo para tomar conocimiento de la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados partes⁸. A través de esta práctica de presentación de informes alternativos (también denominados «contrainformes»⁹), las ONG señalan los errores, desactualizaciones, inexactitudes y omisiones de los informes oficiales, aportando además datos nuevos o complementarios e identificando problemas no abordados.

Las Observaciones Generales dictadas por el Comité equivalen a su jurisprudencia en relación con el contenido del Pacto, del cual es el único órgano de aplicación. Estas Observaciones Generales tienen carácter prescriptivo para los Estados en relación al procedimiento de informes, por cuanto el Comité analizará su comportamiento frente a los derechos consagrados por el Pacto, a la luz de estas interpretaciones, y podrá entender incluso que han existido violaciones del Pacto en relación con determinados derechos¹⁰.

ción entre las sanciones económicas y el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales» (1997); OG n.º 9 «La aplicación interna del Pacto» (1998); OG n.º 10 «La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales» (1998); OG n.º 11 «Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)» (1999); OG n.º 12 «El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)» (1999); OG n.º 13 «El derecho a la educación (art. 13)» (1999); OG n.º 14 «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud» (2000).

8. Como lo ha puesto de manifiesto Craven, la voluntad del Comité de ejercer una función interpretativa en abstracto al dictar Observaciones Generales —incluso definiendo la sustancia de determinados derechos (por ejemplo, el derecho a la vivienda adecuada)—, su facultad de efectuar comentarios y recomendaciones específicas sobre hechos concretos que implican violaciones del Pacto por los Estados, y la aceptación de informes alternativos de ONG han contribuido a brindar al Comité un papel «cuasi-judicial». Cf. M. Craven, «Towards an Unofficial Petition Procedure: A Review on the Role of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights», en K. Drzewicki, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Social Rights...*, cit., pp. 91-113.

9. Las denominaciones más habituales en idioma inglés son *counter-report* o *shadow report*.

10. Como sucedió en el ya citado caso de la República Dominicana frente a la

El sentido de las obligaciones de los Estados ha sido clarificado además, en numerosos aspectos, por los llamados «Principios de Limburgo sobre la Implementación del PIDESC» (Principios de Limburgo), documento que emana de un grupo de expertos reunidos en Maastricht entre el 2 y 6 de junio de 1986 y que fue adoptado por Naciones Unidas¹¹. Estos principios no constituyen una fuente jurídica autónoma obligatoria para los Estados¹², sino que proveen la mejor guía para la comprensión de los deberes jurídicos contraídos desde la ratificación del PIDESC¹³. En sentido similar, entre el 22 y el 26 de enero de 1997, otro grupo de expertos elaboró los denominados «Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales» (Principios de Maastricht) que, pese a no haber sido adoptados formalmente por un órgano de Naciones Unidas, han sido empleados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para evaluar los informes estatales y para desarrollar las distintas observaciones generales al Pacto¹⁴.

Como sostiene Eide en relación al sentido de *guía de comprensión* y al carácter fundamental de los Principios de Limburgo —opinión que es también aplicable a las Observaciones Generales del Comité, aunque en este caso su carácter vinculante para los Estados parte es más directo—, los Estados no pueden desentenderse de estos documentos, pues en tanto el PIDESC es un tratado, están obligados de acuerdo a lo que dispone el artículo 31 de la Convención de Viena

cuestión de desalojos compulsivos, relocalizaciones forzosas sin asignación de nuevas viviendas, fraudes y otras prácticas desleales en la asignación de viviendas públicas, que se estimaron violatorias del derecho a la vivienda adecuada, definida en la OG n.º 4. Cf. «Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. República Dominicana», cit. Un caso similar fue el de Panamá, en el cual el Comité, ante la existencia de desalojos compulsivos, estimó que no sólo violaban el derecho a una vivienda adecuada, sino el derecho de los habitantes a su privacidad y a la seguridad de su hogar (UN doc. E/1992/23, § 135, citado por M. Craven, «Towards...», cit., p. 102).

11. UN Document E/C 4/1987/17.

12. Los Principios de Limburgo son un ejemplo de lo que en doctrina internacional se denomina *soft law*.

13. Sobre este concepto de guía de comprensión de los Principios puede consultarse E. V. O. Dankwa y C. Flinterman, «The Significance of the Limburg Principles», en Waart, Peters y Deuters (eds.), *International Law and Development*, Dordrecht-Londres-Boston, 1988, pp. 275-281.

14. Cf. S. Leckie, «Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights»: *Human Rights Quarterly* 20, pp. 81-124. Es interesante destacar que los propios Principios de Maastricht señalan que las consideraciones referidas al PIDESC son «igualmente relevantes [...] para la interpretación y aplicación de otras normas de derecho internacional e interno en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales» (Principio 1.5).

sobre Derecho de los Tratados (1969) a interpretar sus normas de buena fe, tomando en consideración su objeto y fin, el sentido corriente de sus términos, los trabajos preparatorios y las prácticas relevantes¹⁵. De igual modo, la adopción por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los Principios de Maastricht para identificar violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales supone una pauta de interpretación importante del sentido del Pacto, ya que constituye una práctica relevante del propio órgano de contralor del Pacto que no puede desconocerse.

Sin duda será la actuación de los órganos internacionales de aplicación de los instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales e incluso de los tribunales locales en la aplicación de estas normas en el derecho interno, los que irán fijando algunos conceptos más precisos y claros en relación a la sustancia de estos derechos, sus posibles limitaciones y las obligaciones estatales que les corresponden.

Ahora bien: ¿cuál es el valor de las interpretaciones de estos órganos internacionales ante los tribunales locales? ¿En qué medida resultan invocables para determinar en sede interna el alcance de los derechos de los individuos y de las obligaciones estatales establecidos en el PIDESC cuando éstos se discuten en una controversia judicial doméstica?

Resulta obvio que más allá de la labor de interpretación por parte de los organismos internacionales, debido a la ausencia de mecanismos internacionales de justiciabilidad directa de los derechos contenidos en estos instrumentos y —aun cuando éstos existieran— a las dificultades materiales y temporales que supone acudir ante un órgano internacional, resulta necesario profundizar un nuevo cauce para fortalecer su protección judicial. Nos referimos, claro está, a la progresiva aplicación de este derecho internacional por parte de los tribunales locales. Esta tendencia, que tuvo su «momento declarativo» más importante en el reconocimiento de las constituciones nacionales de muchos países que, como la Argentina, otorgaron la máxima jerarquía normativa a los tratados internacionales sobre derechos humanos, se cristaliza actualmente en la progresiva aplicación que hacen los tribunales locales de los tratados sobre la materia, y de las decisiones de órganos internacionales encargados de aplicarlos.

El derecho internacional y el derecho interno interactúan, cada vez con mayor énfasis, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos y superando así la visión clásica que los dis-

15. A. Eide, «Human Rights and the Elimination of Poverty», en A. Kjonstad y J. Wilson (eds.), *Law, Power...*, cit., pp. 118-136, en especial p. 126.

tinguía de manera tajante¹⁶. En este sentido, muchas constituciones contemporáneas reconocen la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente protegidos. En los últimos quince años, diversas constituciones iberoamericanas han subrayado la importancia de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno¹⁷.

En el derecho argentino, es un principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado que, una vez ratificados, los tratados internacionales se constituyen en fuente autónoma del ordenamiento jurídico interno¹⁸. La Constitución argentina, reformada en 1994, resuelve definitivamente esta cuestión al otorgar rango constitucional a una serie de tratados de derechos humanos ratificados por el Estado. En efecto, el artículo 75 inc. 22 de la Constitución estipula en forma genérica que «los tratados [...] tienen jerarquía superior a las leyes», y en cuanto a los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina, incluyendo la CADH, el PIDESC y el PIDCP, establece que «tienen jerarquía constitucional»¹⁹. La incorporación al orden

16. S. Albanese, «Interacción entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el ámbito interno»: *Revista El Derecho*, 9 de febrero de 1991, p. 1; A. M. Morello, «El pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho interno argentino»: *Revista El Derecho*, t. 135 p. 888; M. Carrillo Bascary, «Los pactos sobre derechos humanos: reflexión sobre su utilidad para el ejercicio profesional»: *Zeus*, t. 53, p. 2; O. Gozaini, «Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno»: *La Ley*, 1990-D, p. 567.

17. Ver, por ejemplo, Constitución portuguesa de 1976, art. 16; Constitución española, art. 10.2; Constitución peruana de 1978, art. 105; Constitución Política de Guatemala, art. 46; Constitución de Nicaragua de 1987, art. 46; Constitución chilena de 1989, art. 5 (II); Constitución brasileña de 1988, art. 4.11 y 5.2; Constitución Política de Colombia de 1991, art. 93.

18. Cf. J. R. Vanossi, *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, 1969; W. Goldschmidt, «Los tratados como fuente del derecho internacional público y el derecho interno argentino»: *Revista El Derecho*, t. 110, p. 955; R. Vinuesa, G. Moncayo y H. Gutiérrez Posse, *Derecho internacional público I*, Buenos Aires, 1977.

19. El art. 75 inc. 22 de la Constitución argentina, reformada en 1994, establece que:

«[corresponde al Congreso] aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes».

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eli-

constitucional argentino de este considerable plexo normativo de origen internacional plantea además una serie de nuevas exigencias al intérprete. La adopción de pactos internacionales de derechos humanos como escalón más alto de la pirámide normativa local y la aceptación de la jurisdicción de órganos internacionales en materia de derechos humanos, obligan al intérprete local a conocer la interpretación que se ha hecho de esos pactos en sede internacional²⁰. El argumento es extensible a aquellos países en los que se concede a los tratados jerarquía superior a la ley común, o bien se establece la necesidad de interpretar los derechos establecidos en la constitución de conformidad con los tratados de derechos humanos²¹.

Es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene como único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación de la Constitución misma. En el plano interno, la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales argentinos supondría la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de la consideración de normas de rango constitucional.

Son los tribunales internos quienes tienen a su cargo velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones internacionales asumidas por los distintos países en materia de derechos humanos, incluidas las incorporadas en el PIDESC, por parte todos los poderes del Estado. Según sostiene la doctrina, «(e)l Estado tiene el derecho de delegar la aplicación e interpretación de los tratados en el Poder Judicial. Sin embargo, si los tribunales cometen errores en esa tarea o deciden no hacer efectivo la aplicación del Tratado [...] sus sentencias hacen incurrir al Estado en la violación de aquél»²².

minación de todas las Formas de Eliminación de la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos».

20. Cf. J. B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Buenos Aires, 1996, p. 187.

21. En España, por ejemplo, la Constitución establece que los derechos fundamentales y libertades reconocidos por el texto constitucional se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados (cf. Constitución española, art. 10.2).

22. Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 346.

Resulta entonces una cuestión de suma trascendencia —y estrechamente vinculada al reconocimiento de la obligatoriedad de la aplicación de los tratados internacionales por parte de los tribunales nacionales— el respeto por parte de los jueces locales de la opinión de los órganos de interpretación de la normativa internacional. En este sentido, son esclarecedoras las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia²³.

Entre los órganos estatales frente a los cuales reviste especial interés esta función de guía se encuentran, por supuesto, los tribunales de justicia. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia argentina ha reconocido la necesidad de acudir a la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, afirmando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta para ello una «guía ineludible». Este señalamiento no es meramente teórico o especulativo: la propia Corte Suprema ha establecido también la necesidad de que los tribunales argentinos eviten que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado²⁴, e implementen las obligaciones internacionales de la Nación a través de las sentencias judiciales²⁵. Para el cumplimiento de este objetivo, es fundamental que los jueces cuenten con información relativa al alcance de las obligaciones internacionales de acuerdo a la interpretación que se les ha dado en sede internacional.

Si bien la cita de decisiones de tribunales internacionales no resulta ajena a la tradición del tribunal supremo argentino puesto a interpretar el alcance de algún derecho tutelado en los tratados internacionales²⁶, este camino, que se iniciara hace ya varios años, tuvo un

23. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-14/94 del 9/12/94, p. 9.

24. Cf. Corte Suprema argentina, caso *Fibraca Constructora S. C. A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, del 7 de julio de 1993, considerando 3. En el mismo sentido, caso *Cafés La Virginia S. A. s/apelación (por denegación de repetición)*, del 13 de octubre de 1994, considerandos 8 y 9.

25. Cf. Corte Suprema argentina, caso *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, del 7 de julio de 1992, considerando 22: «Esta Corte considera que entre las medidas necesarias para cumplir con el fin del Pacto (de San José de Costa Rica) deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales».

26. Ver, por ejemplo, Fallos 310:1.476 y 312:249.

primer reconocimiento explícito en el *leading case Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros*, del 7 de julio de 1992, en el que la Corte Suprema sostuvo, en su considerando 21, que «(l)a interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1)»²⁷.

Posteriormente, la Corte Suprema, en opinión vertida en el caso *Giroldi, H. D. y otro s/recurso de casación* del 7 de abril de 1995²⁸, ha avanzado en este rumbo, al expresar (después de mencionar que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica) «(q)ue la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana» (considerando 11).

Y concluye el máximo tribunal argentino: «(E)n consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional» (considerando 12).

De lo aquí expuesto, surge claramente que, de conformidad con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia argentina a partir del texto de la Constitución argentina reformada en 1994, los tribunales argentinos, cuando tienen que resolver sobre materias incluidas en tratados internacionales de derechos humanos, deben tomar en consideración la normativa internacional y su interpretación jurisprudencial desarrollada por los organismos internacio-

27. Cf. *Jurisprudencia Argentina* del 29 de julio de 1992.

28. Cf. *Revista El Derecho*, t. 163, p. 161 ss., y comentarios de Martín Abregú, «Introducción», y Guillermo Moncayo, «Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino», en M. Abregú y C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, pp. 19-20 y pp. 98-100, respectivamente.

nales de aplicación. Una razón de peso para sustentar esta idea se funda sobre la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos establecida por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y en general sobre la filosofía que justifica la adhesión de las naciones a mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Los instrumentos internacionales de derechos humanos —como los mencionados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución argentina— establecen diversos mecanismos internacionales a través de los cuales se supervisa el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado. A través de la adopción de estos instrumentos, los Estados delegan competencias —entre ellas, la interpretativa— a los órganos internacionales de aplicación, ya que la universalidad de los derechos consagrados en los tratados tiene como correlato una cierta concentración u homogeneización de la facultad de determinar su significado y alcance.

La posibilidad de denunciar violaciones del Estado ante los órganos creados por estos mecanismos supone, cuando se trata de denuncias individuales, el agotamiento de los recursos internos del Estado demandado. Este requisito, de acuerdo a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, «está concedido en interés del propio Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos por sus propios medios»²⁹. Resulta entonces sumamente inconveniente que los tribunales locales, en oportunidad en la que el Estado puede remediar la alegada violación en sede interna, no tomen en consideración la opinión del órgano internacional que entenderá eventualmente cuando se exija su responsabilidad en sede internacional por la imputación de los mismos hechos. Es coherente con la filosofía de protección internacional de los derechos humanos el permitir al Estado advertir la posible violación de una norma internacional que lo obliga, antes de que dicha violación produzca su responsabilidad internacional. Siendo la instancia internacional subsidiaria³⁰, parece razonable que los tribunales locales tengan en consideración las opiniones de los órganos internacionales que juzga-

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, decisión del 13 de noviembre de 1981, N.º G 101/81, Serie A, § 26.

30. Ver, por ejemplo, la calificación que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica hace del sistema que ella misma diseña: la protección del sistema interamericano es «coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos» (CADH, Preámbulo, § 2 *in fine*). Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velázquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C.N.º 4, § 61.

rán eventualmente la conformidad de las prácticas estatales con las disposiciones de los respectivos tratados.

Aunque no existan mecanismos que acepten la presentación de peticiones o denuncias individuales, las mismas conclusiones son aplicables cuando el mecanismo de contralor del cumplimiento consiste en el análisis de los informes estatales por parte de un órgano especializado, como es el caso del PIDESC. En efecto, dado que la interpretación del alcance y significado de los derechos y obligaciones establecidas por el Pacto corresponde en última instancia a la autoridad designada por el propio Pacto —el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, que a su vez delegó esa facultad en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, los jueces nacionales deben tener en cuenta esa interpretación ante una controversia en sede interna, so consecuencia de provocar, en caso contrario, una opinión negativa sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado en sede internacional.

Por ende, tanto por razones normativas —el Estado ha delegado competencias interpretativas a instancias internacionales, que resultan ahora el último intérprete de los Pactos— como prácticas —el desconocimiento de la interpretación de los organismos internacionales provocará, además de un dispendio jurisdiccional inútil tanto en sede interna como en sede internacional, la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de acuerdo a los Pactos—, la interpretación de cláusulas del PIDESC realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales resulta una guía ineludible para la aplicación de dicho instrumento por parte de los tribunales internos.

El Comité no ha fijado una posición clara sobre la posibilidad de invocar el PIDESC directamente ante los tribunales y bien podría afirmarse que en su opinión se trata de una cuestión que no ha sido resuelta por el derecho internacional sino que corresponde precisamente al derecho de cada Estado³¹. Al analizar la aplicación del Pacto

31. El Comité ha sostenido que «en general las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales. El artículo en que se requiere que se agoten los recursos internos refuerza la primacía de los recursos nacionales al respecto» (Observación General n.º 9, punto 4). Agrega en tal sentido el Comité que «el Pacto no estipula los medios concretos que pueden utilizarse en el ordenamiento jurídico nacional. Además, no existe ninguna disposición que obligue a su incorporación general a la legislación nacional o que le conceda un valor jurídico determinado. Si bien corresponde a cada Estado parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación interna, los medios

en el ámbito interno, el Comité asume una posición descriptiva, enumerando diversas formas en que el Pacto es aplicado pero sin avanzar en ninguna definición clara sobre el carácter operativo o autoejecutable de los preceptos del tratado. Así, sostiene el Comité que las prácticas de los Estados son variadas: algunos tribunales han aplicado las disposiciones del Pacto directamente o como criterio de interpretación; otros tribunales están dispuestos a reconocer, en principio, la trascendencia del Pacto para la interpretación de la legislación interna, pero en la práctica la influencia de sus disposiciones en los razonamientos de los tribunales es muy limitada; otros tribunales se han negado a reconocer ningún tipo de efecto legal al Pacto cuando los interesados fundan en éste algún argumento. De acuerdo con el Comité, en la mayoría de los Estados los tribunales todavía están lejos de recurrir suficientemente a las disposiciones del Pacto. Por ello afirma que «dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio de imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos» (Observación General n.º 9, punto 14). Y agrega, «por eso cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última».

Con respecto a la incorporación del Pacto al ordenamiento jurídico interno de los Estados, es evidente que no existe ninguna obligación de otorgarle en el ámbito doméstico una determinada jerarquía. Además, corresponde a cada Estado determinar el mecanismo de incorporación del Pacto en su derecho interno, ya sea a través de un sistema monista o dualista. La cuestión de la autoejecutabilidad u operatividad del Pacto es un tanto más conflictivo. Así como existe acuerdo sobre que la jerarquía y el mecanismo de incorporación de un tratado en el ámbito interno serán determinados

utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado parte. Los medios elegidos están sometidos también a consideración dentro del examen por el Comité del cumplimiento por el Estado parte de las obligaciones que le impone el Pacto» (Observación General n.º 9, punto 5).

por el derecho local (por lo general el derecho constitucional) y no por el derecho internacional, los autores disienten sobre la posibilidad de que una norma de derecho internacional de derechos humanos determine su autoejecutabilidad en el ámbito interno. Así, para Jiménez de Aréchaga, por ejemplo, debe admitirse que las disposiciones de una convención de derechos humanos tienen en principio carácter ejecutable por sí mismo (*self-executing*) y por lo tanto pueden ser exigidas en forma directa e inmediata ante los tribunales locales. Ello es así porque el objeto y razón de ser de un tratado de derechos humanos es reconocer a favor de los individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular relaciones entre los Estados parte³². Para Buergethal, sin embargo, aun cuando un tratado sea ya parte del derecho interno de un Estado, se requiere una norma de derecho interno que determine su autoejecutabilidad, esto es, la posibilidad de que el tratado sea directamente aplicable por los tribunales. Que el tratado sea o no autoejecutable (*self-executing*) es una cuestión de derecho interno, en la que el derecho interno determina si el tratado crea derechos que los tribunales domésticos pueden ejecutar. Los tribunales pueden responder de distintos modos en los distintos países, y frecuentemente lo hacen. La respuesta depende de sus constituciones nacionales, sus tradiciones jurídicas, sus precedentes históricos y sus instituciones políticas. En todo caso pueden admitirse normas de un tratado que sean «directamente aplicables» (*directly applicable*). Estas normas de derecho internacional deben interpretarse en el sentido de que imponen a los Estados la obligación de convertirlas, a través de su derecho interno, en autoejecutables (*self-executing*). De tal modo, para Buergethal, el Estado puede asumir ante el derecho internacional la obligación de convertir las normas de los tratados, aun de los tratados de derechos humanos, en autoejecutables en su derecho interno, pero nunca es el derecho internacional el que determina la autoejecutabilidad de sus normas³³.

32. Cf. E. Jiménez de Aréchaga, «La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno»: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 7 (1988), p. 25. El autor entiende que éste es el sentido de la Opinión Consultiva n.º 7, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el artículo 14.1 de la Convención Americana. En igual sentido lo decidió la Corte Suprema argentina en el citado caso *Ekmekdjian, Miguel Angel cl Sofovich, Gerardo y otros*, del 7 de julio de 1992.

33. Cf. T. Buergethal, «Self-Executing and non self-executing treaties in national and international law»: *Recueil des Cours* 303, IV (1992), p. 307.

2.2. Obligaciones genéricas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales

A la luz de lo dicho, analizaremos brevemente y como una primera aproximación, algunas de las obligaciones genéricas de los Estados en relación a la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y los aspectos de estas obligaciones que resultan más claramente justiciables, a partir de la labor interpretativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de otras directrices interpretativas ya mencionadas. Sin pretender agotar la posible enumeración de obligaciones genéricas de los Estados y al sólo efecto expositivo, consideraremos las siguientes: obligación de adoptar medidas inmediatas; obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; obligación de progresividad y prohibición de regresividad.

Si bien no abordaremos directamente otra obligación genérica de los Estados en la materia, que es la de no discriminar (art. 2.2 PIDESC), mencionaremos algunas medidas que los Estados deben adoptar de manera inmediata y que se vinculan con esa obligación.

2.2.1. Obligación de adoptar medidas inmediatas

El artículo 2.1 del PIDESC establece que los Estados «se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto».

El Comité ha sostenido que si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede ser realizada progresivamente, existen obligaciones con «efecto inmediato», entre las cuales puede señalarse como principales: 1) la de garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación (art. 2.2 PIDESC); 2) la de adoptar medidas (art. 2.1, § 1 PIDESC), compromiso que no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (Observación General n.º 3, punto 1).

Quando el Pacto habla de «adoptar medidas», si bien reconoce que la total efectividad de los derechos puede ser alcanzada en forma paulatina, impone a los Estados la obligación de implementar, en un plazo razonablemente breve a partir de su ratificación, actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones (OG n.º 3, punto 2). El principio no es declamativo: significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a «dar pasos», que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué

no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido. «La carga de demostrar que está haciendo un progreso medible hacia la plena realización de los derechos en cuestión es del Estado» (Principios de Maastricht, principio 8). Los Principios de Limburgo sostienen que un Estado viola el Pacto, por ejemplo, cuando no logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho; cuando no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada, y para cuya realización está capacitado; cuando adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo; cuando retrasa deliberadamente la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos por el Pacto o que dicha conducta obedezca a falta de recursos justificada o fuerza mayor; cuando no logra presentar los informes exigidos por el Pacto (Principios de Limburgo, principios 70-74). A su vez, los Principios de Maastricht distinguen entre violaciones por acción, y violaciones por omisión. Una lista ejemplificativa de las violaciones por acción incluye las siguientes: la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza; la denegación activa de esos derechos a grupos o individuos particulares, a través de una discriminación de derecho o de hecho; el apoyo activo a medidas adoptadas por terceros que sean inconsistentes con los derechos económicos, sociales y culturales; la adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean el de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más vulnerables; la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho; la obstrucción o detención calculada de la realización progresiva de un derecho protegido por el Pacto, salvo que el Estado actúe a partir de una limitación permitida por el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o a razones de fuerza mayor; la reducción o la desviación de gasto público específico, cuando esa reducción o desviación resulte en la privación del goce de tales derechos y no sea acompañada por medidas adecuadas para asegurar derechos mínimos de subsistencia para todos (Principios de Maastricht, principio 14). Entre las violaciones por omisión, se mencionan: la no adopción de medidas apropiadas según lo requerido por el Pacto; la falta de reforma o derogación de la legislación manifiestamente inconsistente con una obligación del Pacto; la falta de sanción de legislación o la no puesta en efecto de

políticas designadas para implementar las provisiones del Pacto, la ausencia de regulación de las actividades de individuos o de grupos destinada a la prevención de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales por ellos; la no utilización del máximo de los recursos disponibles para la plena realización del Pacto; la falta de supervisión de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el desarrollo y la aplicación de criterios y de indicadores para evaluar el cumplimiento; la no implementación sin demora de un derecho que el Pacto exige sea provisto inmediatamente; la no consecución de estándares mínimos internacionales de cumplimiento generalmente aceptados, cuya consecución esté dentro de las posibilidades del Estado; la no toma en consideración por parte del Estado de sus obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales al entrar en acuerdos bilaterales y multilaterales con otros Estados, con organizaciones internacionales o con empresas multinacionales (Principios de Maastricht, principio 15).

El Comité ha establecido la obligación de adoptar medidas inmediatas al tratar el contenido de algunos derechos del Pacto. Así, sostuvo que los Estados deben garantizar de manera inmediata que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación y adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización del artículo 12 del Pacto (OG n.º 14, punto 30). La prohibición de discriminación no está supeditada ni a una implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos, se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente (OG n.º 13, punto 31).

El tipo de medidas que el Estado adopte queda a su elección: el Pacto difiere al Estado la determinación de cuáles son «los medios apropiados» (art. 2.1)³⁴. Sin embargo los Estados, en sus informes, están obligados a fundamentar la elección de las medidas, y corresponde al Comité «determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas» (OG n.º 3, punto 4). Algunas de estas medidas son:

a) Adecuación del marco legal

Entre las medidas inmediatas que el Estado debe adoptar sin poder justificar su omisión en la falta de recursos, podemos mencionar la derogación de aquellas normas jurídicas que resultan manifiestamente contrarias a sus obligaciones. Por ejemplo, las que impidan la

34. En el mismo sentido, los Principios de Maastricht reconocen que «(l)os Estados gozan de un margen de discrecionalidad para la elección de las medidas de implementación de sus respectivas obligaciones» (Principio 8).

formación de sindicatos, hagan imposible la afiliación a ellos, graven con impuestos elevados artículos de primera necesidad y consumo masivo, no consagren la obligatoriedad de la educación primaria³⁵ o la condicionen a pago, o permitan de alguna forma el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

También está la de eliminar cualquier discriminación *de iure* o *de facto*, debiendo derogar o eliminar sin demora cualquier norma, regulación o práctica discriminatoria (incluyendo acciones positivas y acciones por omisión) que afecten el goce de los derechos económicos, sociales y culturales (Principios de Limburgo, principio 37; Principios de Maastricht, principios 11, 12 y 14 b). Además de derogar normas, deben proveer en forma inmediata recursos judiciales efectivos contra cualquier forma de discriminación en relación a los derechos económicos, sociales y culturales (Principios de Limburgo, principio 35; Principios de Maastricht, principio 22). Con respecto a determinadas personas que integran grupos que resulten vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación. Es el caso de los discapacitados (OG n.º 5, punto 16)³⁶. Los Principios de Maastricht mencionan dentro de las

35. Si bien el artículo 14 del Pacto establece que los Estados que al momento de su ratificación no hubiera instituido el sistema de enseñanza primaria obligatoria y gratuita se comprometen a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de 2 años, un plan para su implementación progresiva.

36. La adopción de medidas especiales, incluso legislativas, y de políticas activas en resguardo de grupos vulnerables en relación a los derechos económicos, sociales y culturales surge de diferentes instrumentos. La obligación de proteger a los grupos más vulnerables y menos protegidos en períodos de ajuste económico surge de las OG n.º 2, punto 9, y OG n.º 3, puntos 12 y 13 y, en relación con las personas con discapacidad y ancianos, de las OG n.º 5, punto 9 y OG n.º 6 punto 17, respectivamente. La OG n.º 4, punto 8 e) establece que debería garantizarse cierto grado de prioridad en relación al acceso a la vivienda a grupos desfavorecidos, como ancianos, niños y incapacitados físicos, enfermos terminales, pacientes HIV positivos, personas con problemas médicos persistentes, enfermos mentales, víctimas de desastres naturales o personas que viven en zonas riesgosas, así como el acceso a la tierra a los grupos desprovistos o empobrecidos. En el mismo sentido, el Comité señala que las mujeres, los niños, los jóvenes y ancianos y los pueblos indígenas y las minorías étnicas se ven afectados de manera desproporcionada por los desalojos forzosos, de modo que requiere adoptar medidas de protección apropiadas (OG n.º 7, punto 10).

En la OG n.º 5, punto 18 se establece que las medidas que se adopten para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad no serán consideradas discriminatorias en el sentido del art. 2.2 del Pacto, mientras tengan fundamento en el principio de igualdad y se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo. Las medidas de protección especial de grupos o personas vulnerables son consideradas en los Principios de Limburgo (principios 14 y 39).

personas y los grupos susceptibles de sufrir un daño desproporcionado por la violación de derechos económicos, sociales y culturales a: los grupos de bajos ingresos, las mujeres, los grupos indígenas o tribales, la población de territorios ocupados, quienes buscan asilo, los refugiados y las personas desplazadas internamente, las minorías, los ancianos, los niños, los campesinos sin tierras, las personas discapacitadas y las personas sin techo (Principios de Maastricht, principio 20).

Con respecto a la adecuación del marco legal interno para garantizar la efectividad de los derechos del PIDESC, el Comité ha afirmado que los Estados deben disponer medidas apropiadas para que las personas individuales o los grupos agraviados dispongan de medios de reparación, y de recursos, y que deben establecerse mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos (OG n.º 9, punto 2). En tal sentido el Comité ha señalado con cierto detalle algunas de las reformas legislativas que son necesarias para adecuar el contenido del derecho interno a la vigencia del Pacto. Así, por ejemplo, ha mencionado que a fin de evitar la discriminación en el acceso a los alimentos o a los recursos destinados a alimentos, debe asegurarse el derecho de las mujeres a heredar y a poseer tierras y bienes (OG n.º 12, punto 26). También ha especificado el deber del Estado de proteger el derecho a la salud mediante leyes que aseguren el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros —velando por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud—, de controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y de regular el ejercicio profesional de la medicina (OG n.º 14, punto 35). También ha sostenido el Comité que un Estado viola el artículo 13 del PIDESC sobre derecho a la educación cuando adopta leyes u omite derogar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquier de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación, o no adopta leyes o medidas que impidan la discriminación de hecho en la educación. (OG n.º 13, punto 59). Asimismo, el Comité ha establecido la obligación inmediata de adoptar leyes que impidan los desalojos forzosos y de derogar todas aquellas normas que los permitan (OG n.º 7, punto 9).

b) Relevamiento de información, vigilancia efectiva y formulación de plan

En sus comentarios el Comité ha ido delineando cada vez con mayor claridad la obligación de los Estados de realizar una vigilancia efectiva

o supervisión sobre el grado de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, ha considerado que la producción de información es un presupuesto para esa vigilancia y ha impuesto a los Estados el deber de revelar información y garantizar el acceso a ella en diversas materias. Finalmente, ha determinado la obligación de formular un plan de acción o una estrategia para avanzar en el grado de realización de los derechos. Las obligaciones de vigilancia, reunión de información, y preparación de un plan de acción para la implementación progresiva, son extensibles, como medidas inmediatas, a todos los derechos consagrados en el Pacto (OG n.º 1, puntos 3 y 4).

Con respecto al derecho a la vivienda adecuada, se reconoce expresamente la obligación del Estado de implementar en forma inmediata una vigilancia eficaz de la situación de la vivienda en su jurisdicción, para lo cual debe realizar un relevamiento del problema y de los grupos que se encuentran en situación vulnerable o desventajosa, personas sin hogar y sus familias, personas alojadas inadecuadamente, personas que no tienen acceso a instalaciones básicas, personas que viven en asentamientos ilegales, personas sujetas a desahucios forzados y grupos de bajos ingresos (OG n.º 4, punto 13). También impone al Estado la obligación de relevar información específica sobre desalojos forzados, que comprenda al menos el número de personas expulsadas de sus viviendas y que carecen de protección jurídica contra la expulsión arbitraria y las leyes relativas a los derechos de los inquilinos, a la seguridad de la ocupación y a la protección frente al desahucio (OG n.º 7 puntos 19, 20 y 21). También deben los Estados supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendidas las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para subsanarla. Por ese motivo los datos relativos a la educación deben desglosarse según los motivos de discriminación prohibidos (OG n.º 13, punto 37).

El Estado tiene además la obligación de garantizar el acceso a la información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva (OG n.º 14, punto 11). El acceso a la información comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho al mantenimiento de la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud (OG n.º 14, punto 12 iv). También debe garantizarse el acceso a la información a fin de preservar la salud materna e infantil y reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil (OG n.º 14, punto 14). Asimismo, el Estado tiene la obligación de no

limitar el acceso, ni censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la salud sexual y la información al respecto, (OG n.º 14, punto 34), debiendo organizar en algunos casos campañas de información, en particular referidas a HIV/SIDA, salud sexual y genésica, alcohol, tabaco, estupefacientes, etc. (OG n.º 14, punto 36 y 37, 44 d).

Los Estados tienen también la obligación de formular un plan de acción para alcanzar progresivamente la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto. En relación con el derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita, aquellos Estados que no la hubiera implementado al momento de la ratificación asumen el compromiso de elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para su implementación progresiva (art. 14 PIDESC y OG n.º 11, punto 1, 3 y 8). También deben desarrollar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública, elaborados y revisados periódicamente, sobre la base de un proceso participativo y transparente. La estrategia y el plan deben prever métodos, indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados, prestando especial atención a los grupos vulnerables en el diseño y en la ejecución del plan (OG n.º 14, punto 43 f, y punto 53).

c) Provisión de recursos efectivos

Los Estados tienen además la obligación de brindar recursos judiciales y otros recursos efectivos. Se trata a nuestro entender de otra de las obligaciones que los Estados deben adoptar en forma inmediata. Si bien el PIDESC no contiene expresamente esta obligación, a diferencia del artículo 2.3 del PIDCP, el Comité —en una interpretación de enorme proyección para la cuestión de la justiciabilidad— considera que de todos modos surge del artículo 2.1 del PIDESC, y que se trata de una de las medidas apropiadas que el Estado debe adoptar (OG n.º 3, punto 5). Esta interpretación concuerda con los Principios de Limburgo (principio 19) y con los Principios de Maastricht (principio 22).

Inicialmente, en la Observación General n.º 3, el Comité había limitado la obligación de brindar recursos judiciales a los derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, pudieran considerarse justiciables. Sin embargo, en la Observación General n.º 9 estableció que cuando un derecho reconocido en el Pacto no se pueda ejercer plenamente sin una intervención del Poder Judicial, es necesario establecer recursos judiciales y que, aunque sea necesario tener en cuenta la particularidad de cada sistema jurídico, no hay ningún derecho reconocido

en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas por lo menos algunas dimensiones significativas de justiciabilidad³⁷. Existen algunas disposiciones del Pacto que el Comité, en su Observación General n.º 3, entendió de aplicación inmediata por los órganos judiciales, entre ellas las de los artículos 3 (igualdad de hombres y mujeres), 7 inc. i) del apartado a) (salario equitativo e igual por trabajo de igual valor), 8 (libertad sindical y derecho de huelga), 10 párrafo 3 (protección de niños y adolescentes sin discriminación contra la explotación comercial y social), 13 apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4 (obligatoriedad de la enseñanza primaria, derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y libertad de enseñanza) y 15 apartado 3 (libertad de investigación científica y actividad creadora) (OG n.º 3, punto 5). Sobre ellas expresó que «parecería difícilmente sostenible sugerir que son intrínsecamente no autoejecutables». La enumeración referida pudo haber provocado alguna confusión sobre el alcance de la obligación de brindar recursos judiciales con relación a los derechos del Pacto. Como en su momento señalamos³⁸, es obvio que tal consideración en modo alguno significaba negar *a priori* la existencia de aspectos justiciables del resto de los derechos que no se encontraban expresamente enumerados. En apoyo de tal conclusión puede afirmarse que, en sucesivas observaciones, el Comité ha venido extendiendo a otros derechos —como por ejemplo, el derecho a la vivienda— la obligación de brindar recursos judiciales.

En la Observación General n.º 9 el Comité aclara que la enumeración de normas de aplicación inmediata que había realizado en la OG n.º 3 se refería a normas que pueden ser aplicadas sin necesidad de dictar otras normas, esto es, a la autoejecutabilidad de las normas, y que esa cuestión debe distinguirse de la cuestión de la justiciabilidad, esto es, aquellos asuntos que pueden ser tratados por los tribu-

37. Ver al respecto, C. Fairstein y J. Rossi, «Comentario a la Observación General n.º 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales»: *Revista Argentina de Derechos Humanos* 0 (2001), pp. 327-349.

38. Cf. V. Abramovich y C. Courtis, «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en M. Abregú y C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 331. En ese trabajo, escrito después del dictado de la OG n.º 3 y antes del de la OG n.º 9, señalábamos que: «El Comité, sin embargo, limita la obligación de brindar recursos judiciales a los derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables, restricción que no surge de los Principios de Limburgo. Si la obligación de proveer recursos judiciales es parte de la obligación de adoptar medidas, no parece razonable limitarla a algún tipo de derechos en particular, pues el artículo 2.1 se refiere a la totalidad de los derechos consagrados en el Pacto».

nales (OG n.º 9, punto 10). En tal sentido el Comité aclara que la mencionada enumeración en modo alguno limita las posibilidades de que se concedan recursos judiciales para otros derechos consagrados en el Pacto, ratificando el principio de que todos los derechos del Pacto pueden tener alguna dimensión justiciable.

Los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos para reparar violaciones de derechos consagrados en el Pacto. Eso significa que no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso. Hemos visto que una de las dificultades para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reside en que la mayoría de los recursos judiciales han sido históricamente diseñados en función de los derechos civiles y políticos y no contemplan algunos aspectos particulares de aquéllos, como el hecho de que se trata, por lo general, de derechos de incidencia colectiva. Por ejemplo, toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con un recurso judicial efectivo u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional (OG n.º 14, punto 59)³⁹.

En caso de que la adopción de políticas concretas encaminadas directamente a hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto haya tomado la forma de disposiciones legislativas, el Comité pide ser informado sobre si tales leyes establecen algún derecho de actuación en nombre de las personas o grupos que consideren que sus derechos no son plenamente respetados en la práctica. En caso de que los derechos del Pacto sean reconocidos por la Constitución o se haya otorgado al Pacto valor de derecho interno, el Comité pide que se le informe hasta qué punto tales derechos se consideran justiciables, es decir, en qué medida pueden ser invocados ante los Tribunales (OG n.º 3, punto 6).

La obligación de brindar recursos judiciales puede asumir modalidades específicas en relación a determinados derechos. Así por ejemplo en relación al derecho a la vivienda, el Comité establece que «sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas. Por consiguiente, los Estados parte deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las perso-

39. En la nota que acompaña la Observación General, el Comité destaca que los derechos colectivos revisten una importancia crítica en la esfera de la salud; la política contemporánea de salud pública se basa en gran medida en la prevención y la promoción, enfoques que van esencialmente dirigidos a los grupos (OG n.º 14, punto 59, nota 30).

nas y hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados» (OG n.º 4, punto 8 inc. a). Se trata de un ejemplo de obligación de brindar recursos judiciales en forma inmediata.

Asimismo, el Comité considera que muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada resultan acordes con la disposición de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen, pero no están limitadas a:

- a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los Tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamos contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; e) reclamos contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos, podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que impliquen niveles de gran aumento de personas sin hogar (OG n.º 4, punto 17).

Aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, el Comité entiende que tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos, que guarda directa relación con muchos derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Así señala entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de desalojos forzosos:

- a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con la antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales (OG n.º 7, punto 15).

Además, a partir del deber general de brindar recursos y la obligación de protección de la familia, de las madres y los niños (art. 10

PIDESC) el Comité ha sostenido la obligación del Estado de garantizar a las personas con discapacidad el acceso a los servicios de asesoramiento necesarios, a fin de poder realizar sus derechos y cumplir sus obligaciones dentro de la familia (OG n.º 5, punto 30).

2.2.2. Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos

Existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (Principios de Limburgo, principio 25; Principios de Maastricht, principio 9; OG n.º 3, punto 10). Se trata del punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad.

El Comité considera que esa obligación surge del artículo 2.1 del Pacto. En algunos casos implicará adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles. En otros casos tan sólo requerirá conservar la situación, no retroceder.

Señala el Comité que «un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser» (OG n.º 3 punto 10; en sentido similar, Principios de Maastricht, principio 9)⁴⁰.

El Comité ha intentado definir el contenido básico de algunos derechos del Pacto. Por ejemplo, en materia de derecho a la salud, ha establecido que los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Entre estas obligaciones básicas se encuentran, como mínimo, la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial para los grupos vulnerables o marginados; asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como

40. Sobre los autores que sostienen la idea del «contenido básico mínimo identificable» de cada derecho, ver «Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informe Definitivo Presentado por el Relator Especial Sr. Danilo Türk», E/CN.4/Sub.2/1992/16, puntos 29/30/31. Ver también A. Eide «Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo», cit. En el mismo sentido, ver la discusión sobre contenido esencial y contenido mínimo esencial en International Human Rights Internship Program, *Una onda...*, cit., cap. 2.

a un suministro adecuado de agua limpia potable; facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; adoptar y aplicar sobre la base de pruebas epidemiológicas un plan de acción (OG n.º 14, punto 43; ver también puntos 11 y 12 sobre elementos esenciales del derecho). El Comité ha fijado también el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada, que comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada, y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos (OG n.º 12, punto 8). En lo atinente al derecho a la educación, el Comité sostiene que la obligación mínima de los Estados comprende el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna, proporcionar enseñanza primaria a todos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 13, adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental, y velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, a reserva de conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza de los párrafos 3 y 4 del artículo 13 (OG n.º 13, punto 57).

Los Principios de Limburgo y Maastricht admiten que en la evaluación del cumplimiento de la obligación de garantizar contenidos mínimos, debe considerarse la limitación de recursos, pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que se disponga. Sin embargo, sostienen que un Estado sólo puede atribuir el no cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, si logra demostrar que ha realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (Principios de Limburgo, principios 25-28; Principios de Maastricht, principio 10). Con respecto al contenido básico del derecho a la alimentación, el Comité estableció que el Estado que aduzca que es incapaz de cumplir con esta obligación mínima por razones que están fuera de su control, tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar el apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios. El Comité parece haber avanzado recientemente a una posición más estricta sobre el cumplimiento de la obligación de garantizar contenidos mínimos sobre derecho a la salud. Así, ha estable-

cido que si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, el Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas. Sin embargo, el Comité señala que un Estado parte del PIDESC no puede nunca, en ninguna circunstancia, justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas que se estimen inderogables, tales como las señaladas en el punto 43 de la OG n.º 14 (OG n.º 14, punto 47). Analizaremos con mayor detenimiento este punto al desarrollar la prohibición de regresividad.

Si bien la tarea de interpretación del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan mesurables, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la mortalidad infantil o de la siniestralidad laboral⁴¹. En los últimos años, además, se ha comenzado trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial⁴². El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particu-

41. Ver, por ejemplo, las obligaciones establecidas en el artículo 12.2 PIDESC.

42. Se trata de una de las tendencias que acercan el tratamiento internacional de los derechos económicos, sociales y culturales y los estándares desarrollados por organismos técnicos internacionales o reuniones de desarrollo social. Ver, por ejemplo, la importancia de la labor de la Organización Mundial de la Salud en la determinación del contenido del derecho a la salud en S. Gruskin y D. Tarantola, «Health and Human Rights», François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights Working Paper N.º 10, Cambridge, Mass., 2000, y D. Tarantola, «Building on the Synergy between Health and Human Rights: a Global Perspective», François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights Working Paper N.º 8, Cambridge, Mass., 2000. En el mismo sentido, con respecto al derecho a la alimentación, cf. *The realization of economic, social and cultural rights: The right to adequate food and to be free from hunger*, actualización del informe de Asbjørn Eide sobre derecho a la alimentación encomendada por la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección de las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, junio de 1999, UN Doc E/CN. 4/Sub. 2/1999/12, puntos 97 y 130 b y c.

larmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado⁴³. El Comité se ha referido expresamente a la necesidad de utilizar indicadores y bases de referencia al analizar el contenido del derecho a la salud (OG n.º 14, punto 57 y 58).

Aun en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores, el Estado debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo. De tal modo no sólo existe un mínimo esencial de protección de cada uno de los derechos, sino un sector de la población que representa el mínimo de ciudadanos que debe recibir, aun durante la crisis, la protección del Estado en relación a sus derechos económicos y sociales. Aunque aún no se ha definido en términos generales a los grupos vulnerables, sí se los ha enunciado en relación a algunos derechos, como el derecho a la vivienda adecuada, estableciéndose por ejemplo que los ancianos sin recursos y los discapacitados integran grupos vulnerables que deben recibir protección especial durante los períodos de crisis económica. La enunciación proporcionada por el principio 20 de los Principios de Maastricht (consignada más arriba) también constituye una guía importante para evaluar las necesidades de protección especial de ciertos grupos, en relación con cada derecho afectado y con la situación de afectación.

2.2.3. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

Por último, y como ejemplo específico de estándares de justiciabilidad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, nos referiremos a la obligación de progresividad establecida por el PIDESC⁴⁴, centrándonos sobre la prohibición de regresividad que importa dicha obligación.

43. El sistema de indicadores podría ayudar no sólo a operativizar estándares mínimos, sino a medir situaciones en caso de discriminación y examinar la conducta estatal en términos de progresividad y regresividad de sus políticas. Cf. al respecto K. Tomaševski, «Indicators», en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social...*, cit., pp. 355-380. Cf. también International Human Rights Internship Program, *Una onda...*, cit., cap. 2.

44. La obligación de progresividad es común a otros instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren a derechos económicos, sociales y culturales (cf. Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica, art. 26; Protocolo de San Salvador, art. 1), de modo que las ideas aquí expuestas también son aplicables a esos instrumentos.

1) Noción general

El artículo 2.1 del PIDESC establece que «(c)ada 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 se 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*». La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad*. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa en su OG n.º 3:

[...] El concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes [...] Sin embargo el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d'être* del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Partes al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta (punto 9).

De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos «deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto» (OG n.º 3, punto 2).

De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas, pasibles de ser sometidas a revisión judicial en caso de incumplimiento. La obligación mínima asumida por el

Estado al respecto es la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora «progresiva». Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes⁴⁵. La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la citada OG n.º 3, «(m)ás aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone» (punto 9).

En el mismo sentido, los Principios de Maastricht consideran violatorias de los derechos económicos, sociales y culturales «la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza» (principio 14 a), «la adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean el de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más vulnerables» (principio 14 d) y «la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho» (principio 14 e).

Varias observaciones generales del Comité aplican estas nociones al análisis concreto de derechos contenidos en el Pacto. Así, la OG n.º 12 («El derecho a una alimentación adecuada»), punto 19, la OG n.º 13 («El derecho a la educación»), punto 45, y la OG n.º 14 («El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud») consideran *prima facie* violatorias del PIDESC las medidas regresivas. Como hemos visto, en la OG n.º 14 se establece, además, una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la salud.

45. En sentido similar C. Fabre (*Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, cit., pp. 53-55), quien, sin embargo, considera que la prohibición sólo alcanza las medidas que empeoren la situación del derecho con el efecto de llevar a su titular debajo del umbral mínimo necesario para llevar una «vida decente».

En línea con lo dicho hasta ahora, el goce de los derechos económicos, sociales y culturales requiere su justiciabilidad, tanto como el de los derechos civiles y políticos. Corresponde entonces proyectar las posibilidades de reclamo judicial de esta obligación de no regresividad. A continuación esbozaremos un esquema conceptual tendente a señalar los puntos fundamentales que requeriría una construcción jurídico-dogmática que haga posible dicha aplicación judicial.

Desde algunas posiciones teóricas, todas las obligaciones vinculadas con los derechos económicos, sociales y culturales tienden a entenderse como simples directivas de política pública dirigidas a los poderes políticos, de modo que —de acuerdo a estas visiones— las posibilidades de revisión judicial de las medidas tomadas sobre la materia son escasas. Como viene afirmándose en este trabajo, creemos que se trata de una posición no sólo incorrecta, sino además lesiva de la potencialidad de los derechos económicos, sociales y culturales que pretenden defenderse. La obligación de no regresividad constituye justamente uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial. Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución⁴⁶ imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde el punto de vista del ciu-

46. La prohibición de regresividad no es ajena al derecho constitucional. Constitucionalistas de la talla de Konrad Hesse han propuesto, en materia de derechos sociales, la teoría de la irreversibilidad (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*). De acuerdo con esta noción, si bien resulta imposible inducir de la propia constitución el contenido sustantivo de las obligaciones sociales del Estado, una vez que el legislador o la Administración ha regulado los diferentes campos mandados por la constitución, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas es inconstitucional. Se trata de la irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas —al menos de su contenido esencial— (cf. K. Hesse, *Grenzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, pp. 86-87, cit. por L. Parejo Alfonso, *Estado social y administración pública*, Madrid, 1983, pp. 53-54). En sentido similar, para el caso español, L. López Guerra, «Un Estado social», en J. de Esteban y L. López Guerra, *El régimen constitucional español I*, Barcelona, 1980, pp. 313 ss. y «El Estado social de derecho»: *Sistema* 38-39 (1980), p. 183. La misma doctrina ha sido sostenida por la Corte de Arbitraje de Bélgica en materia de derechos sociales. Un panorama completo de la cuestión puede consultarse en R. Ergec (ed.), *Les Droits Économiques, Sociaux et Culturels dans la Constitution*, Bruselas, 1995.

dadano, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del PIDESC, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía sustancial, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.

2) Prohibición de regresividad y razonabilidad

Este tipo de obligación no resulta extraño a la tradición jurídica iberoamericana: responde a características similares que el *principio de razonabilidad* de la reglamentación de los derechos, desarrollada en la Argentina sobre la base del artículo 28 de la Constitución Nacional. De allí que parte del desarrollo teórico que proponemos para la obligación de no regresividad sugiera recurrir como fuentes a la doctrina y jurisprudencia argentina elaborada a partir del principio de razonabilidad. La razón principal que funda esta semejanza la brinda el hecho de que ambos principios tienen como objeto al aseguramiento del debido proceso sustantivo: como ya hemos dicho, se dirigen al control sustancial o de contenido de la reglamentación de los derechos. Debido a esta similar estructura conceptual, nos vemos inclinados a afirmar que, en la Argentina, la consagración constitucional de la prohibición de regresividad producida por la asignación de jerarquía constitucional al PIDESC, a partir de la reforma de 1994, ha agregado un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la obligación de no regresividad implica un control «agravado» del debido proceso sustantivo: de acuerdo a la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder Ejecutivo se vinculaba exclusivamente criterios de racionalidad —por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etc.—. Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluía las reglamentaciones irrazonables, pero permitía que el legislador o el Poder Ejecutivo escogieran dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política. La obligación de no

regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica: aún siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo *no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente*, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, *además*, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes⁴⁷. En este sentido, la prohibición de regresividad constituye una nueva categoría de análisis del concepto de razonabilidad de la ley.

El *debido proceso sustantivo* no es más que un estándar o patrón para determinar, dentro del margen de arbitrio que deja la Constitución al legislador, y la ley al organismo ejecutivo —administrativo o judicial—, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar, o dicho en otros términos, cuál es el espacio concreto de discrecionalidad que puede ser utilizado por el legislador o el órgano ejecutivo, al regular un derecho consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales o en la ley. En concordancia con esta definición ha sostenido Pound que «el debido proceso no es una concepción abstracta de la que se pueda extraer conclusiones absolutas... aplicables en todo tiempo y lugar. Es, pues, un *standard* para guiar al Tribunal, y el *standard* debe aplicarse según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de opinión pública donde el acto tiene efecto. [...] Si la cuestión fuera de

47. Cf., en el mismo sentido, el ya referido 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, puntos 6 y 31, en el que incluso considera aplicable la noción de progresividad y la prohibición de regresividad a los derechos civiles y políticos, en el caso, al derecho a la nacionalidad. «Es así como los principios de “desarrollo progresivo” contenidos en el artículo 26 de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos), si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, deben a mi juicio entenderse aplicables a cualquiera de los derechos civiles y políticos consagrados en la Convención Americana, en la medida y aspectos en que éstos no resulten razonablemente exigibles por sí mismos» (punto 6). «En tal sentido, me remito a lo dicho sobre el carácter progresivo y la fuerza expansiva de los derechos humanos, en virtud de los cuales resultaría que el derecho a la nacionalidad consagrado por el art. 20.1 de la Convención incorpora los contenidos históricos contingentes que el Estado libremente le dio [...]» (punto 31), infiriendo de ello la violación de la Convención en caso de disminución de la extensión del derecho consagrado de acuerdo al régimen anterior a la reforma propuesta.

pura lógica, la larga serie de decisiones (de la Suprema Corte estadounidense) de cinco contra cuatro sugeriría que hay fallas en el método legal. Porque como lo ha hecho ya notar el Juez Holmes, esos juicios dependen de intuiciones tan sutiles que no podemos esperar acuerdo absoluto entre quienes aplican el *standard*»⁴⁸.

Si bien el debido proceso sustantivo ha sido concebido originalmente en el derecho estadounidense como una limitación de las facultades reglamentarias del Congreso destinada primordialmente a proteger la libertad individual, es hoy indiscutible en nuestra tradición constitucional que se trata de una garantía genérica que tutela a la totalidad de los derechos fundamentales⁴⁹.

Aunque definir con precisión la totalidad de los extremos que pueden estimarse en un juicio de razonabilidad excede ampliamente los límites de este trabajo, bastará sin embargo enunciar algunas nociones a efectos de aclarar, al menos inicialmente, el modo en que se integra al estándar de debido proceso sustantivo o control de razonabilidad con la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.

Siguiendo la clásica definición de Linares, «la garantía de debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal-material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el

48. R. Pound, *The Administrative application of legal standards*, en S. E., IV, 76, cit. por J. F. Linares, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1989, p. 28, nota 4.

49. Como señala Linares, el nacimiento del debido proceso como garantía no sólo adjetiva sino sustantiva: «[...] es el momento de la llamada interpretación mecánica o legalista de las enmiendas V y XIV. Bajo una concepción individualista (económica, política y filosófica) toda ley que implicara mejoras sociales para el obrero, regulación de actividades comerciales de interés público y económicas en general, era vista por la Suprema Corte americana con desconfianza profunda. El viejo principio de que toda ley tiene a su favor presunción de constitucionalidad fue abandonado y la carga de la prueba de la constitucionalidad se puso sobre quien sostenía la constitucionalidad de la ley. Pero esa prueba no consistía en hechos, estadísticas, explicación científica y razonada de las necesidades que llevaron al legislador a sancionar la ley cuestionada, sino en invocación de razones filosóficas, políticas y principios del *common law*, es decir, todo el ideario *jus liberal individualista*» (*Razonabilidad de las leyes...*, cit., p. 32). Recién en la última década del siglo XIX la Suprema Corte, según lo señala Warren, dio el paso radical de expandir la antigua y clásica frase que define los objetos del poder de policía —salud, seguridad y moral pública— por interpolación de la locución «bienestar público», avanzando acentuadamente hacia la aceptación de una teoría jurídica de corte sociológico, en el sentido de que el derecho debe reconocer la prioridad de los intereses sociales y partir de la premisa de que los intereses individuales deben estar protegidos por el derecho, en tanto que ellos son intereses sociales (C. Warren, *The Supreme Court in the United States History*, Boston, 1937, cit. por J. F. Linares, *op. cit.*, p. 73, nota 10).

hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuencia de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto»⁵⁰. Las normas constitucionales que consagran derechos son por naturaleza de mayor generalidad que las leyes que las reglamentan o que se dictan en su consecuencia. El campo de significados posibles de la norma constitucional es mayor que el de la norma legal, y el de ésta, a su vez, mayor que el de la norma reglamentaria inferior. El legislador está en consecuencia habilitado para crear derecho dentro del límite o del marco de contenidos posibles de la norma constitucional o de rango constitucional (art. 28 Constitución argentina, art. 4 PIDESc). Esta regla de subsunción es aplicable también a las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo (art. 99 inc. 2, Constitución argentina).

Las restricciones de los derechos fundamentales, incluso de los derechos sociales y otros derechos humanos consagrados por instrumentos de rango o jerarquía constitucional, establecidas por el Congreso en ejercicio de su poder reglamentario o poder de policía, no han de ser infundadas o arbitrarias sino razonables, es decir, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen, y por las necesidades de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionales a los fines que se procura alcanzar con ellas.

De tal modo, una primera cuestión vinculada a la razonabilidad de la reglamentación es que la «especie legal» no sea directamente contraria al «género constitucional». Esto es, no viole el principio de subsunción, pulverizando, desnaturalizando o destruyendo la esencia del derecho que reglamenta, o reconociéndolo más allá de los límites de su definición, de un modo exorbitante, afectando así otros derechos constitucionales (arts. 28, 31 y 75 inc. 22, Constitución argentina). El artículo 4 del PIDESc dispone que las limitaciones legales al ejercicio de los derechos consagrados en el instrumento sólo podrán establecerse en la *medida compatible con la naturaleza del derecho reglamentado*⁵¹.

50. J. F. Linares, *Razonabilidad de las leyes...*, cit., p. 31.

51. Ver al respecto la doctrina de la Corte Suprema argentina en el caso Rolón Zapa, Víctor Francisco del 30 de octubre de 1986, sobre inconstitucionalidad de una ley reglamentaria del derecho a jubilaciones móviles del artículo 14 bis de la Constitución argentina, que conduce a una desproporcionada reducción de los haberes previsionales con claro apartamiento de los derechos constitucionales consagrados. En *Vega, Humberto Atilio c. Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro s/ accidente-ley 9688* del 16 de diciembre de 1993, se constató que la utilización del salario mínimo vital y móvil establecido por la resolución 7/88 para el cálculo del tope indemnizatorio previsto en la ley de accidentes de trabajo había implicado la pulverización del real significado económico del crédito del actor. En el caso *Martinelli, Oscar Héctor*

La segunda cuestión es que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma. En cuanto a los fines perseguidos por las normas, es sabido que al poder de policía del Congreso Nacional se le reconocieron objetivos más amplios a medida que el Estado asumió un papel más activo de intermediación en la economía, en representación del denominado bienestar general, y aun a costa de restringir tradicionales libertades individuales, como las de contratar o ejercer el comercio o la industria. En tal sentido, sostuvo desde entonces la jurisprudencia constitucional, la restricción tiene su fundamento en el propósito de tutelar intereses generales que son dentro de la organización del Estado superiores a los derechos individuales, y para ello, la misma Constitución (antiguo artículo 67 inc. 28 Constitución argentina, actual artí-

tor *Cirilo y otros c. Coplinco Compañía Platense de la Industria y Comercio S. A.* del 16 de diciembre de 1993, ante visibles defectos de técnica y de coherencia entre el decreto 666/86, que fijó el salario mínimo, vital y móvil en un monto inferior al salario garantizado fijado por el decreto 667/86, siendo ambos dictados simultáneamente, la Corte declaró la inconstitucionalidad del primero, por llevar un tope violatorio del principio de buena fe, desnaturalizándose la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario. En el caso *Jáuregui, Manuela Yolanda c. Unión Obreros y Empleados del Plástico*, del 7 de agosto de 1984, la Corte estableció que si no se calcula el monto de la indemnización del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (resarcimiento del despido sin causa) sobre la base de pautas reales, el deterioro del poder adquisitivo del salario acaecido durante el lapso que media entre la finalización de un ciclo de trabajo y el momento del despido —en la especie 8 meses en período de alta inflación— no sólo beneficia indebidamente a quien con su conducta genera aquella situación, sino que importa un manifiesto desmedro patrimonial para el acreedor en términos que lesionan el derecho de propiedad y los derechos atinentes a una retribución justa y a la protección contra el despido arbitrario, consagrados por los artículos 14, 17 y 14 bis de la Constitución argentina. Más recientemente, en relación con esta última garantía se pronunció la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo en la causa *Zurueta, Héctor c. Maronese, Sebastián e Hijos S. A.*, del 19 de julio de 1996, estableciendo que la protección contra el despido arbitrario prevista por el art. 14 bis de la Constitución se halla sujeta a variaciones según las normas que en cada momento se fijan para reglamentarla. El tribunal sostiene que tales variaciones no pueden ser materia de agravio constitucional a menos que incrementen la protección hasta la exorbitancia o la reduzcan hasta tornarla irrisoria. De acuerdo con el fallo, la protección contra el despido arbitrario requiere que exista cierta proporcionalidad entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador despedido, por lo que si la aplicación del módulo de cálculo sujeto a tope según el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo reformado por la ley 24.013, resulta inferior en un 50% al salario percibido por el trabajador, corresponde prescindir del tope al momento de fijar la reparación.

Existen también ejemplos de reglamentaciones de la garantía de protección contra el despido arbitrario tachadas de irrazonables por exorbitancia en el grado de protección que afectaba a otros derechos constitucionales, tal como lo resolvió la Corte en autos *De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata*, del 25 de febrero de 1969.

culo 75 inc. 32 según texto de 1994) confía al Congreso la facultad de dictar todas las leyes y reglamentos que resulten convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Gobierno de la Nación⁵². Sin embargo, el artículo 4 del PIDESC establece en relación con los fines de la norma reglamentaria un elemento adicional, al disponer que los derechos consagrados en el Pacto podrán someterse únicamente a limitaciones determinadas por ley con el *exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*.

La tercera cuestión, quizá las más espinosa, al realizar el juicio o control de razonabilidad de las normas reglamentarias, es la determinación de la adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida. Como ha sostenido la Corte, el análisis de la eficacia de los medios arbitrados por el legislador es ajeno a la competencia jurisdiccional, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos, o sea *resolver si son o no proporcionados a las circunstancias o motivos que originan el dictado de la norma*⁵³ y a los fines que la justifican⁵⁴. En

52. El cambio de orientación surge al admitir la Corte la constitucionalidad de las leyes de prórroga de los alquileres —casos *Ercolano c. Lanteri de Renshaw*, Fallos 136:131 (1922), *Horta c. Harguindeguy*, Fallos 137: 47 (1922) y *Mango c. Traba*, Fallos 144:219 (1926)—; de moratoria hipotecaria —*Avico c. de la Pesa*, Fallos 172:21 (1934)— y luego de las leyes reguladoras del comercio y la industria de la carne —*Cia. Swift de la Plata c. Fisco Nacional*, Fallos 171:348 (1934), *Frigorífico Anglo c. Fisco Nacional*, Fallos 171:366 (1934), *Pedro Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carne*, Fallos 199:483 (1944)—. Luego se extiende a la imposición obligatoria de números vivos de variedades, frente a la libertad de contratación en el caso *Cine Callao*, Fallos 247:121 (1960). En este último caso, en relación con los fines del poder de policía, se estableció que comprenden, junto a la seguridad, la moralidad y la salubridad pública, la defensa y promoción de *los intereses económicos de la colectividad*, doctrina que recibe base de sustentación en el artículo 67 inc. 16 de la Constitución argentina (art. 75 inc. 18 según texto de 1994).

53. Así, por ejemplo, en el caso *Pedro Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes*, cit., se entendió que las condiciones del desenvolvimiento de la industria de carnes justificaban plenamente la sanción de la ley 11.747, con la cual el Congreso se propuso impedir el monopolio, las maniobras y los procedimientos arbitrarios de las empresas industrializadoras en la adquisición de la hacienda, crear un instrumento de lucha contra la organización que determinaba el comercio de carnes, lograr un mayor consumo externo e interno y abaratar este último acercando los productores a los consumidores y mejorando la calidad de las carnes.

54. En el caso *Nordensthol, Gustavo Jorge c. Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado*, del 2 de abril de 1985, la Corte entendió que la respuesta dada a las dificultades coyunturales que se invocaron mediante la ley 21.476 carecían de razonable proporción medio a fin ya que esa norma no impuso una limitación de derechos, sino que lisa y llanamente, suprimió todas las normas convencionales que establecían mayores beneficios que los consagrados en el régimen de contrato de trabajo. En el fallo se estableció además que si bien las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución Nacional y la acción del poder político

consecuencia, el objeto de decisión se refiere a si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. En situaciones de emergencia se le ha reconocido al Congreso un mayor margen de regulación, aun en materia de derechos sociales⁵⁵.

3) Inversión de la carga probatoria, estándar de interpretación y posibilidades de defensa del Estado

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias que acarrea la sanción de una ley o de un reglamento regresivo? La regresividad ¿constituye *per se* una razón de invalidez o inconstitucionalidad? De acuerdo al esquema sugerido, la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta⁵⁶. Analizaremos a continuación los dos elementos que configuran este cuadro: la inversión de la carga probatoria y el estándar de interpretación que debe emplear el juez ante la articulación por parte del Estado de una defensa de la validez de la norma impugnada. Dado que estas categorías resultan poco habituales para la práctica jurisprudencial y de la doctrina argentina y de otros países de América Latina, creemos que resulta útil tratar brevemente la cuestión.

En cuanto a la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, su aplicación al análisis de razonabilidad de las leyes no ha sido, por ejemplo, ajena a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados

estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política, dado que ésta necesariamente debe instrumentarse mediante normas jurídicas, cabe la valoración judicial de la razonabilidad de los medios empleados. Esto no es otra cosa que constatar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado. Este medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional.

55. Por ejemplo, en el caso *Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos*, del 7 de agosto de 1990, se estableció que el artículo 1 de la ley 21.476 tuvo por objeto mantener la vigencia de los convenios colectivos de trabajo con limitaciones, a fin de no variar la situación laboral existente y preservar la estabilidad en las relaciones colectivas de trabajo, en un momento en que la coyuntura obligaba a ser excesivamente cauteloso en todo lo que podía incidir en la economía del país. Vigente la ley 21.307 y en ese contexto, la limitación de cláusulas convencionales de aumentos automáticos ligados a otros factores de la economía parece ajustarse a la doctrina de que en situaciones de emergencia social o económica, la facultad de regular los derechos personales (art. 14 Constitución argentina) puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad.

56. Cf., en general, D. Liebenberg, «Socio-economic Rights», en M. Chaskalson *et al.* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Ciudad del Cabo, 1998, cap. 41, pp. 50-51.

Unidos⁵⁷, que, como veremos, desarrolló la noción en el marco del cuestionamiento de normas tachadas de discriminatorias, es decir, que sugieran prejuicio contra minorías raciales o de otro tipo. En el marco del derecho antidiscriminatorio, desde el punto de vista procesal, corresponde al demandante demostrar la existencia de una discriminación normativa a partir del empleo de una de las denominadas *categorías sospechadas*⁵⁸. La preocupación central que ha justificado la elaboración de esta noción es la de erradicar aquella acción gubernamental «teñida de prejuicio contra minorías discretas e insulares»: el tipo de prejuicio «que tiende a afectar la operación de aquellos procesos políticos en los que habitualmente confiamos para la protección de las minorías»⁵⁹. Acreditado por el demandante el empleo en una norma jurídica de una categoría sospechada como criterio para efectuar una distinción legal, la carga de la prueba se invierte y corresponde al Estado la justificación de la medida.

Como principio, entonces, cuando se crea una distinción en función de alguno de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación, se trate de previsiones constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora. Esta presunción ha sido sostenida en sede internacional a partir de una reiterada y tradicional jurisprudencia de numerosos tribunales europeos. En tal sentido la doctrina y la jurisprudencia constitucional italiana partió de la prohibición específica de discriminación que se contiene en el propio artículo 3.1 de la Constitución italiana, entendida como elenco de calificaciones subjetivas vedadas como elementos de distinción o diferenciación (sexo, raza, lengua, religión). Como la propia Constitución contiene mandatos específicos que proscriben tener en cuenta estas distinciones, la jurisprudencia concluyó que la prohibición específica de operar distinciones sobre la base de estos datos, si bien no podía interpretarse como una

57. Cf. J. F. Linares, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 213.

58. Cf. L. Tribe, *American Constitutional Law*, Nueva York, 1988, pp. 1465-1553; G. Stone, L. Seidman, C. Sunstein y M. Tushnet, *Constitutional Law*, Boston-Toronto, 1986, pp. 495 ss.

59. Cf. L. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 1465, citando la famosa frase del juez Stone en el fallo *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 152-153 n. 4 (1938). Como se sabe, la Corte Suprema estadounidense ha considerado categorías sospechadas —aunque con distinto énfasis— la utilización de la raza y de la etnia, la condición de extranjero, la condición de hijo extramatrimonial y el género. Cf. G. Stone, L. Seidman, C. Sunstein y M. Tushnet, *Constitutional Law*, cit., pp. 528-689.

obstáculo absoluto de trato, actuaba como una presunción de irracionalidad de ciertas prohibiciones⁶⁰.

El Tribunal Constitucional español ha sido consciente de que, en su lectura unitaria del artículo 14 de la Constitución española, no podía llevar a sus últimas consecuencias la equiparación teórica entre igualdad genérica y la prohibición de discriminaciones concretas. A la hora de enjuiciar la razonabilidad del factor diferenciador no ha podido prescindir de que ese factor sea precisamente uno de los expresamente incluidos en el elenco del artículo 14 de la Constitución. Así, se dice que en el artículo 14 de la Constitución española existe una «interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, condición social) que el precepto expresamente menciona»⁶¹, y ello, por lo menos, implica que, si se emplean esos factores como criterios de diferenciación de trato, esa diferenciación sea especialmente «sospechosa» de inconstitucionalidad, por lo que habrá de examinarse con mayor rigor su razonabilidad. Esta exigencia de una justificación más estricta, este mayor rigor en el tratamiento de la desigualdad derivada de algunas de las diferenciaciones contenidas en el artículo 14, es constante en las decisiones del Tribunal Constitucional español, traducéndose lógicamente en un «endurecimiento» del control de constitucionalidad. Así, la alegación de que el factor diferenciador ha sido uno de los mencionados en el artículo 14 alivia al recurrente la carga de demostrar la «relevancia» constitucional de la desigualdad⁶². Otra consecuencia de que el factor diferencial esté expresamente prohibido afecta en el derecho español a la carga de la prueba, cuya inversión opera en los casos de desigualdad de trato. Tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 enumera⁶³.

En el plano internacional, en relación con la alegación —destinada a justificar una diferencia de trato— de factores de diferenciación expresamente vedados, el TEDH se pronunció en el caso de *Irlanda v. Reino Unido*, sentencia del 18 de enero de 1978, en el que se analizaba el carácter discriminatorio de diferencias en el trato de

60. Cf. A. Barbero, *Manuale di Diritto Pubblico*, Bolonia, 1984, p. 308.

61. Ver sentencia del S. Tribunal Constitucional español 83/1984, del 24 de julio (BOE del 14 de agosto de 1984), FJ 5.

62. Ver sentencia del STC 59/1982, del 28 de julio (BOE del 18 de agosto de 1982), FJ 3; sentencia 34/1984, del 9 de marzo (BOE del 3 de abril de 1984), FJ 2; sentencia 63/1984, del 21 de mayo (BOE del 19 de junio de 1984), FJ 4.

63. Ver sentencia STC 81/1982, del 21 de diciembre (BOE del 15 de enero de 1983), FJ 2.

prisioneros del IRA y los terroristas «leales» protestantes. En dicho fallo, aunque la mayoría rechazó la existencia de discriminación, el juez Matscher afirmó que si existe discriminación cuando no existan motivos objetivos y razonables que justifiquen diferencia de trato, con mayor razón puede hablarse de discriminación cuando el distinto trato se explica por algunos de los criterios vedados que se enuncian en el artículo 14 del Convenio Europeo.

En el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* del TEDH, sentencia del 25 de mayo de 1985, se planteó en forma directa una discriminación por razón de raza, nacimiento y sexo en la legislación de inmigración británica, que concedía derechos de entrada a las mujeres de inmigrantes hombres, negados a los maridos de las mujeres inmigrantes. Estas medidas afectaban especialmente a inmigrantes de procedencia india. El Tribunal sostuvo que «se puede destacar que la progresión hacia la igualdad de los sexos constituye hoy un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa». Y de ello extrae que «sólo razones muy fuertes podrían llevar a estimar compatible con el Convenio una distinción fundada en el sexo».

Trasladando el esquema al análisis de regresividad, el demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida⁶⁴, y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable⁶⁵.

64. Cf. OG n.º 13 («El derecho a la educación»): «La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones» (punto 45); OG n.º 14 («El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»): «(A) igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud» (punto 32).

65. Cf. OG n.º 13 («El derecho a la educación»): «(S) i deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado parte» (punto 45); OG n.º 14 («El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»): «(S) i se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado parte» (punto 32). En sentido similar, la demostración de que las limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales tiene «el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática» (art. 4 PIDESC) está a cargo del Estado (Principios de Limburgo, principio 54).

En cuanto al estándar de juicio, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el criterio denominado *escrutinio estricto* (*strict scrutiny*): la carga de demostración de la administración es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. El estándar es aplicable ante las ya comentadas *categorías sospechadas* en caso de discriminación, y en general ante la revisión judicial de restricciones a un derecho fundamental: corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción, la existencia de un «interés imperioso» (*compelling interest*) que justifique la medida adoptada. En estos casos, no basta con que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar su imperiosa necesidad. De acuerdo con Tribe, una de las aplicaciones de este criterio consiste en la anulación de normas jurídicas, sea por la insuficiente relación medio-fin, sea por la debilidad del interés que pretenden satisfacer. Bajo esta luz, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, serían insuficientes para justificar la medida impugnada⁶⁶. La Corte Suprema estadounidense ha aplicado la regla del escrutinio estricto, por ejemplo, en casos de imposición de requisitos de residencia para el ejercicio del derecho a divorciarse⁶⁷ o a la obtención de ayuda social⁶⁸, el establecimiento de requisitos discriminatorios para ejercer derechos tales como los de votar⁶⁹, acceder a la justicia⁷⁰, casarse⁷¹, etcétera.

Estas nociones tampoco son ajenas a la tradición continental europea. Como hemos comentado, al enfrentarse al control de normas que sostienen distinciones sobre categorías «sospechadas», el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el empleo de esos factores como criterios de diferenciación de trato es especialmente «sospechoso» de inconstitucionalidad, por lo que corresponde un «endurecimiento» del control de constitucionalidad.

Comentando el ya referido caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* del TEDH, Alonso García señala que el Tribunal se mueve en la línea de la sustitución del criterio interpretativo de mera racionalidad (*rational scrutiny*) por «unos mucho más tajantes (*strict scrutiny*) en el

66. Cf. L. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 1.453.

67. Así, *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975).

68. Por ejemplo, *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969).

69. Por ejemplo, *Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966); *Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621 (1969).

70. Por ejemplo, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

71. Por ejemplo, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

que el fin de la norma debe ser superior al valor constitucional que la igualdad de raza, sexo, y otros factores de discriminación expresamente prohibidos suponen⁷². Similar es la estrategia interpretativa del TEDH al considerar la restricción de un derecho establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos. En el caso *The Sunday Times v. Reino Unido*⁷³, el TEDH debió interpretar la cláusula del artículo 10.2 de la Convención Europea⁷⁴, que autoriza al Estado a someter el ejercicio de la libertad de expresión «a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». El TEDH concluyó que «necesarias», sin ser sinónimo de «indispensables», implica la existencia de una «necesidad social imperiosa» y que para que una restricción sea «necesaria» no es suficiente demostrar que sea «útil», «razonable» u «oportuna».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado un esquema de argumentación similar en la Opinión Consultiva n.º 5, «La colegiación obligatoria de los periodistas»⁷⁵. La Corte también debió interpretar el alcance de las posibilidades de restricción de la libertad de expresión, de acuerdo con el artículo 13 de la Convención

72. Cf. M. Alonso García, *La Interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, p. 388.

73. TEDH, *The Sunday Times v. Reino Unido*, decisión del 26 de abril de 1978, Series A n.º 30, § 59, pp. 35-36.

74. El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos humanos establece que:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

75. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, «La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención)», Serie A: Fallos y Opiniones n.º 5.

Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica⁷⁶. La Corte, siguiendo las conclusiones del TEDH en el caso *The Sunday Times*, señaló que «la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno: para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo» (punto 46).

La Corte Suprema argentina también ha empleado un criterio similar en casos de discriminación. En el caso *Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires*⁷⁷, la Corte debió juzgar la validez constitucional de un reglamento provincial que establecía el requisito de ser argentino nativo o naturalizado con dos años de ejercicio de la ciudadanía para ejercer la docencia en un establecimiento de enseñanza privada. La actora, de nacionalidad estadounidense, impugnó la constitucionalidad de la norma, por considerarla contraria al artículo 20 de la Constitución argentina, que establece que «los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión...». En un voto concurrente, los doctores Petracchi y Bacqué señalaron que «ante los categóricos términos del artículo 20 de la Constitución [...] toda distin-

76. El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su parte pertinente, lo siguiente:

«Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o

la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

77. CSJN, caso *Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires*, del 8 de noviembre de 1988, en *La Ley* 1989-B, pp. 351 ss.

ción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada de una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea “razonable”».

Aplicando este esquema al caso de la regresividad: acreditada ésta por parte del actor, cabe al Estado la carga de demostrar la estricta necesidad de la medida⁷⁸. Esto supone la demostración por parte del Estado de: a) la existencia de un interés estatal permisible; b) el carácter imperioso de la medida y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión. En este cuadro, las posibilidades de argumentación del Estado no son libres, ni mucho menos. Las OG n.º 3, 13 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fijan los términos del posible marco argumentativo del Estado: por un lado, la medida regresiva sólo se justifica si el Estado demuestra que ha considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquélla («el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas», OG n.º 13, punto 45; «corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles», OG n.º 14, punto 32).

Por otro lado, el Comité también establece las condiciones y contenido de la posible justificación: la medida «deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone» (OG n.º 3, punto 9; OG n.º 13, punto 45; OG n.º 14, punto 32). Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avan-

78. Cf. OG n.º 3: «Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo [...] requerirán la consideración más cuidadosa» (punto 9); OG n.º 13 («El derecho a la educación»): «(S)i deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado parte» (punto 45); OG n.º 14 («El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»): «(S)i se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado parte» (punto 32).

ce teniendo en cuenta *la totalidad de los derechos previstos en el Pacto, y b) que ha empleado todos los recursos de que dispone*, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Estas limitaciones resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros *derechos previstos en el Pacto* (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida.

En la OG n.º 14, en el caso específico del derecho a la salud, el Comité establece otro límite a las posibilidades justificatorias del Estado —aunque de los términos de su redacción se desprende la posible generalización de ese criterio a los otros derechos del Pacto—. En el punto 43, el Comité recuerda que, en línea con lo dicho en la OG n.º 3, «los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto». A continuación, en el punto 48, señala que «(l) a adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 *supra*, constituye una violación del derecho a la salud». Esto significa que, de acuerdo a la interpretación del Comité, el PIDESC establece una prohibición absoluta de medidas regresivas que tengan como efecto el incumplimiento de la obligación de satisfacer niveles esenciales del derecho a la salud, y, por extensión del criterio, de cualquier otro derecho. Dicho en otros términos, la sanción de medidas normativas que empeoren la situación de goce de derechos del Pacto hasta el punto de excluir a personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos *siempre* constituye una violación del Pacto, sin que pueda ser justificada por el Estado⁷⁹.

Como se ha dicho, en caso de duda, habrá que estar en contra de la validez de la norma, ya que la demostración concreta de retroceso en el goce de un derecho hecha por el demandante no habrá sido conmovida por el intento del Estado de probar que la medida ha mejorado el goce de otros derechos previstos en el Pacto. En el caso en que el Estado argumente a favor de la racionalidad de la norma, el juez deberá realizar lo que la doctrina constitucional alemana denomina *ponderación de intereses*, aunque en el caso la posibilidad de ponderación queda limitada estrictamente al campo de los derechos económicos, sociales y culturales, excluyendo a cualquier otro.

79. El criterio es similar al propuesto por Cécile Fabre (*Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 53-55).

En resumen, de acuerdo con nuestro criterio, la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados: conlleva, de antemano, una *presunción de ilegitimidad* de la medida, y conduce a la necesidad de realizar un *escrutinio estricto* o un severo control de la razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, quedando *a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad*. En caso de duda, habrá de estarse contra la validez de la norma regresiva. Tampoco resulta este criterio ajeno a la tradición jurídica de los tribunales argentinos. La Corte Suprema argentina ha decidido que, en materia de derechos sociales, rige la regla hermenéutica *in dubio pro iustitia socialis*, a la que asigna raigambre constitucional. En el fallo *Berçaitz, Miguel Ángel s/jubilación*, del 13 de septiembre de 1974, la Corte consideró que:

[...] tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro iustitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el «bienestar», esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad. [...] [Esta Corte] ha afirmado, «enfáticamente, que las leyes de materia previsional deben interpretarse conforme a la finalidad que con ellas se persigue, lo que impide fundamentar una interpretación restrictiva» (Fallos: 263:400; 265:256; 267:196; 279:389). No sólo, pues, la interpretación analógica restrictiva de un derecho social —en el caso, previsional— contraría a la uniforme jurisprudencia de esta Corte, concordante con la doctrina universal (el «principio de favorabilidad», *Günstigkeitprinzip*, que formularon los autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar...), sino que también se contrapone a la hermenéutica de las leyes que surge —según lo mostramos— del «objetivo preeminente» de «promover el bienestar general» que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino.

Como puede verse, ambos principios de interpretación siguen una orientación conceptual similar: favorecen la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance. En el caso del principio *in dubio pro iustitia socialis*, prima la interpretación normativa que mayor extensión dé al derecho social en cuestión. En el caso de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto a la norma posterior que pretende limitar la extensión del derecho.

4) Criterios para determinar la regresividad

Conforme a la posición que sustentamos en este trabajo en relación con la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, el

impugnante de una norma podría trasladar la carga de demostrar su razonabilidad, si logra acreditar *prima facie* que dicha norma es regresiva. Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que una norma que reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra? Lo será en principio, partiendo de la definición del artículo 2 del PIDESC, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse. En definitiva el juicio que el impugnante de la norma deberá proponer es de tipo comparativo, debiendo poner en evidencia de modo concreto y categórico que la norma impugnada es *menos favorable* para el titular del derecho que la sustituida⁸⁰.

En cuanto a las reglas o parámetros para realizar tal comparación, consideramos que sería acertado recurrir por analogía a los criterios utilizados en el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo de la primacía del régimen o norma *más favorable* para el trabajador. La apelación a tales procedimientos, de arraigada tradición en el ámbito del derecho social, operará solamente como método posible de comparación entre las normas, sin ignorar las claras diferencias entre una y otra situación y la distinta finalidad que se persigue. En el caso del derecho laboral los criterios de comparación determinan un orden de prelación de las normas. En nuestro caso sólo permitirán acreditar *prima facie* que el Estado ha violado la prohibición de regresividad en la tutela jurídica de un derecho social, trasladándose la carga de demostrar la razonabilidad de la norma bajo un estándar de escrutinio estricto. Cuando se trata de resolver conflictos entre cuerpos normativos diversos, sobre la base del principio de la norma o el régimen más favorable al trabajador, la doctrina iuslaboralista distingue dos criterios básicos: el de la acumulación y el del conglobamiento. El criterio de la acumulación implica la aplicación de lo dispuesto en las normas comparadas sumando todo lo que hay en ellas que resulte más favorable al trabajador. El método del conglobamiento, que tiene en cuenta el carácter unitario de cada norma o régimen, hace la comparación en conjunto, y excluye la posibilidad de aplicar simultáneamente una disposición de un régimen y la de otro prescindiendo del respectivo carácter unitario, por lo que tras la comparación, se aplica sólo la norma o el régimen que en su totalidad resulta más favorable. Un método intermedio es el denominado «conglobamiento

80. Cf. Principios de Maastricht, principio 14 a), d), e), f) y g).

por instituciones», en el cual se toma como unidad de comparación el conjunto de normas «relacionadas con cada una de las instituciones del derecho del trabajo», aplicándose la norma que regula de modo más favorable cada una de las instituciones comparadas⁸¹.

Para decidir cuál podría ser el criterio aplicable, es necesario tener en cuenta algunas consideraciones prácticas. El método del «conglobamiento» tiene a su favor la consideración completa del sistema establecido por la norma: este punto es especialmente relevante, dado que en materia de reglamentación de derechos sociales, por regla general, nos enfrentamos a regímenes complejos, que requieren una evaluación en conjunto. Sin embargo, en su contra juega el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad tiene carácter restrictivo, y opera como *última ratio* del control judicial de la actividad de los otros poderes. Este principio impone circunscribir la declaración de inconstitucionalidad a los aspectos particularmente impugnados, sin perjuicio de la validez del resto de la norma. El método de la «acumulación» tiene las virtudes y los defectos inversos: se ajusta más fácilmente a la filosofía del carácter restrictivo del control de constitucionalidad, pero es poco respetuoso de la unidad sistemática de un cuerpo normativo, permitiendo la comparación de normas aisladas, alejadas del contexto sistemático en el que se insertan. A la luz de estos argumentos, el análisis por instituciones parece ser el que brinda la solución más adecuada para determinar cuándo una norma es regresiva, ya que permite equilibrar ambos intereses: circunscribe el análisis de regresividad al contenido concreto de las normas que regulan una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho, manteniendo incólume el resto de la norma, y permite el análisis de una institución completa, respetando la necesidad de análisis sistemático en mayor medida que el método de la acumulación.

5) Alcance de la aplicación de la prohibición de regresividad

¿A qué derechos se aplica la obligación de no regresividad? En la Argentina, dada la incorporación del principio de progresividad a partir de la adopción del PIDESC, y su elevación a principio de

81. Este último criterio, elaborado por la jurisprudencia italiana, fue el adoptado para regular la relación entre el convenio colectivo de trabajo y la ley, por el artículo 6 de la ley 14.250 y es el que adopta el artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ver J. López, N. Centeno y J. C. Fernández Madrid, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada I*, Buenos Aires, 1987, p. 36. Ver además, A. Goldín, «Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo», en D.T. 1986-B, pp. 934 ss.

jerarquía constitucional desde la reforma constitucional de 1994, una de las preguntas que cabe plantear está vinculada con el alcance de esta obligación. La obligación ¿es aplicable sólo a los derechos previstos por el PIDESC? ¿Se extiende también a los derechos económicos, sociales y culturales previstos en el texto constitucional, y a los contenidos en otros tratados internacionales de jerarquía constitucional? La pregunta no es ociosa, ni de naturaleza exclusivamente teórica, ya que la parte dogmática y la de nuevos derechos y garantías de la Constitución argentina suma una importante serie de derechos económicos, sociales y culturales a la enumeración prevista por el PIDESC⁸². Así, por ejemplo, el artículo 14 *bis* de la Constitución argentina consagra el derecho a un salario mínimo vital móvil, el derecho a la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, el derecho a la protección contra el despido arbitrario, el derecho a la estabilidad del empleado público, las garantías de los representantes gremiales, el carácter integral e irrenunciable de la seguridad social, el seguro social obligatorio, las jubilaciones y pensiones móviles, la defensa del bien de familia y la compensación económica familiar, que no aparecen detallados con ese grado de especificidad en los tratados internacionales de jerarquía constitucional. Del mismo modo, el texto del PIDESC no recoge los derechos ambientales, ni los de consumidores y usuarios, sí previstos en la Constitución argentina a partir de la reforma de 1994.

De acuerdo con nuestro criterio, la obligación no sólo alcanza a los derechos previstos por el PIDESC, sino a todo otro derecho económico, social y cultural de rango constitucional. Varias son las razones que abonan esta opinión: en primer lugar, el denominado principio *pro homine*, que determina que, en caso de duda, debe escogerse la interpretación que otorgue mayor extensión a los derechos, frente a aquella que brinde mayores prerrogativas al Estado.

En segundo término, el carácter *complementario*⁸³ que la Constitución otorga a los tratados de jerarquía constitucional con respecto a su parte dogmática. Esta complementariedad supone, como primer

82. La pregunta es igualmente pertinente para aquellas constituciones que enuncian derechos sociales y, además, asignan jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, y para aquellas que sujetan la interpretación de los derechos establecidos en la constitución a la de los tratados internacionales de derechos humanos.

83. Cf. Constitución argentina, art. 75 inc. 22: «[los tratados enumerados] tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos».

corolario, no contradicción⁸⁴. En un primer sentido, los derechos previstos en la primera parte de la Constitución o de un pacto no pueden ser interpretados en el sentido de limitar, restringir o derogar los derechos establecidos por la restante fuente. Pero es posible avanzar aún más, afirmando que el sentido de la doble protección, interna e internacional, especialmente en el caso del tipo de derechos recogidos tanto por la parte dogmática como por los tratados internacionales, supone una mutua correlación de los derechos y principios de distinta fuente. La suma de los derechos establecidos en la parte dogmática de la Constitución y de los establecidos en los tratados de derechos humanos debe interpretarse como totalidad: allí donde el estándar del derecho interno suponga un grado de protección mayor, ello eleva el rigor de las obligaciones del Estado; inversamente, cuando el estándar internacional sea más exigente, ésta será la medida de la obligación estatal. La determinación de las obligaciones del Estado surgirá entonces de una comparación de los estándares interno e internacional ante cada derecho. Vistas así las cosas, resulta coherente que una exigencia tal como la prohibición de regresividad resulte aplicable a todo el conjunto de derechos sociales, tanto de fuente interna como internacional.

Por último, y en la misma línea argumentativa, la propia Constitución puede entenderse como una reglamentación interna del PIDESC. Los derechos sociales enumerados, incorporados a la Constitución, pueden ser considerados una primera reglamentación genérica de los derechos contenidos en el PIDESC. En algunos casos, la relación parece evidente: por ejemplo, la «defensa del bien de familia» y «la compensación económica familiar» (art. 14 *bis*, Constitución argentina) son especificaciones de la obligación de conceder a la familia «la más amplia protección y asistencia posible» (art. 10.1 PIDESC). Lo mismo sucede con los derechos laborales, o con el derecho a la seguridad social: el mayor detalle del texto constitucional constituye un primer paso de mejora progresiva. En otros casos, la relación puede ser más mediata, pero es igualmente plausible: por ejemplo, el derecho a un «medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futu-

84. Como se dijo, la Constitución afirma que los tratados «no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución» (art. 72 inc. 22). Por su parte, el PIDESC establece en su artículo 5.2 que «(n)o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

ras» (art. 41, Constitución argentina) especifica el derecho de toda persona «a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia... y a una mejora continua de las condiciones de existencia» (art. 11.1 PIDESC) en relación con el medio ambiente. En el mismo sentido, el derecho de los consumidores y usuarios, en la relación de consumo, «a la protección de su salud [y] seguridad» (art. 42, Constitución argentina) especifica, en el caso concreto de las relaciones de consumo, el derecho de toda persona «al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» (art. 12.1 PIDESC). De modo que, como medida adoptada internamente para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC (art. 2.1 PIDESC), la enumeración de derechos sociales hecha por la Constitución y su posterior reglamentación también queda sujeta a la prohibición de regresividad.

Esta interpretación coincide con la efectuada por la Corte Suprema argentina en autos *Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*, del 27 de diciembre de 1996⁸⁵. En efecto, tanto el voto de la mayoría, como el del doctor Boggiano, juzgan aplicables los criterios establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CADH y el PIDESC al derecho a las jubilaciones y pensiones móviles, establecido por el artículo 14 *bis* de la Constitución y no recogido en esa medida por los tratados internacionales, ya que en éstos se reconoce únicamente el derecho a la seguridad social pero no se establece la nota de la movilidad de las prestaciones de seguridad social⁸⁶.

85. Ver *La Ley* T. 1997-B, p. 247.

86. C. S. J. N., «Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos», del 27 de diciembre de 1996, voto de la mayoría, formada por los doctores Nazareno y Moliné O'Connor, considerandos 11 y 12; voto concurrente del doctor Boggiano, considerando 11.

Capítulo 3.

ESTRATEGIAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El objeto de este capítulo es presentar diferentes estrategias a través de las cuales pueden exigirse judicialmente derechos económicos, sociales y culturales. Como hemos dicho, entre los denominados derechos «civiles y políticos» y los derechos «económicos, sociales y culturales» existe un *continuum* estructural, de modo que las supuestas diferencias entre ambos no constituyen más que diferencias de grado o, a lo sumo, diferencias que radican en el peso simbólico de algunas obligaciones del Estado (en especial, las obligaciones de hacer) cuando se trata de describir los rasgos característicos de un derecho. Todo derecho —llámese civil, político, económico, social o cultural— supone un complejo de obligaciones positivas y negativas del Estado, y por ende, es falso que exista alguna característica inherente a los derechos económicos, sociales y culturales que los torne insusceptibles de recibir tutela judicial. Para que la propuesta que formulamos resulte plausible, sin embargo, es necesario que nos hagamos cargo explícitamente de algunos obstáculos tradicionales que ha enfrentado históricamente la exigibilidad judicial de estos derechos. Muchos de estos obstáculos son simplemente coyunturales, o bien están ligados a rasgos que comparten los llamados derechos civiles y políticos. Aun considerando estos obstáculos, nuestro interés se centra aquí en proponer una tipología de las posibilidades de exigibilidad judicial que ofrecen los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando diversas estrategias de exigibilidad a partir de ejemplos concretos extraídos de la experiencia jurisprudencial nacional e internacional.

El papel de la judicatura como garantía de la vigencia de los

derechos humanos en general, y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, es una cuestión aún abierta al debate¹. Más allá de la función que la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos le asignan a la Justicia, lo que nos interesa discutir es cómo deberían actuar los jueces cotidianamente, a partir de aquel mandato normativo, para que los derechos sociales puedan gozar de algún grado estimable de realización práctica.

Ciertamente el Poder Judicial, por sus características institucionales y por el lugar que ocupa en la distribución de funciones dentro del Estado, no está llamado a ser el principal protagonista a la hora de hacer efectivos de los derechos económicos, sociales y culturales, tarea que corresponde primariamente a los denominados poderes políticos. Sin embargo, si resulta provocado adecuadamente², puede ser un poderoso instrumento de formación y al mismo tiempo de desarticulación de algunas políticas públicas en el área social, con impacto directo en la vigencia de aquellos derechos.

Sin perder de vista los posibles obstáculos, intentaremos exponer en este capítulo algunas vías que ya han sido exploradas con éxito para exigir a los tribunales el cumplimiento de su función de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Analizaremos por ejemplo cómo se ha logrado que los jueces obliguen al Estado a suministrar medicamentos a todos los portadores de HIV-SIDA del país; a fabricar una vacuna y proveerla a todos los habitantes afectados por una enfermedad endémica; a crear centros de atención materno infantil para un grupo social discriminado; a proveer agua potable a toda una comunidad indígena; a extender la cobertura de un beneficio educativo o asistencial a un grupo originariamente excluido; a reintegrar a una escuela secundaria privada a alumnos que sufrieron una expulsión injustificada, entre otros casos relevantes.

Un breve comentario metodológico previo puede aclarar los criterios de selección que hemos empleado: no se trata de mencionar casos en los que simplemente se invoquen derechos sociales —tarea que resultaría inagotable, y además poco fructífera—, sino de ilustrar a través de casos jurisprudenciales las distintas *estrategias* que sugerimos. Por lo dicho, el sentido de citar casos de procedencias diversas no es el de señalar interpretaciones distintas sobre el contenido de las obligaciones del Estado en relación con los derechos sociales —esto

1. Cf. P. Andrés Ibañez, «Garantía Judicial de los Derechos Humanos»: *Revista Claves* 90 (1999).

2. Cf. J. R. L. 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*, cit., p. 136.

requeriría un trabajo mucho más ordenado, y la referencia concreta a los distintos regímenes jurídicos que sean objeto de interpretación—. Por el contrario, nuestra intención en este capítulo es la de ejemplificar con casos las estrategias sugeridas, y analizar los problemas y vías de acción posibles ante las situaciones planteadas. En algunos supuestos, nos centramos en la manera en que el tribunal respectivo encara las dificultades teóricas o prácticas de un caso; en otros, nos interesa ilustrar la estrategia de presentación de los casos, más allá de la interpretación concreta efectuada por el tribunal. El efecto de esta elección sea, probablemente, el de la percepción de una cierta heterodoxia, porque los ejemplos presentados provienen de ámbitos jurídicos diversos (de tradiciones jurídicas distintas, como el derecho continental o el *common law*; de diferentes tribunales nacionales e internacionales; del campo de los derechos humanos, del derecho constitucional, del derecho laboral, del derecho administrativo, del derecho civil, etc.), y se refieren además a derechos distintos (derechos laborales, salud, vivienda, educación, medio ambiente, derechos del consumidor, etc.). Esta elección —debemos confesarlo— es absolutamente deliberada: procura mostrar hilos conductores que atraviesan realidades y problemas comunes, trascendiendo las particularidades locales. El argumento puede traducirse en términos de derecho positivo: la existencia de estructuras jurídicas comunes (normas internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales) y tipologías constitucionales con tendencias comunes, hace que los ejemplos de procedencias diversas resulten comparables, al menos a efectos de inspirar estrategias que puedan ajustarse a las distintas realidades nacionales o regionales.

Otro tipo de críticas que se dirige habitualmente a los trabajos donde se discute jurisprudencia es la acusación de *casuismo*. Dos breves apuntes ante esta cuestión: en el caso particular de este trabajo, la discusión de casos jurisprudenciales no es sino el corolario de un marco conceptual establecido previamente, en el que se debate la pretendida imposibilidad de exigibilidad judicial de derechos sociales. El objeto de este capítulo es rebatir a través de ejemplos concretos esa supuesta imposibilidad, con intenciones tanto conceptuales —demostrar la incorrección de la tesis de la supuesta inexigibilidad judicial de los derechos sociales— como prácticas —señalar casos concretos en los que, directa o indirectamente, el Poder Judicial haya tutelado derechos sociales, y señalar estrategias a través de las cuales puede avanzarse en ese camino—. Y ello se debe a que —y va aquí nuestra segunda observación— uno de los límites a la investigación conceptual en el campo del derecho debería ser al menos su plausibi-

lidad práctica, en la medida en que su objeto de la investigación no es una entelequia, sino una actividad que pretende regular la conducta humana, realizada y reproducida por operadores que hacen uso, además, de los resultados de aquella investigación conceptual. Considerar que el tratamiento de casos judiciales es un objeto indigno de investigación por estar demasiado «contaminado de coyuntura» parece un despropósito en una disciplina que, mediata o inmediatamente, pretende influir sobre tomas de decisiones, entre las cuales —entre otros supuestos— están incluidas las judiciales.

Por último, también es útil aclarar que, pese que a efectos prácticos empleamos como sinónimos los términos «derechos económicos, sociales y culturales» y «derechos sociales»³, existen diferencias históricas y conceptuales entre ambos. La noción de «derechos económicos, sociales y culturales» proviene del derecho internacional de los derechos humanos, y constituye la denominación que ha adoptado su juridificación internacional. Debido a que esta juridificación se produce en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el sujeto obligado por excelencia cuando se habla de «derechos económicos, sociales y culturales» es el Estado. En cambio, cuando se habla de «derechos sociales» a secas, la referencia tanto teórica como normativa proviene más bien del derecho constitucional y de las distintas ramas del derecho nacional reguladas a través de la matriz disciplinaria del derecho social, según lo hemos discutido en el apéndice del capítulo 1. Como el marco del uso de este término es del derecho nacional, sus condiciones de empleo son distintas a las que rigen en el marco del derecho internacional. En el ámbito del derecho nacional, por ejemplo, es pertinente la pregunta acerca de la eficacia de los derechos sociales entre particulares, dado que en ese ámbito las normas no sólo obligan al Estado, sino también a los particulares. Ramas del derecho nacional que constituyen expresiones de la matriz disciplinaria del derecho social, tales como el derecho del trabajo o el derecho del consumo, se aplican fundamentalmente a las relaciones entre particulares —aunque también pueda decirse que la mediación estatal asuma en ellas formas distintas a aquellas características del modelo del derecho privado clásico—. Y aún más: muchas de las ramas del derecho generadas a partir de la matriz disciplinaria del derecho social, como el derecho del consumo, aún no han sido objeto de codificación del derecho internacional de los derechos humanos. La noción de «derechos sociales», origina-

3. Salvo en aquellos casos en los que nos referimos exclusivamente a los «derechos culturales».

ria del ámbito nacional, contiene la regulación de ámbitos de la vida social aún ajenos al campo internacional de los «derechos económicos, sociales y culturales».

Estas diferencias, sin embargo, no deben llevar a perder de vista las evidentes similitudes. En la mayor parte de los casos, se trata de los mismos derechos, aunque juridificados de acuerdo a las particularidades de la respectiva esfera —nacional o internacional—. Como hemos visto, las obligaciones que los derechos sociales imponen a particulares en el plano nacional se traducen, en el plano internacional, en obligaciones estatales de *protección*. Tampoco es sorprendente encontrar un catálogo ampliado de derechos sociales en el ámbito nacional: el consenso requerido para codificar derechos internacionalmente —en especial a través de tratados— supone casi siempre un cierto retraso del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, sólo de modo tibio comienzan a asomar derechos ambientales en tratados de derechos humanos⁴, mientras que las menciones del derecho constitucional a esos derechos son mucho más frecuentes⁵. El tratamiento conjunto de casos referidos a las dos categorías responde además al hecho de que las excusas y obstáculos para postergar su exigibilidad son en su mayor parte comunes, y por ende las estrategias para superarlas son similares, y replicables complementariamente sea en el ámbito nacional, sea en el internacional.

3.1. *Obstáculos para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*

Abordaremos aquí varios de los obstáculos que presenta la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, comentando brevemente algunos de los matices que presenta cada uno de ellos.

4. Cf., por ejemplo, Protocolo de San Salvador, art. 11. Para un recuento de las relaciones entre derecho internacional de los derechos humanos y medio ambiente, cf. A. Boyle, «The Role of International Human Rights Law in the Protection of the Environment», y R. Churchill, «Environmental Rights in Existing Human Rights Treaties», en A. Boyle y M. Anderson, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, 1996.

5. Casi todas las constituciones redactadas o modificadas en la última década del siglo XX incluyen alguna disposición de carácter ambiental: entre ellas, las de Angola, Argentina, Bielorrusia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chechenia, Chile, Colombia, Congo, Costa Rica, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Etiopía, Honduras, Macedonia, Mongolia, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Filipinas, Portugal, Rusia y Sudáfrica. Cf. T. Hayward, «Derechos constitucionales medioambientales y democracia liberal»: *Revista Internacional de Filosofía Política* 13 (1999), pp. 65-82.

Tener en cuenta estos obstáculos es importante a la hora de considerar el litigio judicial como forma de protección de aquellos derechos: la acumulación de varios de estos obstáculos importará una mayor dificultad de protección judicial, y desaconsejará recurrir al reclamo jurisdiccional. Los casos que comentamos en las secciones posteriores constituyen, sin embargo, ejemplos de vías a través de las cuales es posible superarlos.

3.1.1. Problemas de determinación de la conducta debida

Como ya hemos dicho, un primer obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está vinculado con la falta de especificación concreta del contenido de estos derechos. Cuando una constitución o un tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas. La falta de especificación concreta del contenido del derecho constituye, por supuesto, un obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que evidentemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento, extremo que se torna imposible si la conducta debida no resulta inteligible.

Este obstáculo sugiere, sin embargo, varios comentarios. En primer lugar, no se trata de un problema ligado exclusivamente a los derechos económicos, sociales y culturales: la determinación del contenido de un derecho de raigambre constitucional de cualquier índole se ve afectado por el mismo inconveniente, que radica, en el fondo, en la vaguedad característica del lenguaje natural en el que se expresan las normas jurídicas⁶. ¿Qué significa «propiedad»? ¿Cuál es el tipo de «expresión» protegida por la prohibición de censura previa? ¿Qué significa «reglamentación razonable»? ¿Cuál es el alcance de la noción de «igualdad»? No obstante, la existencia de esta dificultad jamás ha llevado a la afirmación de que los derechos civiles no sean derechos, o no sean exigibles judicialmente, sino más bien a la tarea

6. Cf. la opinión de Trujillo Pérez: «En lo que hace a la imprecisión semántica, cabe decir que tal dificultad está estrechamente ligada con la justiciabilidad deficiente, si bien no coincide con ella... (L)a dificultad en la determinación del contenido no se limita a algún ámbito de derechos: también en el caso de los derechos de libertad el contenido resulta difícil de establecer abstractamente. La crítica resultaría adecuada siempre que el ordenamiento jurídico no dispusiese de medios para determinar el contenido, transformándose entonces en una cuestión de política» («La questione dei diritti sociali»: *Ragion Pratica* 14 [2000], p. 50).

de especificación de su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado —principalmente, la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica⁷—. En el plano internacional, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen un buen ejemplo de esta tarea de especificación del contenido de los derechos establecidos en el PIDESC⁸. De manera similar, las observaciones y recomendaciones del Comité frente a los Informes de cada uno de los países signatarios, se aproximan funcionalmente a la «jurisprudencia» a nivel local, ya que analizan el cumplimiento o incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones establecidas en el PIDESC en situaciones concretas de alcance general⁹. El establecimiento de un sistema internacional de peticiones individuales en materia de derechos económicos, sociales y culturales contribuiría a especificar aún más el contenido de estos derechos, del mismo modo en que lo ha hecho el establecimiento de sistemas de petición individual en el caso de violación de derechos civiles y políticos, tanto a nivel universal como regional. Lo mismo puede predicarse del desarrollo de prácticas de exigibilidad de derechos sociales por la vía judicial ante los tribunales nacionales, y del necesario desarrollo de instrumentos procesales de tutela adecuados a las características de estos derechos. El desarrollo de una dogmática de los derechos sociales, tanto en sede nacional como internacional, constituye una tarea en muchos casos pendiente, que ofrecerá elementos de especificación más detallada del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁰. La existencia de un

7. Para un ejemplo sumamente ilustrativo de las posibilidades de desarrollo dogmático de un derecho social habitualmente vilipendiado, el derecho al trabajo, puede verse R. Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, Madrid, 1996. Para el derecho a la salud, pueden verse las interesantes discusiones de Barbara Pezzini, «Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizioni del diritto sociale alla salute», y Massimo Andreis, «La tutela giurisdizionale del diritto alla salute», en C. E. Gallo y B. Pezzini (comps.), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milán, 1998.

8. Ver capítulo 2, *supra*.

9. La Corte Suprema argentina, por ejemplo, ha citado las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Informe inicial presentado por Suiza, en noviembre de 1998, para determinar el alcance de las obligaciones estatales del PIDESC cuando se trata de estados de estructura federal. Ver CSJN, caso *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho*, 24 de octubre de 2000, considerando 19, que comentamos *infra*.

10. Para un ejemplo de desarrollo de un marco dogmático del derecho a la salud, ver por ejemplo PROVEA, «La salud como derecho. Marco nacional e internacional

cuerpo dogmático considerable en materia de derecho laboral y de derecho del consumo son buenos ejemplos de esta posibilidad.

En segundo lugar, y en el mismo sentido de la primera observación, cabe señalar que los problemas de falta de especificación del contenido de un derecho son típicos de las normas constitucionales o de tratados de derechos humanos, dado que se trata de las normas de mayor nivel de generalidad del orden jurídico. Múltiples razones militan a favor de esta generalidad: permite mayor flexibilidad y adaptabilidad a instrumentos normativos cuya modificación es normalmente más gravosa que la de la legislación ordinaria, ofrece a los órganos encargados de especificar el contenido de los derechos contenidos en esos instrumentos un margen de elección compatible con la prudencia y necesidad de evaluación de la oportunidad que requiere la toma de cualquier decisión política, preserva la brevedad y concisión que hacen de estos documentos el catálogo de principios fundamentales del Estado de derecho¹¹. Cuando una constitución o un tratado de derechos humanos avanza demasiado sobre la especificación concreta de derechos o principios, justamente se los suele tachar de «reglamentaristas», adjetivo que censura el exceso de detalle, inadecuado al carácter del instrumento normativo de que se trate. A pesar de ello, del reconocimiento de la deseable generalidad del texto de una constitución o de un tratado de derechos humanos, no se sigue en absoluto la imposibilidad completa de señalar casos en los que, pese a la inexistencia de especificación ulterior de su contenido, un derecho resulta violado: si ello fuera así, sería imposible decir que la reglamentación de un derecho es inconstitucional, y ello equivaldría, por ejemplo, a privar completamente de significado al lenguaje en el que se expresan una constitución o un tratado de derechos humanos. Para emplear la metáfora que hicieran célebre Herbert Hart¹² y, entre nosotros, Genaro Carrió¹³, la mayor abstracción de la norma implicará simplemente una «zona de penumbra» más amplia, pero de ello no se sigue la completa ausencia de una «zona de luz» en la que se pueda señalar la existencia de casos claramente conformes a la norma, y de una «zona de sombra»

de protección del derecho humano a la salud», Serie Aportes, Caracas, 1996. Para una fundamentación filosófica de ese derecho y algunas aplicaciones de esa fundamentación a la adopción de decisiones de política pública, ver G. Vidiella, *El derecho a la salud*, Buenos Aires, 2000.

11. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 156-157.

12. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1963, cap. VII, 1; «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, 1962, pp. 25 ss.

13. G. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1964, pp. 45 ss.

de casos claramente contrarios a ella. Ni siquiera es necesario acudir a la filosofía del derecho para fundar semejante opinión: la existencia de una tradición de revisión judicial de constitucionalidad en la Argentina, en los Estados Unidos y en muchos otros países es un ejemplo patente de la posibilidad —y no de la imposibilidad— de verificar la compatibilidad de una conducta activa u omisiva, o bien de una norma inferior, con un derecho reconocido en una constitución o en un tratado de derechos humanos. Si esto es así ante un derecho civil, no se ve por qué no pueda serlo en el caso de un derecho social. En cualquiera de los dos supuestos, la tarea será —por supuesto— mucho más fácil cuando el contenido del derecho resulte especificado por la legislación inferior. Pero en muchos casos, cuando de la cláusula respectiva de la constitución o el tratado de que se trate resulte posible derivar la conducta debida por el Estado, la objeción fundada en la indeterminación también carece de sentido. Para dar ejemplos provenientes del PIDESC, en supuestos tales como el derecho de la mujer a «salario igual por trabajo igual» (art. 7 a.i), o el derecho de la mujer embarazada a obtener «licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social» (art. 10.2) producen una «zona de sombra» suficientemente inteligible como para determinar que, en el caso en el de una mujer que, a igual trabajo que un hombre, recibe una paga inferior, o en el de una mujer embarazada que no recibe licencia remunerada ni prestación alguna de la seguridad social, el Estado incumple con el Pacto.

La tercera observación sobre el punto está dada por la necesidad de considerar un doble orden de condicionamientos vinculado con la determinabilidad de la conducta debida cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales. Hasta aquí, nos hemos referido a la determinabilidad *semántica* del contenido de estos derechos. Como hemos dicho, la especificación de la conducta debida por vía reglamentaria, jurisprudencial o dogmática constituye un recurso para la determinación de ese contenido. Sin embargo, cabe considerar otra forma de determinabilidad, es decir, de estrechamiento o exclusión de alternativas posibles ante el establecimiento de un deber legal por parte de una constitución o un pacto de derechos humanos. Se trata de la determinabilidad *fáctica*: en muchos supuestos, pese a que la conducta debida por el obligado no resulta específicamente reglada por un texto normativo, fácticamente sólo existe uno o un número limitado de cursos de acción determinables para el respeto, garantía o satisfacción del derecho de que se trate. En el desarrollo del capítulo daremos ejemplos de este supuesto, pero vale adelantar que en materias vinculadas con el desarrollo de tratamientos médicos, producción de medicamen-

tos o vacunas ante cuadros concretos de enfermedad, la discrecionalidad del Estado para optar entre cursos de acción alternativos resulta claramente limitada. Este argumento resulta reforzado por la técnica de redacción adoptada por los instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales: en varios supuestos, estos instrumentos han adoptado como técnica la descripción del resultado debido —por ejemplo, la erradicación del analfabetismo (arts. 31 h y 48, Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, al que remite el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica), la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil (art. 12.2 a PIDESC), o la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas (art. 12.2 c PIDESC)—. En muchos de estos casos, en especial ante situaciones concretas, las posibilidades fácticas de cumplimiento del objetivo fijado en el tratado delimitan con bastante precisión la conducta debida por el Estado: si el aumento de la mortalidad infantil por contagio de una enfermedad, o la proliferación de una enfermedad endémica o epidémica sólo son prevenibles a través de la administración de una vacuna, la conducta debida queda determinada por la inexistencia de cursos de acción alternativos.

Por último, cabe destacar que el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la determinación de una conducta concreta que deba exigirse al Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la de *razonabilidad*, o bien la de *carácter adecuado*¹⁴ o *apropiado*, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción. Aunque el margen que tiene el Estado para adoptar decisiones es amplio, aspectos tales como la exclusión de ciertos grupos que requieren especial protección, la notoria deficiencia en la cobertura de necesidades mínimas definidas por el contenido del derecho o el empeoramiento de las condiciones de goce de un derecho son pasibles de control judicial en términos de razonabilidad o de estándares similares.

14. Aludimos a estándares tales como el de *tratamiento adecuado* o *medidas adecuadas*, que implican un referente externo, aunque, como veremos, tampoco es ajeno al Poder Judicial el control de adecuación de una medida concreta a los parámetros establecidos por una norma.

3.1.2. *La autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas*

Otro de los tradicionales obstáculos para hacer justiciables los derechos sociales reside en el criterio sumamente restrictivo que suele emplear la magistratura a la hora de evaluar su facultad de invalidar decisiones que pueden calificarse como políticas. Así, cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, o implica tomar una decisión acerca de que grupos o sectores sociales serán prioritariamente auxiliados o tutelados por el Estado, los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema.

Por lo demás, el margen de discrecionalidad de la administración es mayor —y por lo tanto, es menor la voluntad de contralor judicial— cuando el acto administrativo se adopta sobre la base de un conocimiento o pericia técnica que se presume propio de la administración y ajeno a la idoneidad del órgano jurisdiccional. En tal sentido, Edley señala que «(l)os aspectos de la acción administrativa apropiadamente resueltos por métodos de decisión propios de la pericia técnica o la política pública son objeto de deferencia judicial precisamente porque tales métodos son presuntamente ajenos a los tribunales»¹⁵.

Sin perjuicio de lo que se dirá al analizar los casos particulares, existen argumentos de peso para afirmar, en términos generales, que

15. C. Edley Jr., *Derecho Administrativo. Reconocer el Control Judicial de la Administración Pública*, Madrid, 1994, p. 36. El autor ilustra la situación con el voto particular del juez Marshall, acompañado por los jueces Brennan, White y Blackmun en el caso *Union Dep't v. American Petroleum Inst.* En ese voto, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que no podía analizar el criterio utilizado por el Departamento de Trabajo al promulgar un reglamento de protección de seguridad y salud laboral: «Los asuntos, a veces, alcanzan un alto grado de complejidad. En esas circunstancias, se exige a los tribunales que se sumerjan en materias a las que no están acostumbrados en razón de su experiencia o trabajo habitual... (y) cuando la cuestión implica la determinación del nivel aceptable de protección en el lugar de trabajo, la decisión última debe, necesariamente, basarse tanto en consideraciones de política pública como en hechos empíricos y verificables» (448, U.S. 607, 705-6 [1980]).

Sobre la cuestión en la jurisprudencia argentina puede consultarse la obra clásica de Héctor Mairal, *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, 1984. El autor observa que esta cuestión refleja de manera ejemplar la contradicción entre el derecho constitucional argentino, inspirado en el sistema norteamericano, de orientación judicialista, y el derecho administrativo, inspirado en el modelo francés, con limitaciones en la posibilidad de control judicial de las decisiones administrativas. El tema, como se advierte, es central para la cuestión de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

un proceso judicial no es el escenario más adecuado para discutir aquellos temas. No se trata sólo de considerar la falta de una tradición de activismo judicial en la Argentina¹⁶ y en otros países de tradición continental europea, sino de analizar en qué medida un mecanismo de solución de conflictos como el proceso judicial, en el que una parte gana y la otra pierde, puede resultar idóneo para resolver una situación en la que confronten numerosos intereses individuales y colectivos.

En este sentido, lo que nos interesa analizar aquí no es cómo superar esta restricción en el plano de una teoría constitucional o política, sino de qué manera esta «forma de actuar» tradicional de la judicatura puede afectar la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Existe una primera conclusión, que no por ser obvia resulta siempre atendida a la hora de fijar una estrategia para el litigio de este tipo de casos: cuando mayor sea el margen de debate con relación a estas cuestiones que pueden calificarse como «políticas» o «técnicas», menores serán las posibilidades de éxito de la acción intentada. Si el juez, además de ser convocado a decidir sobre un problema de derecho, debe resolver sobre prioridades en la ejecución de partidas presupuestarias, sobre qué sectores o grupos merecerán protección preferente del Estado, o sobre la conveniencia o inconveniencia de una política pública, el resultado del litigio será incierto.

Cabe, sin embargo, aún teniendo presente esta dificultad, formular algunas acotaciones, que serán desarrolladas al explicar las estrategias de exigibilidad. En primer término, no hay definiciones esenciales o absolutas acerca del carácter «político» o «técnico» de una cuestión, de modo que la línea demarcatoria entre estas cuestiones y las cuestiones cabalmente «jurídicas» es una frontera movediza. Durante muchos años, en la tradición constitucional estadounidense y, por reflejo, en la argentina, el Poder Judicial se negó a la revisión constitucional de la denominadas «cuestiones políticas no justiciables», cuyo contenido, sin embargo, fue variando cualitativamente: muchas de las cuestiones antes consideradas «políticas» dejaron de serlo con el tiempo, y el Poder Judicial amplió así sus poderes de revisión ante actos u omisiones inconstitucionales de los poderes políticos¹⁷.

16. Del tipo de activismo judicial que pudo verificarse en otros sistemas, en particulares momentos históricos. Ver el interesante recuento de Archibald Cox en *El rol de la Corte Suprema en el gobierno americano*, cit., especialmente caps. III y IV.

17. La lista de materias anteriormente denominadas «políticas» y devenidas «justiciables» es amplia: diseño de los distritos electorales, regularidad del ejercicio de

Por otro lado, no todas las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales revisten el carácter de cuestiones «políticas» o «técnicas»: en muchos casos, el control judicial requerido se adecua a los parámetros de control habituales en materias comúnmente tratadas por el Poder Judicial.

Por último, el obstáculo apuntado tampoco resulta insalvable: a partir de la propia conducta estatal, resulta posible «juridificar» una cuestión de «política pública» o «técnica», de modo que la cuestión jurídica y fáctica sobre la cual deba juzgar el tribunal quede demarcada de manera clara. Veremos como esta limitación puede ser eludida al formular casos de exigibilidad directa de las obligaciones del Estado en la materia, y qué estrategias indirectas pueden desarrollarse para circunscribir aún más las cuestiones a ser debatidas en el proceso.

3.1.3. *La ausencia de mecanismos procesales adecuados para la tutela de derechos económicos, sociales y culturales*

Otro obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela. Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. Para verificarlo basta señalar algunos ejemplos:

a) la incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales¹⁸. Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales;

b) las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales requieren al mismo tiempo satisfacción urgente y amplitud de

facultades privativas de otros poderes, debido proceso en materia de juicio político (*impeachment*). En la Argentina, la Corte Suprema ha llegado a declarar inconstitucional una cláusula constitucional, por violar los límites establecidos en la ley de convocatoria de la convención constituyente respectiva. Ver CSJN, caso *Fayt, Carlos S.*, del 19 de agosto de 1999.

18. Basta cotejar simplemente las reglas de procedimiento que rigen la notificación, o el litisconsorcio y la acumulación de acciones, o las dificultades prácticas que pueden imaginarse a la luz de la experiencia forense, a la hora de enfrentar audiencias con multiplicidad de partes.

prueba, pero estas dos cuestiones son excluyentes para la elección de los mecanismos tradicionales de tutela. Acciones tales como la de amparo u otras similares requieren un derecho líquido, y las medidas cautelares un derecho verosímil, y en ambos tipos de procedimiento el ordenamiento procesal y la jurisprudencia restringen al mínimo el marco probatorio del proceso;

c) las sentencias que condenan al Estado a cumplir obligaciones de hacer no cuentan con resguardos procesales suficientes y resultan por ello de dificultosa ejecución.

Aunque algunas de estas cuestiones ciertamente plantean inconvenientes, lejos están de constituir una barrera insuperable para discutir judicialmente la violación de derechos económicos, sociales y culturales. Como ya hemos dicho, parte de la tradición del derecho procesal contemporáneo ha comenzado hace tiempo a hacerse cargo de estas dificultades de inadecuación del instrumental procesal que hemos heredado, tributario de una tradición individualista y patrimonialista, señalando las necesidades de adaptación de las acciones judiciales previstas por los códigos de procedimiento a problemas tales como la incidencia colectiva de ciertos ilícitos, o la necesidad de atender urgentemente violaciones irreparables de bienes jurídicos fundamentales. La evolución constitucional y legislativa de los últimos años es notoria en países como la Argentina y Brasil: por ejemplo, desde la publicación del primer artículo que dio origen a este trabajo, a finales de 1997, la interpretación jurisprudencial del amparo colectivo incorporado en la Argentina por la reforma constitucional de 1994 ha sido sorprendente¹⁹. En Brasil, el empleo de acciones tales como la denominada «acción civil pública» en materia ambiental y de protección del consumidor se ha generalizado, habilitando la tutela judicial frente a tipos de ilícitos que, de otro modo, hubieran sido ejecutados impunemente²⁰. Pese a las dificultades que toda innovación supone, la evaluación doc-

19. A partir de la interpretación del nuevo art. 43 de la Constitución reformada en 1994, la jurisprudencia ha concedido, por ejemplo, legitimación a un usuario de subterráneos para cuestionar un aumento ilegal de la tarifa; a un usuario del servicio telefónico para reclamar la realización de una audiencia pública antes de la aprobación de modificaciones tarifarias; a un habitante del lugar donde pretendía construirse una planta de residuos tóxicos, para impugnar la realización de la obra por violación a la ley correspondiente; a una habitante de la zona geográfica afectada por una enfermedad, para exigir la producción de una vacuna; a una usuaria del servicio de trenes urbanos que padece de discapacidad motriz, para impugnar la introducción de molinetes que impedirían el paso de sillas de ruedas en las estaciones, etcétera.

20. Ver, por ejemplo, R. de C. Mancuso, *Ação Civil Pública*, San Pablo, 1999, pp. 46-55; M. F. M. Leal, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Porto Alegre, 1998, pp. 187-200.

trinaria e institucional de estos instrumentos procesales novedosos ha sido manifiestamente laudatoria. La ya asentada tradición estadounidense de la *class action* es otro buen ejemplo de esta evolución. Baste decir aquí que muchas de las señales que se perciben en esta materia hoy en día son, por lo menos, alentadoras²¹.

El segundo comentario se refiere a las dificultades de ejecución de las condenas contra el Estado y, en general, de la particular posición del Estado ante los tribunales nacionales. También ha sido típico de la tradición administrativa continental otorgar al Estado ventajas procesales que serían impensables en pleitos entre particulares. Aunque en algunos casos estas ventajas puedan estar justificadas, en muchos otros la jurisprudencia internacional ha comenzado a señalar que la discrecionalidad absoluta, la falta de imparcialidad o la ruptura de la igualdad de armas constituyen violaciones al debido proceso. Exploraremos en este capítulo algunos de los alcances de esta jurisprudencia, mostrando cómo puede emplearse el derecho al debido proceso judicial para hacer justiciables derechos sociales.

3.1.4. *La escasa tradición de control judicial en la materia*

Por último, debemos señalar otro obstáculo de índole cultural, que potencia algunos de los anteriores: la ausencia de tradición de exigencia de estos derechos —en especial en los casos de derechos que se definen fundamentalmente por una prestación, como los derechos a la salud, educación, vivienda, entre otros— a través de mecanismos judiciales²². Pese a la existencia de normas de jerarquía constitucional que consagran estos derechos, concepciones conservadoras acerca del papel institucional del poder judicial y de la separación de poderes han provocado una escasa práctica de exigencia judicial de estos derechos, y un menosprecio de las normas que los instituyen.

A este problema se suma, en algunos casos, la falta de percepción de ciertos conflictos vinculados con la violación de derechos económicos, sociales y culturales, en términos de violación de derechos por las propias víctimas. En otros casos, aún cuando el conflicto sea percibido en términos jurídicos, las víctimas de estas violaciones dirigen su lucha hacia otras estrategias de reclamo —como la protesta pública, las campañas de divulgación y de presión, entre otras—, a

21. Ver, al respecto, L. Bujosa Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, cap. III.

22. Cabe destacar, sin embargo, la existencia de una fuerte tradición de defensa de derechos laborales y derechos vinculados con la seguridad social, fundamentalmente a partir del desarrollo de la abogacía sindical.

partir de su desconfianza, en gran medida justificada, de la actuación del Poder Judicial y de los abogados.

Sin menospreciar esta dificultad, no existen razones que nos fueren a pensar que las cosas no puedan cambiar: una tradición, con todo el peso que ella pueda tener, no es más que un conjunto arraigado de actitudes y creencias contingentes²³. La manera de revertirla es, justamente, avanzar en el planteo de casos judiciales sólidos, en los que se reclame ante la violación de derechos económicos, sociales y culturales. La gradual acumulación de precedentes judiciales, que permitan extraer principios de actuación operables en contextos análogos, hará posible un cambio de actitud por parte de los tribunales, y una mayor visibilidad de la posibilidad de reclamo judicial por parte de las propias víctimas²⁴. Nada mejor que recordar aquí la máxima hegeliana: «A nadar se aprende nadando».

3.2. Algunas vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Repasados algunos de los obstáculos que dificultan la tutela judicial de derechos económicos, sociales y culturales, encararemos ahora la descripción y discusión de estrategias de exigibilidad judicial de esos derechos, intentando ilustrar a través de ejemplos las posibles maneras de superar aquellos obstáculos. Diferenciamos a grandes rasgos estrategias de *exigibilidad directa*, es decir, aquellas en las que el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la invocación directa de un derecho económico, social o cultural, de las estrategias de *exigibilidad indirecta*, es decir aquellas en las que la tutela del derecho social se logra a partir de la invocación de un derecho distinto.

3.2.1. Exigibilidad directa

Cuando la conducta exigible del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales resulta claramente determinable, no

23. Cf. R. W. Gordon, «Nuevos desarrollos de la teoría jurídica», en C. Courtis, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, 2000, pp. 333-336.

24. El ya mencionado caso de la interpretación judicial del amparo colectivo en la Argentina constituye un buen ejemplo de este fenómeno: las primeras sentencias referidas a la legitimación para actuar se referían a temas ambientales; posteriormente, los principios extraídos de dichas decisiones judiciales se trasladaron a temas de defensa del consumidor y del usuario de servicios públicos; consolidada esta tendencia, se emplearon en materia de derecho a la salud, discriminación, etcétera.

existe impedimento teórico para considerar que estos derechos son directamente exigibles por vía judicial, bien a partir del reclamo individual, bien a través de la articulación de un reclamo colectivo. En los casos en los que la violación de la obligación estatal resulte clara, y la conducta debida por el Estado para reparar la violación pueda señalarse sin dificultad, las acciones judiciales deben estar dirigidas a obtener del Estado la realización de la conducta debida para reparar la violación del derecho, del mismo modo que frente a la violación de cualquier derecho civil o político.

Siguiendo la clasificación que proponíamos en el capítulo 1, todo derecho —tanto los clasificados como «civiles y políticos», como los económicos, sociales y culturales— implica distintos «niveles» de obligaciones: una obligación de respetar el derecho, una obligación de proteger y una obligación de satisfacer el derecho en cuestión.

En el caso de las obligaciones de respeto, las violaciones del Estado se producen por su acción, es decir, por vulneración del derecho a raíz de la conducta positiva del Estado, tanto en el caso de actuación normativa (dictado de normas o actos jurídicos) como en el de mera actuación de hecho. Pueden citarse como ejemplos, el caso de la afectación del derecho a la salud por parte del Estado en caso de que su conducta positiva contamine el medio ambiente, o bien la afectación del derecho a la educación en caso de establecimiento de barreras de acceso a la educación básica, o del derecho a la vivienda en caso de disponer desalojos forzosos contra grupos poblacionales carentes de recursos económicos sin ofrecerles realojamiento²⁵. También pueden incluirse en este supuesto los casos en los que, existiendo un grado de protección dado de un derecho económico, social o cultural, el Estado adopta medidas regresivas, es decir, empeora el grado de goce de ese derecho, haciéndolo más limitado, menos extenso o más gravoso para las personas. Pues bien, la violación por parte del Estado de obligaciones de respeto en materia de derechos económicos, sociales y culturales resulta claramente justiciable, y las acciones judiciales que esta violación motive deben tender a remover

25. Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. República Dominicana» (UN Doc. E/C.12/1994/15) en el que los desalojos compulsivos, relocalizaciones forzosas sin asignación de nuevas viviendas, fraudes y otras prácticas desleales en la asignación de viviendas públicas se consideran violatorios del derecho a la vivienda adecuada, definida en la OG n.º 4. Un caso similar fue el de Panamá, en el cual el Comité, ante la existencia de desalojos compulsivos, estimó que no sólo violaban el derecho a una vivienda adecuada, sino el derecho de los habitantes a su privacidad y a la seguridad de su hogar (UN Doc. E/1992/23).

el acto de intromisión o injerencia que resulta violatorio del derecho en cuestión.

En el caso de las obligaciones de protección y satisfacción, las violaciones provienen en su mayor parte de omisiones del Estado, que vulnera el derecho al no adoptar las medidas a las que se obligó al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien al establecer cláusulas que reconocen derechos económicos, sociales y culturales en su constitución. Por ejemplo, pueden mencionarse los casos de omisión del Estado en adoptar medidas destinadas a la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil —que puede presumirse del aumento de estos índices—, la omisión de adoptar medidas destinadas a asegurar el acceso universal a asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, la ausencia de planes para fomentar la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo de instrucción primaria, la ausencia de medidas destinadas a asegurar a toda persona el derecho a una vivienda adecuada, etc. En estos supuestos, la exigencia del derecho a partir del reclamo judicial comprende dos segmentos diferenciables:

a) La declaración de que la omisión estatal constituye una violación del derecho en cuestión: específicamente, esta declaración es el resultado de un juicio de comparación de las medidas que el Estado debió haber adoptado para proteger o satisfacer un derecho, con las medidas efectivamente adoptadas por él —o con su ausencia—. Al respecto, constituye un valioso indicio de ausencia de medidas, o de falta de adecuación de éstas, la demostración del hecho objetivo de que el estado de cobertura de un derecho no ha mejorado o —más aún— ha empeorado. El uso de indicadores numéricos o estadísticos es especialmente útil a estos efectos.

Si bien es cierto que el cumplimiento de las obligaciones del PIDESC está condicionado por la concesión al Estado de la posibilidad de concreción gradual de la plena efectividad de los derechos²⁶, dicha concesión no significa privar a los destinatarios del derecho de herramientas judiciales de evaluación de la efectiva adopción de medidas por parte del Estado: gradualidad no significa sometimiento absoluto del cumplimiento de la obligación a la determinación arbitraria del propio Estado. Como hemos dicho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado esta idea en su Observación General n.º 3.

26. PIDESC, art. 2.1: «Adoptar medidas... para lograr progresivamente...» Sobre los distintos significados de la noción de progresividad, ver cap. 2.

De modo que este juicio supone una evaluación temporal, destinada a juzgar si el Estado adoptó algún tipo de medidas para asegurar el derecho analizado desde el momento de la asunción de la obligación, y —en caso de verificarse la ausencia o inadecuación de las medidas— la declaración de que la omisión estatal es violatoria del derecho en cuestión.

Este segmento —cuya importancia es a veces subestimada— resulta sin embargo capital para concretar la noción de que los derechos económicos, sociales y culturales fijan límites a la discrecionalidad estatal en la decisión de sus políticas públicas. Si la asunción de obligaciones en este campo establece un catálogo de prioridades que el Estado se ha comprometido a asumir, debiendo dedicar preferentemente sus recursos a cumplir estas obligaciones antes de dedicarlos a otras áreas no previstas en los instrumentos pertinentes, la constatación de la omisión de cumplimiento de ese compromiso debe dar lugar a una declaración de que dicho incumplimiento es violatorio del derecho en cuestión. Esta declaración de la ilegalidad de la omisión imputable al Estado cobra además una importancia no menor, ya que —aún en el caso en que sea dificultoso exigir judicialmente el segundo segmento— el reconocimiento de una situación de hecho ilegal por parte de uno de los poderes de Estado —el órgano jurisdiccional— puede resolverse en la exigencia de responsabilidad internacional del Estado, o bien en otro tipo de reclamo fundado en la violación de un derecho —por ejemplo, el reclamo de daños y perjuicios provocados por la violación.

b) El emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida: producida la constatación de la violación, la exigencia de un derecho por vía judicial se concreta cuando se establece con precisión la conducta que debe realizar el Estado para reparar dicha violación. En los casos de violación de un derecho económico, social o cultural por omisión de adoptar medidas adecuadas, es obvio que la reparación consiste al menos en la adopción de las medidas omitidas para garantizar o satisfacer el derecho —amén de la reparación de los perjuicios que haya causado la omisión—. De modo que corresponde al órgano judicial el señalar a los poderes políticos del Estado el carácter de la conducta debida —sea a partir del resultado concreto requerido, como por ejemplo, el acceso de parte de la población a servicios médicos, o la relocalización de personas desalojadas forzosamente, o bien, en caso de existir una única medida posible para obtener el resultado requerido, describiendo con precisión la acción que debe adoptarse.

Con frecuencia se dice, desde posiciones conservadoras, que tal emplazamiento resultaría inútil, ya que el órgano judicial carece de poder para obligar a los órganos políticos a realizar la conducta debida. Dicho argumento resulta excesivamente genérico, y en muchos casos simplemente erróneo. Decir que la imposibilidad de hecho de ejecución de una sentencia judicial privaría de sentido a un reclamo de derecho llevaría a consecuencias calamitosas. Nadie sostendría seriamente que los reclamos judiciales patrimoniales carecen de sentido dado que resulta imposible ejecutar una sentencia contra deudores insolventes. Al menos en la tradición jurídica administrativa continental, toda sentencia contra el Estado tiene carácter declarativo y carece de ejecutividad, y sin embargo ello no ha llevado a nadie a sostener que toda acción de reclamo contra el Estado carece de sentido. Si obtener una sentencia patrimonial contra el Estado careciera de sentido, no existiría ningún incentivo económico para representar jurídicamente a los contratistas o proveedores del Estado, o a concesionarios privados de servicios públicos. Es obvio que la experiencia lleva a concluir exactamente lo contrario: el ejercicio de la abogacía en el campo de los contratos administrativos y de las relaciones del Estado con las empresas privadas concesionarias de servicios públicos ha resultado uno de los nichos profesionales más lucrativos y disputados en América Latina y en general en aquellos países del mundo que han experimentado la ola privatizadora. Los ejemplos al respecto pueden multiplicarse.

En síntesis, para completar la sentencia que declare violado un derecho económico, social o cultural por omisión del Estado, la constatación de la obligación incumplida debe ser seguida por la manifestación circunstanciada de qué conducta o conductas debe realizar el Estado para garantizar o satisfacer el derecho violado.

Ahora bien, y haciéndonos cargo de los obstáculos presentados anteriormente, son las obligaciones positivas o de prestación las que presentan mayores problemas a la hora de ser exigidas ante los tribunales. Lo dicho acerca de la reticencia judicial a la hora de enfrentar cuestiones «políticas» o «técnicas» resulta claramente aplicable al supuesto de exigibilidad directa de obligaciones positivas que surgen del derecho económico, social o cultural en cuestión. De tal modo que, cuando más acotada resulte la discusión «política» o «técnica» —por ejemplo acerca de las prioridades presupuestarias o la formulación, diseño o implementación de políticas públicas— mayor será la posibilidad de éxito del caso.

Este tipo de acciones enfrenta por lo demás muchas dificultades probatorias. Se trata por lo general de acreditar en sede judicial y por

los medios de prueba habituales, asuntos de gran complejidad técnica, que requieren usualmente estudios especializados y onerosos. Así, las posibilidades del caso estarán íntimamente vinculadas con la extensión de la materia probatoria.

Teniendo en cuenta estas dificultades, la clave para que prospere el reclamo judicial reside en identificar situaciones fácticas que el Estado haya reconocido y que ya no puede razonablemente discutir —como el pez que por la boca muere—. En tal sentido los hechos reconocidos por el Estado a partir de estudios e informes que emanen de sus diversas dependencias, las declaraciones de sus funcionarios, las normas y sus considerandos, y todas las acciones que constituyan de algún modo manifestaciones de «actos propios» del Estado, serán los cimientos más firmes para construir el caso. Paralelamente, toda la información que emane del Estado, esto es la información pública, será el medio de prueba por excelencia en este tipo de acciones²⁷.

En síntesis, la posibilidad de éxito de un caso en el que se exige directamente al Estado el cumplimiento de una obligación emanada de un derecho económico, social o cultural, será proporcional a lo acotado que resulte el debate de las cuestiones «políticas» y «técnicas» y la materia probatoria del proceso. En tal sentido, serán de suma utilidad la información pública disponible y los diversos reconocimientos y «actos propios» del Estado con relación a los hechos que constituyan la causa de la pretensión procesal.

Una segunda cuestión que debe considerarse, conjunta o alternativamente, es la gravedad e irreversibilidad de la lesión que pende sobre el bien jurídico tutelado de mantenerse la omisión ilícita. Especial consideración merece en este supuesto la protección de bienes tales como la salud, de cuyo goce depende el ejercicio de casi todos los demás derechos. Algunos otros factores multiplican aún más la presión para que el Poder Judicial decida: los tribunales han sido particularmente sensibles a los reclamos judiciales cuando se pone en juego la salud de personas vulnerables tales como niños, mujeres embarazadas o víctimas de graves accidentes o enfermedades. En muchos de estos casos, las necesidades de tutela urgente —y las características de las acciones judiciales que se emplean para reclamar la protección judicial— postergan a aquellas objeciones basadas sobre la mayor exigencia probatoria o complejidad técnica de la cuestión. Al tratarse de acciones cautelares, el estándar probatorio adoptado por los tribunales se limita a verificar la verosimilitud del derecho y

27. Como se afirma luego, cuando mayor es la información pública disponible con relación a la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, mayor es la vulnerabilidad del Estado frente a demandas de exigencia directa.

de la irreversibilidad de las consecuencias que se producirían de mantenerse la omisión ilícita. Con ello resultan momentáneamente superadas algunas de las objeciones «políticas» o «técnicas» que plantearía un caso en el que, por no darse un supuesto de urgencia, los efectos de la mayor discrecionalidad estatal resultarían más difícilmente ponderables judicialmente.

A continuación analizaremos algunos ejemplos de casos de exigibilidad directa de derechos económicos, sociales y culturales que ilustran lo dicho hasta ahora.

En el caso *Comunidad Paynemil*²⁸, la Defensora Oficial de Menores de Neuquén, provincia de la Patagonia argentina, interpuso una acción de amparo a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil contaminados por el consumo de agua que contenía plomo y mercurio. En la acción solicitó que se obligue al Estado a proveer agua potable en cantidad necesaria para la supervivencia de la población afectada, a realizar el diagnóstico y tratamiento de los menores afectados, y adoptar las medidas pertinentes para impedir en lo sucesivo la contaminación del suelo y el agua.

El fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén confirma la sentencia de primera instancia, hace lugar a la acción y condena al Poder Ejecutivo Provincial a que adopte las siguientes medidas: *i*) proveer por el término de dos días de 250 litros de agua potable diarios por habitante; *ii*) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin; *iii*) poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendientes a determinar si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación, y *iv*) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación.

La sentencia tiene por probado que los integrantes del Poder Ejecutivo estaban al tanto de la contaminación del agua utilizada por la comunidad para su consumo. El tribunal entiende que ha existido una omisión arbitraria del Estado provincial —la omisión de actuar con la debida diligencia para la protección del derecho a la salud y al medio ambiente sano de la comunidad y, en particular, de los niños que la integran.

28. Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, caso *Menores Comunidad Paynemil* *sl* acción de amparo, Expte. N.º 311-CA-1997, 19 de mayo de 1997.

El gobierno provincial alegaba en el caso haber tomado algunas medidas y encontrarse al estudio de las razones y tipo de contaminación que presentaba el agua. Más allá de la complejidad probatoria y la necesidad de acudir a estudios técnicos en el marco probatorio limitado de la acción de amparo, el tribunal tuvo en cuenta la gravedad de la situación y la urgencia que demandaba la protección de los derechos afectados, y sostuvo en consecuencia que el retardo en la adopción de las medidas conducentes para hacer cesar la contaminación era equiparable a una omisión, y por lo tanto no estaba justificado.

El caso de la comunidad Paynemil es uno de los precedentes más valiosos de exigibilidad directa que registra la jurisprudencia argentina reciente. En este caso, la demandante, con gran habilidad, colocó en el centro del debate la urgencia del reclamo y las características de vulnerabilidad del colectivo afectado (niños y jóvenes de una comunidad aborígen) para lograr evadir los obstáculos probatorios y la complejidad técnica del asunto debatido en el caso²⁹.

En el caso *Asociación Benghalensis*³⁰ se condenó al Estado argentino y al Ministerio de Salud a «dar cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial, suministro de medicamentos en forma regular, oportuna y continua a aquellos enfermos que padecen las consecuencias del virus HIV/SIDA que se encuentran registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país».

29. La misma Defensoría llevó adelante dos casos similares. En el caso *Defensoría de Menores n.º 3 cl* Poder Ejecutivo Municipal *sl* acción de amparo, Expte. 46-99. Acuerdo 5 del Tribunal Superior de Justicia. Neuquén, del 2 de marzo de 1999, se arribó a una sentencia similar: se ordenó al Poder Ejecutivo Provincial proporcionar a los menores y sus familias que habitan en el área de Colonia Valentina Norte Rural, la cantidad de 100 litros de agua potable por persona en excelentes condiciones de salubridad y de los medios para que las familias de bajos recursos puedan almacenarlos en las mismas condiciones en que se entreguen. En dicho pronunciamiento también se dispuso que la medida debía cumplirse en el plazo de 48 horas de notificada la sentencia con la aclaración de que se trataba de una medida de emergencia, hasta tanto se diera solución definitiva a la cuestión denunciada en autos. El pronunciamiento se funda en el derecho a la salud y a la protección del medio ambiente.

En el caso *Defensoría de Menores n.º 3 sl* acción de amparo, Expte. 77/ca 1998, del 10 de marzo de 1998, la Cámara de Apelaciones de Neuquén confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia que ordenó a la Provincia de Neuquén cubrir en forma permanente con personal idóneo los tres cargos de enfermería requeridos para la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrica del Hospital Regional Castro Rendón.

30. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, caso *Asociación Benghalensis y otros cl* Ministerio de Salud y Acción Social —Estado Nacional *sl* amparo ley 16.986, 5 de marzo de 1998. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en decisión del 1 de junio de 2000 en la que, con distintos votos y fundamentos, se respalda en lo sustancial el pronunciamiento de la Cámara.

La sentencia fue dictada en el marco de una acción de amparo promovida por diversas entidades no gubernamentales que trabajan en la lucha contra el SIDA, en la que se solicitaba se condene al Ministerio de Salud y Acción Social del Estado Nacional a cumplir en forma total y permanente con la asistencia, el tratamiento, la rehabilitación y en especial, con el suministro de medicamentos, a las personas que padecen las consecuencias del virus HIV/SIDA en todos los hospitales y efectores sanitarios del país. La omisión estatal denunciada incumplía con la conducta especificada en la ley 23.798.

La cuestión debatida en el caso se vincula con dos de los obstáculos reseñados para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la adecuación de los medios procesales existentes —en el caso, la posibilidad de actuación procesal de organizaciones no gubernamentales en representación de las víctimas en casos de violación de derechos sociales de incidencia colectiva—, y el alcance de las prestaciones a cargo del Estado cuando implican acciones positivas que ponen en juego recursos presupuestarios.

En tal sentido, el pronunciamiento de primera instancia sostiene una interpretación extensiva de la legitimación activa prevista en el artículo 43 de la Constitución argentina, distinguiendo entre el antiguo requisito de la existencia de un sujeto agraviado en un derecho subjetivo y el concepto de afectado previsto en el nuevo precepto constitucional³¹. Por otro lado, en cuanto al fondo de la cuestión, se adopta un criterio amplio respecto al alcance de las obligaciones que le competen al Estado Nacional en virtud de la ley 23.798.

La primera excepción planteada por el Estado Nacional consistió en negar legitimación a las asociaciones para interponer la acción en virtud de que no invocaban una lesión a un derecho propio. En este sentido sostenía la demandada que la acción autorizada por el segundo párrafo del artículo 43 debía ser ejercida por aquellos a quienes la violación produjera alguna afectación directa.

Para resolver este planteo, el juez de primera instancia distingue claramente entre la legitimación prevista para la interposición del amparo regulado en el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución argentina³², al que considera que debe aplicarse toda la jurisprudencia

31. El segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución argentina, reformada en 1994, instituye el denominado «amparo colectivo». La norma dispone que «(p)odrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización».

32. El primer párrafo del artículo 43 de la Constitución argentina, según la refor-

dencia anterior a la reforma, y la legitimación que contempla el segundo párrafo de dicho artículo. En este sentido el magistrado interpreta que cuando se regula la acción de amparo «... contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...» y se otorga legitimación para deducir esa acción al defensor del pueblo, a las asociaciones que tiendan a esos fines y al afectado, «ese afectado, no ha de ser sólo el agraviado en un derecho subjetivo, en tanto si así se entendiera cabría también concluir, necesariamente, que el legislador constituyente incurrió en una reiteración, habida cuenta que ese tipo de afectados ya contaba con la legitimación que le reconocía el primer párrafo del artículo 43».

Sostiene de tal modo el magistrado que: «... (L)a expresión afectado tiene un sentido más amplio, concebido como el interés que en el carácter de usuario, consumidor o integrante del colectivo se tenga para exigir el pleno respeto a los derechos que enuncian en el texto constitucional».

El juez encuentra además una justificación adicional para que en este tipo de casos se permita la legitimación de las asociaciones. Sobre este punto expresa que: «... (S)i se siguiera el criterio que parece postular la demandada, se haría necesario que cada uno de los afectados por el SIDA concurren a la sede del tribunal para lograr el reconocimiento concreto y particularizado de su derecho a recibir la medicación y la atención acorde al grado de evolución de su enfermedad, revelando para ello su identidad», todo lo cual sería contrario al espíritu de la norma, que procura resguardar la intimidad de los afectados. Por ello, sostiene:

[...] las peticiones que formulen las entidades que los nuclean o de algún modo desarrollan su actividad en torno a los afectados por la enfermedad, deben ser entendidas como ejerciendo la representación de cada uno de los grupos de interés de que se trate, en tanto guarde adecuada correlación con los fines a los que ellas tiendan, más aún cuando los integrantes de ese grupo al que representan

ma de 1994, otorga jerarquía constitucional al denominado «amparo clásico», creado en la Argentina por vía pretoriana y reglamentado legislativamente por ley 16.986. El párrafo dispone que «(t)oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

gozan de una reserva de identidad, la que está especialmente protegida por la ley.

En este caso se observa claramente cómo la posibilidad de actuación del sujeto colectivo determina la exigibilidad del derecho, desde que resulta difícil que las víctimas se presenten individualmente a reclamar la prestación, tanto por impedimentos materiales como por la necesidad de resguardar su intimidad.

Con respecto a la segunda de las cuestiones mencionadas, se advierte que tanto el fallo de Primera Instancia como el pronunciamiento confirmatorio de la Cámara de Apelaciones, contienen consideraciones de suma relevancia en cuanto a los alcances de la obligación del Estado Nacional de proveer a la prevención y al tratamiento del VIH/SIDA.

A diferencia de otras cuestiones vinculadas a la vigencia del derecho a la salud en las que la medida de la prestación estatal no está determinada exactamente, la ley 23.798 fija con bastante claridad el alcance de la obligación del Estado en materia de HIV/SIDA. En tal sentido, el marco del debate sobre la prestación estatal debida resulta sumamente acotado por las definiciones normativas³³. Cuando el contenido de la conducta debida por el Estado resulta fijado normativamente, el Poder Judicial parece menos reticente a obligarlo a cumplir con dicha conducta, aunque de ello se deriven consecuencias presupuestarias.

33. En el caso, el alcance de la obligación legal de prestación es materia de un pormenorizado análisis en ambas instancias. En tal sentido, el magistrado de primera instancia da por sentado que el Ministerio demandado no ha suministrado a los efectores de cada jurisdicción en forma oportuna y continuada, la especie y cantidad de medicamentos que le fueron requeridos, y en esa conducta el magistrado encuentra la omisión del Estado por la que debe responder. Explica que «si bien es cierto que de consuno con la metodología implementada por el Programa Nacional de Salud, la entrega de la medicación indicada por el médico tratante se realiza a través de los centros efectores de la jurisdicción del paciente, habiéndose suscripto convenios entre los ministerios del área de Salud de la Nación y de las distintas provincias..., lo cierto es que dichos acuerdos de implementación del sistema no pueden interpretarse como un traslado de responsabilidad del Ministerio demandado en autos a las otras jurisdicciones...». Sostiene esto pues la «regularidad en la entrega de las drogas requeridas por los efectores, y que ellos entregarán a los pacientes inscriptos en sus jurisdicciones, es precisamente la conducta que no se advierte cumplida por parte de la demandada». «No se trata aquí de entregas periódicas, sino de que las mismas permitan asegurar la continuidad y regularidad del tratamiento médico prescrito...». Agrega luego que «(l)a demandada parece interpretar que su obligación se agota con la entrega de una dosis, sin asumir, como lo prevé la ley, que su responsabilidad por la provisión se mantiene por todo el período en que los médicos tratantes aconsejan la toma de la medicación».

En el caso *Hospital Leónidas Lucero*³⁴, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, Argentina, ordenó al gobierno bonaerense suministrar en forma ininterrumpida medicamentos a treinta y cuatro enfermos de SIDA, ratificando lo establecido en primera instancia por un juez que había ordenado al Ministerio de Salud de la provincia entregar las drogas retrovirales en forma continua a doce enfermos de SIDA atendidos en el Hospital Municipal Leónidas Lucero y a veintidós asistidos en el Hospital Interzonal General José Penna, ambos de Bahía Blanca.

El Estado provincial pretendió convertir en abstracta la cuestión al indicar que al momento de llegar el expediente a la Cámara los enfermos recibían ya los medicamentos. La importancia del fallo de la Cámara radica en haber sentado como principio para este tipo de amparos, originados en la discontinuidad de provisión de fármacos destinados a pacientes de HIV/ SIDA, que la obligación del Estado no puede agotarse con la sola entrega de una partida de medicamentos, ya que no puede alegarse que en caso de reiterarse la omisión los damnificados estén obligados a interponer una nueva acción de amparo. De obligarse a los pacientes a accionar ante cada omisión no sólo se violarían los derechos a la salud e integridad física, psíquica y moral de estas personas, sino también su dignidad, colocándolos en un riesgo cierto de perder la vida o agravar sus padecimientos.

El amparo no se convierte en abstracto, esto es, no se ha superado el acto violatorio de un derecho que le da origen, por el sólo suministro de una partida de drogas, ya que la efectividad del tratamiento que reciben los enfermos requiere que la provisión tenga una secuencia determinada por los especialistas.

Este pronunciamiento, que diferencia entre suministro del remedio y continuidad de tratamiento, tiene enormes proyecciones en materia de exigibilidad del derecho a la salud y fija claramente el alcance del deber del Estado en esta materia.

Desde la perspectiva de las estrategias de exigibilidad directa, es importante señalar que en estos casos resulta vital escoger convenientemente e identificar con claridad la prestación o la acción positiva concreta del Estado que se reclama. Adviértase que en el caso si lo pedido hubiera sido el medicamento y no el tratamiento, el Estado podría haber convertido la acción en abstracta y frustrado el resultado del litigio, cuando existía un interés comprensible de los actores

34. Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, caso *C. y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires*, del 2 de septiembre de 1997.

en que se emitiera un pronunciamiento sobre la existencia y alcance del derecho. Con respecto a los obstáculos comentados, en el caso la conducta debida resultaba clara, las posibilidades de discusión «política» o «técnica» reducidas, ya que el propio Estado reconoce que el suministro de las drogas resulta la medida adecuada para satisfacer el derecho, y a ello se sumaba la gravedad e irreversibilidad de la afectación del derecho, que en el caso resulta patente.

Otro ejemplo proviene de la realidad sudafricana, cuyo reciente texto constitucional —que data de 1996— contiene una generosa enumeración de derechos económicos, sociales y culturales³⁵, amén de una garantía explícita de justiciabilidad de sus violaciones³⁶. Dado lo reciente de este instrumento constitucional, los tribunales sudafricanos recién están decidiendo los primeros casos fundados en la aplicación de estas normas³⁷, aunque la Corte Constitucional de ese país ya ha manifestado —en el procedimiento de certificación de la Constitución previsto por la misma como requisito para su entrada en vigencia, y ante la impugnación de la inclusión de derechos sociales y culturales en el texto constitucional por parte de grupos conservadores— su compromiso con la exigibilidad de las obligaciones estatales de respeto y protección de estos derechos³⁸.

Yendo al caso que nos ocupa, se trata de una decisión de la División Local de la Alta Corte en el Cabo Sud-Oriental (*South-Eastern Local Division of the High Court*), identificado como *B and Others v. The Minister of Correctional Services and Others*³⁹. La cuestión fue planteada por un grupo de personas privadas de su libertad y encarceladas en unidades administradas por la demandada, con diagnóstico HIV-positivo. Los actores articularon una acción tendente a obtener una declaración judicial de que el derecho de las perso-

35. Constitución de la República de Sudáfrica, art. 23 (derechos laborales y sindicales), art. 24 (derechos ambientales), art. 26 (derecho a la vivienda), art. 27 (derecho a la asistencia médica, agua, alimentación y seguridad social), art. 28 (derechos de los niños), art. 29 (derecho a la educación), arts. 30 y 31 (derechos culturales).

36. Constitución de la República de Sudáfrica, art. 38.

37. Para una revisión de las primeras aplicaciones jurisprudenciales en la materia, cf. D. Brand, «Hard cases. A review of cases and international developments relating to socio-economic rights»: *Economic and Social Rights Review* 1 (marzo 1998) (editada por el Centro de Derechos Socio-económicos de la Universidad de Pretoria). Agradecemos al autor por la gentil remisión de una copia del trabajo.

38. Ver Corte Constitucional de Sudáfrica, *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, 1996 (10) BCLR 1253 (CC). Ver también el análisis de caso *Grootboom*, *infra*.

39. División Local de la Alta Corte en el Cabo Sud-Oriental, *B and Others v. The Minister of Correctional Services and Others*, 1997 (6) BCLR 789 (C).

nas encarceladas a un «tratamiento médico adecuado» (explícitamente otorgado en el artículo 35 [2] [e] de la Constitución sudafricana) impone al Estado la entrega de medicación específica contra ese virus (una combinación de AZT y ddl). La parte demandada se opuso a esa interpretación, sosteniendo que la medicación era demasiado cara, y que sólo estaba obligada a proveer a los actores el mismo estándar de cuidado otorgado a los pacientes de hospitales estatales fuera de la prisión. El Estado aportó prueba dirigida a demostrar que el uso de las drogas antivirales relevantes en los hospitales estatales de la región era limitado, y que los actores no calificarían para la obtención de esa medicación de acuerdo a las directrices aplicadas en esos hospitales.

La Alta Corte dio la razón al planteo de los actores, sobre la base de considerar que es opinión común entre los expertos médicos que las drogas solicitadas son el mejor tratamiento para el HIV. El tribunal sostuvo que «una vez establecido que cualquier otro tratamiento distinto a una forma particular de tratamiento médico resulta menos adecuado, la persona encarcelada tiene un derecho constitucional a esa forma de tratamiento médico, y no constituye una defensa aceptable para las autoridades de la prisión el alegar que no pueden cubrir la provisión de esa forma de tratamiento médico». La Corte señala que, al determinar qué es «tratamiento médico adecuado», debe tenerse en cuenta la posibilidad de sostenerlo por parte del Estado. La Constitución no habla de «tratamiento médico óptimo», sino de «tratamiento médico adecuado». En el caso, sin embargo, el Estado no planteó en ningún momento que, debido a limitaciones presupuestarias, no pudiera cubrir el tratamiento antiviral a los internos diagnosticados HIV positivo.

El tribunal rechazó también el argumento de que el Estado no tenía obligaciones más gravosas con las personas privadas de libertad que con los ciudadanos en general, negándose a aceptar que el estándar del «tratamiento médico adecuado» establecido para las personas presas deba ser determinado a partir de lo que el Estado pueda proveer a los pacientes de escasos recursos fuera de la prisión.

En consecuencia, la Corte acepta el planteo de los peticionantes, declarando que, en el caso, su derecho constitucional a un tratamiento médico adecuado incluye el tratamiento antiviral solicitado.

Como vemos, el caso se sitúa bastante más allá de los límites de lo habitualmente aceptado en materia de control judicial de la satisfacción estatal de derechos sociales. Con respecto a los obstáculos comentados, el tribunal interpreta la noción de «tratamiento médico adecuado» a partir de las limitaciones fácticas propias del caso, deri-

vando de la naturaleza de la enfermedad la conducta debida por el Estado para el caso concreto. Esta determinación lleva, además, a superar las dificultades vinculadas con el carácter «técnico» de la cuestión debatida: establecido que el tratamiento generalmente aceptado por los médicos es el solicitado por los demandantes, el margen de discrecionalidad del Estado para elegir otra interpretación de la expresión «tratamiento médico adecuado» es mínimo. En cuanto a los argumentos referidos a la necesidad de disposición presupuestaria para cumplir con la sentencia, el tribunal asigna la carga de probar la falta de presupuesto al propio Estado que, por no haber alegado la imposibilidad de hacer frente al tratamiento solicitado, ha excluido del debate judicial esa cuestión. Además, pesaron también en la decisión judicial la urgencia del caso, la especial vulnerabilidad del grupo demandante, que no tiene posibilidad de acudir a ningún tratamiento alternativo, y la protección específica que la Constitución sudafricana otorga a ese grupo. Por último, el caso también resulta propicio para comentar las dificultades fundadas en la ausencia de tradición en el control judicial de la satisfacción de derechos sociales. En la realidad post-constitucional sudafricana, toda actitud interpretativa de la nueva Constitución resultaba —tanto para los jueces como para los justiciables— novedosa, ya que la ruptura normativa entre esta nueva etapa constitucional y el régimen de *apartheid* anterior resulta más que evidente. No existe ninguna restricción normativa o interpretativa que obligue a bloquear el significado de las normas constitucionales cuando de ellas se pueda derivar claramente la conducta debida: tal vez casos como el comentado sean, a la luz de precedentes posteriores que también comentaremos, propicios para fundar una nueva tradición judicial que tome en serio la protección jurisdiccional de los derechos sociales⁴⁰.

En el caso *Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— s/ amparo ley 16.986*⁴¹, llevado ante los tribunales argentinos por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), se planteó la violación por parte del Estado argentino del derecho a la salud y, concretamente, de la obligación de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas, y la lucha contra ellas, contenida en el artículo 12.2 c) del PIDESC. La Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala IV resolvió en

40. Al respecto, ver el comentario al caso *Grootboom*, *infra*.

41. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, caso *Viceconte, Mariela c/ Estado nacional —Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986*, 2 de junio de 1998: *La Ley*, Sup. Constitucional, 5 de noviembre de 1998.

este caso hacer lugar a una acción de amparo iniciada por una afectada —habitante de la zona de incidencia de la enfermedad— con patrocinio del CELS, a través de la que se intentaba obligar al Estado a fabricar una vacuna contra la enfermedad denominada «Fiebre Hemorrágica Argentina» o «Mal de los Rastrojos».

La población en riesgo de contraer esta enfermedad, dentro del área endémica que abarca la pampa húmeda de la Argentina, es de alrededor de 3.500.000 habitantes. Dado que el diagnóstico rápido de la enfermedad es difícil y ésta afecta a población que no tiene fácil acceso a servicios de medicina preventiva, la medida sanitaria más efectiva para combatirla es el suministro de la vacuna *Candid 1*, cuya efectividad está en el orden del 95% y ha sido avalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Se trata sin embargo de una vacuna denominada huérfana, pues su producción no resulta rentable para los laboratorios. El Estado argentino ordenó la producción de 200.000 dosis para el programa experimental en el Instituto Salk de los Estados Unidos, de las cuales 140.000 fueron aplicadas entre 1991-1995 a los pobladores de la zona endémica con más alta exposición al riesgo de contraer la enfermedad. Sin embargo, el Estado se vio impedido de emprender campañas de vacunación masiva en atención a la escasez de las dosis restantes. Por lo demás, el Instituto Salk había anunciado que no produciría más dosis de la vacuna por no resultar rentable. En consecuencia, la administración de la vacuna se hizo crecientemente selectiva, y la incidencia de la enfermedad comenzó a aumentar, hasta que en 1996 volvieron a producirse muertes debidas a la dolencia en cuestión.

Dado que la enfermedad es exclusiva de la Argentina, que no estaba previsto producir la vacuna en el extranjero y a que, debido al número de personas que deben ser vacunadas, su producción no resulta atractiva desde el punto de vista comercial, la disponibilidad de la *Candid 1* para la población del área endémica estaba sujeta a los avances del proyecto de producción de la vacuna en los laboratorios del Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas Dr. Julio Maiztegui, de la ciudad de Pergamino. Las obras necesarias para producir la vacuna en el mencionado Instituto estaban demoradas por desidia del Estado y razones presupuestarias.

En atención a las circunstancias reseñadas se interpuso una acción judicial de amparo, requiriendo al Estado que ejecutase la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna *Candid 1* en el referido instituto, asegurando su inmediato suministro a la totalidad de los pobladores del área endémica. La actora, una vecina del área afectada por la enfermedad,

invocó como fundamento jurídico de la acción el derecho a recibir del Estado acciones concretas de prevención y tratamiento frente a enfermedades endémicas y epidémicas, obligación contenida en el artículo 12.2 c) del PIDESC, entre otras normas internacionales y constitucionales.

En primera instancia, el amparo fue rechazado. El magistrado entendió que la manifestación del Estado al contestar la acción, en el sentido de que terminaría las obras aplicando una partida presupuestaria aprobada al efecto en el presupuesto nacional, equivalía a la ausencia de omisión lesiva del derecho, privando de sustancia al caso. El tribunal de grado también valoró el argumento del Estado acerca de que la producción de una vacuna requería un proceso de validación científica que sólo podía realizar la administración pública, sin intervención de la judicatura.

El pronunciamiento fue apelado por la parte actora alegando que la mera promesa de fabricar la vacuna no equivalía a la satisfacción del derecho. En tal sentido, se afirmaba que la obligación del Estado de garantizar el derecho se cumplía con la finalización de las obras y la disponibilidad de las dosis para la población afectada, y no con el mero anuncio de su concreción.

En relación con el argumento de los límites de la actuación judicial en materia de medicamentos, una clásica cuestión «técnica» de las antes mencionadas, se sostuvo en el recurso de apelación que el Estado había reconocido la eficacia de la vacuna Candid 1 en documentos públicos que emanaban del propio Ministerio de Salud y que, por lo demás, la aprobación de una partida presupuestaria para fabricar la vacuna, y el anuncio de la finalización del laboratorio en el Instituto Maiztegui, eran actos propios que implícitamente reconocían la eficacia del fármaco, e impedían abrir un debate sobre el tema.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, antes de resolver el caso, dispuso una inspección ocular en el Laboratorio, en la cual verificó serios atrasos en el cronograma de obras que el Estado había presentado en el expediente. Con posterioridad, dictó sentencia revocando el pronunciamiento de grado y haciendo lugar a la acción. La Cámara otorgó la razón al planteo efectuado en el amparo, considerando «(q)ue la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución Nacional no sólo es una declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas».

El tribunal opinó que «cuando en un caso determinado no está previsto —por razones de conveniencia económica o interés comercial— que las personas o instituciones privadas atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad, de manera eficaz y oportuna». Da por probado, además, «que la protección más completa contra la fiebre hemorrágica argentina o mal de los rastrojos la ofrece la aplicación de la vacuna Candid 1, cuya efectividad está en el orden del 95,5%» y que, dado «que es una enfermedad exclusiva de nuestro país, que no está previsto producir vacuna Candid 1 en el extranjero, y que, debido al número de personas a vacunar la producción de esta vacuna no es atractiva desde el punto de vista comercial, la disponibilidad de dicha vacuna para la población del área endémica está sujeta a los avances del proyecto de producción de Candid 1 en los laboratorios (estatales)». Probados dichos extremos, el tribunal afirma que «surge claramente de autos que el Estado Nacional, a través del ministerio demandado ha asumido el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la Fiebre Hemorrágica Argentina. La cuestión a decidir radica entonces en determinar si la demandada ha cumplido puntualmente con sus obligaciones o si, por el contrario, ha incurrido en omisiones lesivas del derecho a la salud de la población potencialmente afectada por la mentada enfermedad». Evaluando la prueba producida, la Cámara considera que las omisiones del Estado en la implementación del proceso de producción de la vacuna resultan violatorias del derecho a la salud. En consecuencia, decide hacer lugar a la acción de amparo impetrada y ordenar al Estado Nacional que cumpla estrictamente y sin demoras con el cronograma fijado para la construcción de la unidad de producción de la vacuna.

Resulta de interés reproducir la parte resolutoria de la sentencia, a fin de tener en vista el posible alcance del mandato judicial ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales por parte de los poderes políticos del Estado:

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar, en parte, a la acción de amparo impetrada y, en consecuencia, ordenar:

a) al Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— que cumpla estrictamente y sin demoras con el cronograma cuya copia se encuentra agregada a fs. 359, responsabilizando en forma personal a los Ministros de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos —en sus respectivas áreas de competencia—, y obligando asimismo, a los organismos a su cargo al cumplimiento de los plazos legales y reglamentarios;

b) poner esta sentencia en conocimiento del Sr. Presidente de la Nación y del Jefe de Gabinete de Ministros, mediante oficio de estilo;

c) encomendar al Sr. Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cumplimiento del referido cronograma, sin que obste a ello el derecho que le asiste a la actora en tal sentido; y

d) sin perjuicio de lo precedentemente dispuesto, la demandada deberá, dentro del plazo de diez (10) días de quedar notificada de la presente, informar al tribunal acerca del cumplimiento del cronograma referido en el punto a).

Como puede apreciarse, los segmentos o fases que mencionábamos anteriormente se cumplen en forma cabal en este caso: por un lado, la Cámara establece el alcance de la obligación, y juzga la conducta del Estado a partir de ese parámetro; por otro lado, establecida la existencia de un incumplimiento, fija la conducta a seguir por aquél, disponiendo además un sistema de seguimiento y control de las obligaciones fijadas en la sentencia y responsabilizando directamente a los poderes políticos por su cumplimiento.

La riqueza del caso permite efectuar algunos comentarios, referidos a la manera en la que la Cámara enfrentó los obstáculos para la exigibilidad de derechos sociales que señaláramos precedentemente.

En la sentencia se estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y se fijó un plazo para el cumplimiento de esta obligación, como se solicitara en la demanda, tomando en consideración los plazos del cronograma oficial que pasaron a tener valor de plazos legales. Ante la espinosa cuestión de los límites de la actuación de la Justicia cuando está en juego el debate de políticas públicas o la implementación de partidas presupuestarias o incluso las evaluaciones técnicas que corresponden *prima facie* a otros poderes del Estado, el tribunal valora la documentación pública acompañada como prueba y los propios dichos del Estado, como evidencia del reconocimiento expreso de los hechos centrales del caso, aún cuando el propio Estado hubiera pretendido controvertir algunos de esos hechos en el curso del proceso.

En tal sentido afirma el tribunal que «al haber asumido el Estado Nacional el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la Fiebre Hemorrágica Argentina, los habitantes de las zonas afectadas y, obviamente el Defensor del Pueblo de la Nación se encuentran legitimados para reclamarle el cumplimiento de dicho compromiso».

En tal sentido el tribunal entiende que la producción de la vacuna era una decisión de política pública asumida, por lo que no correspondía analizar en el caso si era la medida adecuada para la protec-

ción del derecho. El Estado reconoció que estaba dispuesto a hacer aquello que los demandantes reclamaban que hiciera para garantizar el derecho, aunque negaba al Poder Judicial la facultad de emplazarlo legalmente. En otros casos de exigibilidad directa, cuando el Estado ha implementado ya una política social que no alcanza a satisfacer el derecho de los demandantes, el control judicial avanza en el análisis de la razonabilidad de la política o en su carácter discriminatorio. En este caso en cambio, la única intervención del Poder Judicial se limita a convertir en obligación legal un compromiso que la administración había asumido sólo en términos políticos.

De tal modo, aun cuando la discusión sobre el deber del Estado de fabricar la vacuna se encontraba sumamente acotada en el caso por las circunstancias reseñadas —esto es: ser una vacuna huérfana, no rentable para los laboratorios extranjeros, no existir dosis suficientes para cubrir a los potenciales afectados, constituir la vacuna el único medio eficaz para proteger a la población en riesgo de sufrir la enfermedad ante la dificultad del diagnóstico y el tratamiento—, el tribunal deja aclarado que la facultad del titular del derecho social de exigir la prestación existe cuando el Estado hubiera organizado el servicio⁴². Resta saber qué hubiera sostenido la Sala si el Estado no hubiera manifestado su voluntad de fabricar la vacuna en el Instituto de Pergamino.

Nuestra respuesta sería la siguiente: si el Estado no hubiera manifestado su voluntad de fabricar la vacuna, la intervención del tribunal en el caso debería haber sido diferente. En efecto, hubiera quedado abierta la discusión sobre si la producción de la vacuna *Candid 1* en ese laboratorio público era la medida apropiada para garantizar el derecho. Como hemos dicho, el Poder Judicial no puede suplantar a la Administración en el diseño de las políticas sociales —en este caso, en la elección de la medida sanitaria adecuada para garantizar el derecho—. Sin embargo, si el Poder Ejecutivo no hubiera adoptado

42. El argumento del tribunal recuerda la distinción de la Corte Constitucional italiana entre derechos sociales incondicionados y derechos sociales condicionados. Los derechos incondicionados serían aquéllos referidos a relaciones jurídicas que se establecen espontáneamente, por la libre iniciativa de las partes. Los condicionados son derechos cuyo goce depende de la existencia de un presupuesto de hecho, es decir de la presencia de una organización que brinde las prestaciones que constituyen su objeto. De acuerdo a esa distinción, los derechos incondicionados son directamente accionables en caso de violación, mientras los derechos condicionados son defendibles judicialmente sólo a partir del momento en que se establezca el presupuesto de hecho para su goce, es decir, desde el momento en el que se instituya la organización destinada a brindar la prestación correspondiente. Cf. M. C. Cavallaro, «I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale»: *Ragion Pratica* 14 (2000), p. 29.

política alguna para garantizar la salud de la población afectada, existían en el caso elementos sumamente útiles para analizar el alcance de la medida que los demandantes reclamaban. Esos elementos que hemos mencionado surgían de información pública. A partir de estos elementos podía determinarse esencialmente que la única medida sanitaria efectiva era la vacuna, y que sólo el Estado estaba en condiciones de producirla. En nuestra opinión, de no haber mediado en el caso la decisión política del Estado de fabricar la vacuna, el tribunal podría haber impuesto esta obligación si hubiera determinado que la fabricación de la vacuna era la única medida apropiada que podía adoptarse, en virtud de las circunstancias del caso, para garantizar el derecho. El margen de deferencia que tiene a su favor la Administración para la elección de las medidas apropiadas no puede en modo alguno entenderse como una barrera insalvable para que el Poder Judicial establezca, sobre la base de hechos probados o reconocidos por el propio Estado, la obligación de adoptar una medida juzgada como la única apropiada para garantizar el derecho social en las circunstancias particulares de un caso. La falta de alternativas en términos de medidas a adoptar es un criterio de suma utilidad para justificar la intervención judicial en un caso particular.

En *Viceconte*, la discusión fue acotada por la decisión política de fabricar la vacuna. El pronunciamiento constituye un valioso precedente, pues se reafirma el deber jurídico de garantizar medidas muy concretas de prevención frente a enfermedades de esta índole y, en consecuencia, se fijan plazos ciertos para adoptar esas medidas y sanciones personales para los funcionarios públicos responsables para el caso de incumplimiento.

Desde la perspectiva de las estrategias de exigibilidad directa, es importante subrayar el enorme valor que tuvo en el caso la información que emanaba del propio Estado, en particular los documentos sobre el estado de la enfermedad, la cantidad de dosis disponibles con relación a la población afectada, y la imposibilidad de producir la enfermedad en el sector privado nacional o extranjero. Estos hechos, reconocidos por el propio Estado en documentos emitidos por oficinas públicas, cerraron considerablemente los márgenes de debate del caso.

Es interesante señalar otro aspecto del caso vinculado a los obstáculos para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En la zona más afectada por la enfermedad se habían producido marchas en reclamo de la vacuna y se habían enviado cartas a los poderes públicos. Además existían numerosos pedidos de informes de legisladores nacionales y provinciales al Poder Ejecutivo

sobre el tema, que no habían obtenido respuesta. Sin embargo, pese a que las manifestaciones de reclamo habían revestido cierta importancia en las principales ciudades afectadas, y a la existencia de peticiones dirigidas a las autoridades políticas, el conflicto no se había planteado en términos de derechos, es decir, no había existido hasta el momento demanda judicial alguna. Este ejemplo muestra claramente que la exigibilidad de derechos sociales es un proceso en vías de construcción que requiere la visualización del carácter jurídico de las obligaciones del Estado en la materia. Era claro que la comunidad afectada percibía la justicia del reclamo pero no concebía el conflicto en términos de una violación de sus derechos.

Por último, también merece un comentario la manera de paliar los obstáculos de naturaleza procesal. El reclamo no estuvo dirigido a garantizar el derecho individual a la salud de la actora, sino a garantizar el derecho a la salud de toda la población potencialmente afectada. Si el caso se hubiese planteado en términos individuales, hubiera bastado que el Estado suministrara a la actora la dosis de la vacuna correspondiente. De modo que la actora interpone un amparo colectivo, como representante del grupo social potencialmente afectado por la enfermedad. Específicamente, la acción tenía como objeto obtener una declaración judicial de que la omisión del Estado constituía una violación al derecho a la salud de la población potencialmente afectada, y una orden judicial destinada a que el Estado asegurara la cobertura de ese derecho para toda la clase, previniendo la propagación de la enfermedad endemo-epidémica mencionada. Como la única forma efectiva de prevención de la propagación de la enfermedad comprobada era el aseguramiento de provisión de la vacuna, en el amparo se exige al Estado que se ejecute la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna en el país, asegurando su inmediato suministro a la totalidad de la población en riesgo de contraer la enfermedad. En los países en cuya legislación procesal no están previstas acciones colectivas, cabe imaginar algunas alternativas tendentes a evitar que el Estado disuelva su responsabilidad a través de la solución de casos individuales dispersos. Una posibilidad, tal vez engorrosa pero útil si no existen otras soluciones, es la de constituir un litisconsorcio o acumular acciones de reclamo similares, de tal modo que el número de litisconsortes o de pleitos acumulados fuerce al Estado a adoptar una solución que, por su escala, deba necesariamente beneficiar a la clase entera. Una segunda variante puede consistir en la representación de intereses colectivos por parte de algún grupo o asociación, cuando la legislación asigne legitimación para casos tales como protección del

consumidor o protección de los intereses difusos a aquellas entidades. Por último, la legislación adjetiva y sustantiva suele asignar a algunas instituciones estatales, tales como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, competencia para velar por los derechos humanos o por la legalidad, y legitimación para estar en juicio en su defensa. Más adelante veremos ejemplos del uso de esta forma de legitimación procesal para la defensa de derechos sociales.

En un fallo recentísimo —dictado en el marco del caso *Beviacqua*⁴³— la Corte Suprema argentina ha venido a confirmar algunas de las líneas teóricas y jurisprudenciales hasta aquí desarrolladas, en una decisión llamada a tener importantes efectos sobre la respuesta de los tribunales nacionales ante casos en los que se plantee la vulneración de un derecho social.

Los hechos en cuestión eran los siguientes. Una institución estatal (el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas) venía suministrando en forma gratuita una medicación especial de la cual depende el tratamiento de un niño afectado por una grave enfermedad ósea (denominada enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita). El 2 de diciembre de 1998, el organismo notificó a los padres del niño que el medicamento se entregaba «por última vez». Ante el peligro inminente de interrupción del tratamiento, la madre del menor presentó una acción de amparo, con el fin de hacer cesar el acto lesivo que privó al niño de la medicación, fundando su petición en el menoscabo de los derechos a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos de jerarquía constitucional.

El Estado contestó que el niño sufría una enfermedad no oncológica, por lo que no era obligación del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas entregar el medicamento requerido; que su entrega había obedecido sólo a razones humanitarias, por lo que el Estado podía interrumpirla discrecionalmente, y que la interesada debía dirigirse a su propia obra social⁴⁴, o solicitar un subsidio al Estado —de otorgamiento también discrecional— pues la responsabilidad estatal en la materia sólo es subsidiaria.

43. CSJN, caso *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho*, 24 de octubre de 2000.

44. En el contexto argentino, las «obras sociales» son las entidades no estatales a las que se destinan los aportes de la seguridad social descontados del salario de los trabajadores. La estructuración de las obras sociales corresponde a cada actividad económica o laboral: hay obras sociales estatales, de comercio, bancarias, de la industria metalmeccánica, de la industria de la construcción, etcétera.

Tanto en primera como en segunda instancia, los tribunales dieron la razón a la madre del niño y ordenaron al Estado mantener la provisión del medicamento. El juez de primera instancia tuvo en cuenta los informes oficiales acerca de las características de la enfermedad, la imposibilidad económica de la familia de costear el medicamento y diversos certificados médicos que demostraban tanto la gravedad de la enfermedad, como la urgencia de mantener el tratamiento del niño en forma permanente e ininterrumpida. Consideró además que, sin perjuicio de las gestiones que pudiera realizar el respectivo Ministerio para que la provisión del medicamento se produjera a través de otros organismos, el Estado es el garante del sistema de salud y por la tanto su acto vulnera los derechos a la vida, a la dignidad personal y al bienestar general protegidos por la Constitución y los pactos de derechos humanos de jerarquía constitucional. A su turno, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba agregó los siguientes argumentos: *a*) que los derechos a la vida y a la preservación de la salud contenidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional conllevan deberes correlativos que el Estado debe asumir en la organización del servicio sanitario; *b*) que, de acuerdo a la propia ley que organiza el sistema nacional de salud, el principio de actuación subsidiaria que rige en la materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial «a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica», y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de provisión de los individuos o pequeñas comunidades; *c*) que, dado que la obra social respectiva no está en condiciones de asumir la regular cobertura de la medicación necesaria para el tratamiento del niño, es el Estado Nacional, a través del Ministerio demandado, el que debe intervenir subsidiariamente para dar adecuada tutela a los derechos del niño, sin perjuicio de la realización de los trámites necesarios para lograr que la asistencia sea realizada de modo regular y efectivo por los organismos pertinentes.

Condenado en las dos instancias, el Estado llega por recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que la sentencia de Cámara ha trasladado indebidamente al Estado la responsabilidad de atender la dolencia del menor y ha liberado a la obra social y a la autoridad provincial de las obligaciones legales que pesaban a su cargo, afectando el principio de actuación subsidiaria del Estado, los derechos de propiedad y defensa en juicio, y las facultades de las provincias en materia de salud. Concretamente, alega que no existe sustento legal para obligar a actuar al Estado en defecto de la obra

social —obligada a cumplir con un programa médico obligatorio—, y además dice que la sentencia compromete los recursos económicos para organizar los planes de salud, en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el Ministerio tiene que proteger. Repite, además, que la atención anterior prestada al niño sólo respondía a razones humanitarias, y no legales.

La Corte centra su análisis en la responsabilidad asignada al Estado frente a la situación que compromete la vida y la salud del niño. Recalca la raigambre constitucional de los derechos a la vida, a la salud y a la protección de la niñez, y la obligación del Estado de cumplir las obligaciones que surgen de instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional —tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre— garantizando esos derechos con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir otras jurisdicciones o entidades públicas y privadas. Explícitamente, se refiere al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción, señalando que entre las medidas que deben ser adoptadas para garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12 PIDESC), y a la asunción del Estado de su obligación «hasta el máximo de los recursos posibles» de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese tratado (art. 2.1 PIDESC).

Sobre esta base, la Corte llega a las siguientes conclusiones:

a) «(E)l Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos estatales» (considerando 21).

b) La ley que instituye el sistema nacional de salud (ley 23.661) tiene la finalidad de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económi-

ca, cultural o geográfica. Con tal finalidad, el sistema ha sido diseñado en el marco de una concepción integradora del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa de las acciones. La propia ley fija como autoridad de aplicación de las políticas sanitarias del sistema y de las políticas de medicamentos al Ministerio de Salud y Acción Social, a través de la Secretaría de Salud. «En tal carácter, le corresponde “articular y coordinar” los servicios asistenciales que prestan las obras sociales..., los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país”» (considerandos 22 y 23).

c) El Estado nacional ejerce una función rectora en este campo, y compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, «garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios» (considerando 27).

d) «La decisión de prestar asistencia al menor, adoptada oportunamente por la autoridad nacional hasta que resolvió interrumpir la entrega de la medicación, había atendido a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño, lo que se ajustaba a los principios constitucionales y a las leyes dictadas en su consecuencia...». Del expediente surge que el propio Estado suministró el fármaco haciendo «mérito de la gravedad del caso y de la falta de protección en la que se hallaba la familia del menor, lo que dio lugar a la resolución de su cobertura hasta que se regularizara la asistencia de la afiliada mediante la obra social a la que pertenecía». «La prolongación de ese estado [...] priva de sustento a los planteos de la parte que pretenden negar una obligación de ayuda al menor en defecto de la obra social, toda vez que subsisten al presente las razones ‘exclusivamente humanitarias’ que dieron lugar a la entrega del remedio, las cuales, por otra parte, no pueden ser entendidas sino como reconocimiento de la responsabilidad de la demandada de resguardar la vida del niño» (considerandos 28, 29 y 30).

e) La existencia de una obra social obligada al cumplimiento de un programa médico obligatorio «no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, pues si se aceptara el criterio de la recurrente que pretende justificar la interrupción de la asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se esta-

blecería un supuesto de discriminación [...] respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, carecería absolutamente del derecho a la atención médica sanitaria pública, lo que colocaría al Estado en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud». «(F)rente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el *sub examine* a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación» (considerandos 31 y 33).

En consecuencia, la Corte rechaza el recurso del Estado y confirma la sentencia de Cámara que acogía la acción de amparo.

Veamos algunos de los aspectos del fallo a la luz de los obstáculos discutidos.

En cuanto a la determinación de la conducta debida por el Estado, la Corte la construye a partir de un doble orden de consideraciones: en primer término, la ausencia de alternativas fácticas al tratamiento debido, hecho que estrecha convenientemente la discrecionalidad del Estado en la materia. En segundo término, establecida la conducta debida, la discusión del caso se centra en saber quién es el obligado a actuar en la situación de emergencia: si la obra social, la autoridad provincial o la autoridad estatal. La Corte asigna la responsabilidad al Estado, sin perjuicio del ejercicio de acciones posteriores que canalicen debidamente el tratamiento a otras instituciones, tomando en cuenta dos factores: el carácter de garante del sistema integrado de salud que el Estado ha asumido a partir del propio postulado de la ley, y la conducta anterior del Estado, que de hecho había suministrado el medicamento al niño hasta su interrupción intempestiva.

El primer factor marca una ruta hermenéutica interesante, que es la de derivar obligaciones legales para casos concretos de los principios generales establecidos en una ley de carácter orgánico, como es la ley que instituye el sistema nacional de salud. El grado de abstracción de estas cláusulas, que enuncian los principios rectores de un sistema o institución⁴⁵, es en muchos casos similar al de las cláusulas

45. Como hemos visto, la ley 23.661 establece en su artículo 1 que el sistema nacional de salud se instituye «a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación económica, cultural o geográfica». En su artículo 2, la ley dispone que es su objetivo fundamental «proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendien-

contenidas en las constituciones o tratados de derechos humanos, de modo que el ejercicio hermenéutico para derivar una solución particular de esos principios no difiere mayormente en ambos casos.

El segundo factor se enrola en la tendencia que ya hemos comentado, que es la de considerar que la conducta previa del Estado en el cumplimiento de una obligación derivada de un derecho social limita la discrecionalidad estatal, de modo que, cuando la situación de hecho se mantiene y el nivel de la prestación correspondiente empeora o disminuye, pesa sobre el Estado la demostración de razones de mejor protección de un derecho o de necesidad justificable, demostración que debe superar un escrutinio estricto. Cabe remitir a lo dicho con mayor detalle cuando abordamos la obligación de progresividad y prohibición de regresividad. En el caso, aunque el Estado alegue «razones exclusivamente humanitarias» para justificar su previa entrega del medicamento, intentando con ello negarle carácter de obligación legal, la Corte considera que la práctica efectiva de entrega del remedio debe ser entendida como reconocimiento de la responsabilidad estatal de resguardar la vida del niño.

En cuanto a la cuestión del carácter «político» o «técnico» de la cuestión, el caso también plantea aspectos interesantes. Es evidente que el argumento de la urgencia e irreversibilidad de la potencial lesión al bien jurídico tutelado, en este caso la salud y la vida del niño, ha resultado un factor de peso para postergar discusiones vinculadas con la priorización de beneficiarios, la disposición de fondos públicos o argumentos similares. Como hemos dicho, el Estado alega, entre otras cosas, que la sentencia de Cámara compromete los recursos económicos para organizar los planes de salud, en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el Ministerio tiene que proteger. Este argumento ni siquiera es considerado por la Corte: la construcción del alto tribunal parece presuponer que, estando la provisión del medicamento comprendida dentro de las responsabilidades del Ministerio, corresponde a ese organismo arbitrar los medios financieros necesarios para cubrirla. También hemos recalcado las particulares restricciones del contexto de acciones tales como la de amparo, tutela o protección para discutir cuestiones vinculadas con la determinación de competencias administrativas o de índole burocrática, que sin embargo en este caso juegan a favor del derecho del niño: si el derecho en juego corre el riesgo de verse pulverizado, el Estado debe garantizarlo, amén de canalizar correctamente la satis-

tes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...».

facción del derecho por la vía correspondiente. El Estado intenta poner en debate el carácter no oncológico de la dolencia que afecta al niño, para demostrar que el otorgamiento de la remedio por parte del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas es una mera concesión graciosa, o bien no corresponde a las competencias de dicha repartición estatal. Frente a ese argumento, el mensaje de los jueces de las tres instancias es claro: si el Estado es el garante del sistema, las cuestiones de organización interna de la administración no son oponibles como excusa para interrumpir una prestación a un beneficiario. El Estado cuenta con las vías para regularizar el trámite de la prestación por los canales adecuados —sea la exigencia de la responsabilidad a la obra social, o la reasignación de la cobertura a otra repartición, o alguna otra medida pertinente—, pero no puede postergar la satisfacción del derecho mientras se decide a hacerlo.

En cuanto a la complejidad «técnica» de la cuestión, varios son los factores que se concatenan para tutelar judicialmente el derecho. Por un lado, dado el carácter expedito de la acción, basta con la acreditación de la verosimilitud de la inminencia e irreparabilidad del daño, hecho demostrado a partir de la prueba presentada. Por otro lado, también es aplicable al caso lo dicho con respecto a los actos propios del Estado: tanto los informes estatales previos, en los que se evalúa la situación del menor para conceder el medicamento, como la propia conducta del Estado, efectuando dicha entrega, constituyen evidencia que impide la dilución de la cuestión bajo excusas de tratarse de materias administrativas no susceptibles de control judicial. Los informes y la conducta previa del Estado estrechan el margen de discrecionalidad, impidiendo que los poderes públicos modifiquen inopinadamente su curso de acción si esto afecta a un derecho y no existe justificación suficiente.

En el caso *The Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom, Irene and others*⁴⁶, del 4 de octubre de 2000, la Corte Constitucional de Sudáfrica analizó una apelación interpuesta por el gobierno sudafricano contra la orden de proveer refugio a 390 personas mayores de edad y 510 niños que habían sido desalojados de un terreno privado en la Provincia del Cabo Occidental.

Irene Grootboom y los demás demandantes habían requerido al tribunal superior del Cabo de Buena Esperanza una orden judicial exigiendo al gobierno local y federal la provisión de un refugio en condiciones adecuadas o un alojamiento provisorio hasta que obtu-

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

vieran una vivienda permanente, luego de haber sido desalojados de un terreno que ocupaban, a su vez afectado a planes oficiales de construcción de viviendas.

Los demandantes basaron sus reclamos sobre dos cláusulas constitucionales. En primer término invocaron el artículo 26 de la Constitución sudafricana de 1996, que establece que toda persona tiene el derecho de acceder a una vivienda adecuada, e impone al Estado en la sección 26 (2) la obligación de adoptar medidas de orden legislativo y otro tipo de medidas razonables para asegurar la realización progresiva del derecho dentro de los recursos disponibles. En segundo término invocaron el artículo 28 (1) (c), que establece el derecho de los niños a un refugio básico.

El tribunal local aceptó la petición y ordenó al gobierno proveer refugio a las familias con niños, fijando además ciertas condiciones mínimas como letrinas y suministro regular de agua. El tribunal fundó su decisión en el artículo 28 (1) (c) de la Constitución sudafricana de 1996 y trató de definir cuáles eran los elementos básicos que debía reunir ese refugio, considerando sin embargo esta protección como rudimentaria en relación con la provisión de una casa o una vivienda adecuada, en el esquema de obligaciones de la Constitución. El gobierno nacional y el de la Provincia del Cabo Occidental apelaron la decisión ante la Corte Constitucional de Sudáfrica.

El caso ponía en evidencia un serio conflicto social que tenía sus raíces en el régimen del *apartheid*. Uno de los puntos centrales de esa política fue el férreo control tendente a excluir a la población africana (negra) de las zonas urbanas, favoreciendo el asentamiento de población mestiza (*coloured*). En la Provincia del Cabo Occidental, donde se desarrollan los hechos del caso, la entrega de viviendas en áreas urbanas a familias de la comunidad africana estaba congelada desde hacía aproximadamente treinta años. Pese a ello, los traslados de familias de la comunidad africana desde zonas rurales a zonas urbanas, en busca de oportunidades laborales, no había cesado. Cientos de miles de personas habitaban en asentamientos precarios situados en terrenos ocupados, sufriendo el hostigamiento de las fuerzas policiales que procedían habitualmente a realizar violentos desalojos masivos. Finalizado el régimen del *apartheid*, las autoridades debieron enfrentar como legado un profundo déficit de viviendas en las ciudades. El gobierno nacional y el local habían adoptado una serie de medidas de orden legislativo y comenzado la ejecución de varios programas de vivienda en las diversas instancias. Muchos de los demandantes habían ingresado en calidad de beneficiarios en un programa municipal de subsidios para la obtención de viviendas de bajo

costo, pero estaban en lista de espera desde hacía más de siete años y, pese a haber formulado reclamos formales por las demoras en el programa, no habían obtenido respuesta de las autoridades.

Cuando la Corte concedió el recurso recibió una serie de memoriales en calidad de *amici curiae* presentados por la Human Rights Commission, el Community Law Centre of the University of Western Cape, y el Legal Resources Centre.

La Corte decidió analizar el caso no bajo el precepto sobre derecho de los niños a un refugio, sino sobre la base del más complejo artículo 26, que regula el derecho de acceso a una vivienda adecuada. El punto de partida del análisis del tribunal fue entender a los derechos económicos y sociales como derechos justiciables a partir de su reconocimiento expreso en la Constitución. «Los derechos económicos y sociales están expresamente reconocidos en la declaración de derechos de la Constitución y no puede decirse de ellos que existen sólo en el papel. La sección 7 (2) de la Constitución requiere al Estado respetar, proteger, promover y garantizar los derechos constitucionales y los tribunales están obligados constitucionalmente a asegurar que esos derechos sean protegidos y garantizados. La cuestión entonces no es si los derechos económicos y sociales son justiciables en la Constitución sino cómo los hacemos efectivos en un caso determinado».

A fin de analizar el alcance de la obligación del Estado de garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada, la Corte toma en cuenta el memorial presentado por el Legal Resources Centre con relación a los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia. Así, evalúa el contenido de la obligación del Estado en materia de vivienda sobre la base de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. El memorial *amicus curiae* sugiere a la Corte avanzar en la determinación de ciertos contenidos mínimos o esenciales del derecho a la vivienda adecuada, pero el tribunal entiende que la fijación de esos estándares resulta una cuestión excesivamente espinosa. Para la Corte la cuestión real, en términos de la Constitución, es determinar si las medidas adoptadas por el Estado en sus distintas jurisdicciones para realizar el derecho a la vivienda han sido razonables. Reconoce no obstante que pueden existir casos en los cuales resulte posible y a la vez apropiado considerar el contenido mínimo de un derecho para determinar la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado. Pero para hacerlo es necesario contar con suficiente información y, en el caso, la Corte entiende que no cuenta con ella.

Ahora bien, ¿qué significa que el Estado⁴⁷ debe adoptar medidas razonables para garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada? La Corte avanza algunos criterios que son de enorme utilidad para entender las posibilidades de control judicial de políticas públicas en el área social.

Quizá uno de los elementos más interesantes en el examen que desarrolla el tribunal es su intento por determinar en líneas generales el margen de discrecionalidad del Estado para la elección de las medidas concretas que adopte a efectos de garantizar el derecho social. En este punto corresponde recordar que el criterio de control judicial establecido en el artículo 26 de la Constitución sudafricana es la *razonabilidad*, mientras que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que las medidas deben ser «apropiadas». Obviamente los requisitos que debe cumplir una medida estatal para ser considerada «apropiada» resultan más estrictos que los que exige la noción de razonabilidad. El examen es más gravoso para el Estado bajo el Pacto que bajo la Constitución de Sudáfrica. La Corte enfatiza esa diferencia con el Pacto, y procura fijar el margen de decisión política del Estado en la elección de las medidas. Así afirma el tribunal:

Cuando la Corte en un caso considera la razonabilidad de una medida, no deberá preguntarse si hubieran podido adoptarse otras medidas más deseables o favorables, o si el dinero público hubiera podido utilizarse mejor. La cuestión será si la medida adoptada es razonable. Es necesario reconocer que el Estado cuenta con un amplio espectro de posibles medidas que podría adoptar para cumplir su obligación. Muchas de esas medidas podrían satisfacer el estándar de razonabilidad. Una vez que se demuestra que la medida adoptada satisface el estándar, la obligación del Estado se tiene por cumplida.

47. La Corte se refiere a las diversas instancias del Estado y a las diferentes jurisdicciones como responsables de la adopción de estas medidas. Por ello, uno de los elementos que determinarán la razonabilidad de las medidas y políticas se vincula a la coordinación de las distintas áreas del gobierno y las diversas jurisdicciones, nacionales, provinciales y municipales. La Corte sostiene por lo tanto: «Cada jurisdicción debe aceptar su responsabilidad en la ejecución de una parte de los programas de vivienda, pero el gobierno nacional debe asumir la responsabilidad de garantizar que sus leyes, políticas, programas y estrategias sean adecuadas para satisfacer la obligación impuesta por el artículo 26». Existen algunas consecuencias concretas de este principio. El Estado Nacional tiene la obligación de asegurar que la distribución de recursos fiscales destinados a vivienda entre las provincias y las municipalidades sea equitativa. Para una discusión de las estrategias de litigio que pueden desprenderse de este principio, ver la descripción de casos estadounidenses sobre financiamiento de escuelas, pp. 179 ss., *infra*.

Sin embargo, como la Corte sudafricana pone de manifiesto en el caso, aun bajo el estándar más laxo de razonabilidad, el Poder Judicial tiene un margen considerable de acción y la posibilidad concreta de analizar el diseño y la ejecución de esas medidas o políticas.

Si bien, como vimos, el tribunal descarta la posibilidad de definir contenidos mínimos, decide incorporar al examen de razonabilidad el análisis del alcance de las medidas o políticas, considerando que, para ser razonables, las medidas deben atender a quienes más lo necesitan, a aquellos que se encuentran en una situación de mayor peligro o vulnerabilidad en el acceso al derecho social, más allá de su cobertura general. La Corte se refiere a aquellas personas cuyas necesidades son urgentes o imperiosas y cuyas posibilidades de gozar del derecho se encuentran en mayor riesgo: «Las medidas estadísticamente exitosas pero que no respondan a las necesidades de aquellos que resultan más vulnerables, no podrán pasar el examen». El criterio que sostiene la Corte es de enorme importancia para la justiciabilidad de las políticas sociales. El Estado, para superar el examen de razonabilidad, debería conocer antes de formular sus medidas qué sectores sociales son los que tienen necesidades más urgentes y mayor vulnerabilidad. Necesita producir información sobre el punto. No se trata de los sectores más vulnerables en general, sino de los más vulnerables en el acceso o el goce de ese derecho social en particular. La definición del derecho determina el universo que debe explorarse para identificar al sector mínimo, que no puede quedar excluido del alcance de las políticas. Si un Estado no produce esa información antes de diseñar una medida o política tendiente a garantizar un determinado derecho social, esa medida o política ni siquiera calificarán para el examen de razonabilidad propuesto por la Corte en este caso.

La Corte, sobre la base de la hermenéutica del precepto constitucional y de los criterios de razonabilidad expuestos, examina luego pormenorizadamente las políticas de vivienda en las diversas jurisdicciones del Estado. Concluye que el concepto central de esas políticas de vivienda es el concepto de «desarrollo habitacional» (*housing development*) en función del cual se procura proveer a los ciudadanos y residentes permanentes el acceso a una vivienda con determinadas características de confort. La vivienda diseñada procura asegurar la privacidad, la seguridad jurídica de la tenencia, y la oportunidad de acceso a servicios educativos, sanitarios y a otros servicios sociales. La definición de «desarrollo habitacional» como principio general de las políticas de vivienda no contempla la provisión de viviendas que no alcancen los estándares reseñados. En otras palabras, no existe

ninguna previsión presupuestaria destinada a facilitar el acceso a una solución habitacional temporaria para aquellas personas que no tienen acceso a la tierra, ni a un «techo sobre su cabeza», o que sobreviven en condiciones intolerables como consecuencia de desastres naturales, como inundaciones o incendios, o porque sus viviendas están bajo riesgo de demolición. Esas personas que padecen necesidades imperiosas podrían obtener solución temporal mediante la provisión de viviendas que reúnan determinadas características de durabilidad y habitabilidad, aun cuando no lleguen a satisfacer el alto estándar de vivienda que se deriva del principio de «desarrollo habitacional» que inspira la política estatal.

La Corte considera que la política de vivienda del gobierno sudafricano es coherente y coordinada entre las diversas jurisdicciones, y representa «una respuesta sistemática a una necesidad social apremiante». Sin embargo, señala el tribunal, no parece ser lo suficientemente flexible como para responder a las urgentes necesidades de la población más expuesta —a la cual pertenecen los demandantes—, que requiere soluciones inmediatas o de corto plazo. Luego de analizar la situación habitacional de esta población en la Provincia del Cabo Occidental sobre la base de información pública, la Corte concluye que el programa estatal no brinda ninguna solución de vivienda aplicable a los sectores con necesidades imperiosas. La ausencia de previsiones para solucionar este tipo de urgencias sería entendible si el programa nacional estuviera en condiciones de satisfacer las necesidades habitacionales de la población en un razonable corto plazo. Pero como en atención a la magnitud del déficit ello no sucederá, la población vulnerable queda excluida de toda forma de asistencia. Esta exclusión no hace más que incentivar nuevas invasiones de tierra, incluso de aquellas dispuestas para la construcción de viviendas adecuadas —como ocurría en el caso—, frustrando los objetivos de mediano y largo plazo del programa. Por ello, concluye la Corte:

[...] el Estado no está cumpliendo con la obligación impuesta por el artículo 26 (2) de la Constitución en el área metropolitana del Cabo. En particular, los programas adoptados por el Estado no alcanzan a cumplir las condiciones del artículo 26 (2) desde que no prevén ninguna solución para la categoría de personas bajo necesidades imperiosas que fueron antes identificadas.

La Corte decide emitir una orden declarativa por la cual «requiere al Estado actuar para cumplir la obligación impuesta por el artículo 26 (2) de la Constitución. Ésta incluye la obligación de diseñar, solventar, implementar y evaluar medidas para proveer solución a

aquellas personas con necesidades de vivienda imperiosas». A fin de auxiliar en la supervisión de la ejecución de la sentencia, la Corte pone a cargo de la Comisión de Derechos Humanos (*Human Rights Commission*)⁴⁸ las tareas de controlar el cumplimiento del Estado y mantener informado al tribunal de los pasos que el Estado adopte para llevar a cabo la decisión.

El caso *Grootboom* no es sólo un caso testigo sobre la posibilidad de exigencia directa del derecho a la vivienda, sino que en el marco de las estrategias reseñadas en este capítulo, debería ser leído como un ejemplo de las enormes posibilidades que tiene la justicia de avanzar frente a un caso particular, con herramientas de análisis jurídico, en el examen de medidas y políticas públicas en el área social. Formularemos algunos comentarios acerca de la manera en que el tribunal enfrenta los mencionados obstáculos para la justiciabilidad de los derechos sociales.

En lo que hace a la determinación de la conducta debida, el tribunal, aceptando que el Estado tiene un gran abanico de posibilidades para satisfacer el derecho, somete sin embargo a la opción elegida por el Estado a un examen de razonabilidad. Como puede apreciarse, ni la Constitución define estrictamente la conducta debida para cumplir con la satisfacción del derecho, ni las circunstancias fácticas limitan las alternativas posibles, de modo de determinarla por exclusión. Sin embargo, adoptado un curso de acción por el Estado, el tribunal tiene la posibilidad de examinar si la alternativa elegida se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución. Si de su examen surge que la decisión estatal excluye a grupos sociales merecedores de especial protección, la elección hecha por el Estado no se ajusta a la exigencia constitucional. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida adoptada por el Estado para garantizar el acceso de grupos de personas en condición de particular precariedad al derecho.

En cuanto al problema del carácter político o técnico de la cues-

48. La Comisión de Derechos Humanos es un órgano constitucional de contralor. El artículo 184 (1) de la Constitución de Sudáfrica le asigna la función de supervisar y evaluar la observancia de los derechos humanos en la República. La sección (2) del artículo le concede facultades para «(a) investigar y elaborar informes sobre la observancia de los derechos humanos», y «(b) adoptar medidas para asegurar la reparación adecuada cuando un derecho humano haya sido violado». Para una detallada revisión de sus funciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, cf. S. Liebenberg, «Identifying violations of socio-economic rights: The role of the South African Human Rights Commission»: *Law, Democracy and Development* 1 (1997), pp. 161-191, y «Socio-economic Rights», en M. Chaskalson et al. (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, cit., cap. 41, pp. 55-56.

ción, el aspecto central que conviene recalcar es que el tribunal se apoya en un estándar jurídico y elabora desde allí el análisis de la política en cuestión. La pregunta relevante del caso no es la bondad de la política pública en general, sino la razonabilidad de la política pública para satisfacer el derecho de los peticionantes. El Estado tiene un amplio margen para decidir las medidas para satisfacer el derecho, pero debe —para dar cumplimiento al derecho en cuestión— cubrir también las necesidades del grupo afectado. La solución adoptada no es la de imponer al Estado una política específica, sino la de exigirle que tenga en cuenta las necesidades del grupo afectado que habían sido ignoradas por el diseño de la política llevada a cabo.

En cuanto a las dificultades procesales, no se plantean en el caso problemas vinculados con la legitimación o el carácter colectivo de la acción, dada la gran generosidad de la Constitución sudafricana en la materia. La cuestión que sí merece comentario son los aspectos vinculados con la ejecución de la decisión judicial por el mismo Estado. Pueden destacarse dos puntos: en primer lugar, los términos de la decisión judicial requieren del Estado el diseño e implementación de un programa comprensivo que incluya la satisfacción del derecho de los peticionantes. Como puede notarse, no es la Corte Constitucional la que asume el diseño o implementación del programa: la decisión judicial se limita a constatar la omisión de medidas que tengan en consideración las necesidades de los peticionantes, y a exigir al Estado que las incluya dentro del diseño de la política pública correspondiente. En segundo término, también es interesante la medida adoptada por el tribunal para garantizar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia: no es la Corte, sino un ente de contralor independiente el encargado de vigilar e informar al tribunal de los esfuerzos realizados por el Estado para dar satisfacción al mandato judicial. La tendencia de asignar a un órgano de contralor independiente, como la Comisión de Derechos Humanos o el Defensor del Pueblo, también verificada en el comentado caso *Viceconte*, constituye una respuesta imaginativa frente a las dificultades de seguimiento de la implementación de medidas que tiene el Poder Judicial —estructurado en general a partir de la resolución de casos—. Puede concederse que, por razones funcionales, un cuerpo administrativo de carácter permanente está en mejores condiciones de supervisar el cumplimiento de un programa que el Poder Judicial, que tradicionalmente actúa de manera reactiva frente al planteo de un caso o una situación concreta⁴⁹. La solución de la Corte

49. Ver, sin embargo, las observaciones que efectuamos en la sección final de este capítulo, «Balance provisorio», *infra*, pp. 250-256.

Constitucional distribuye inteligentemente las funciones: las tareas permanentes de monitoreo, recepción de información e informe de las medidas de cumplimiento quedan a cargo de un cuerpo administrativo, mientras al tribunal le corresponde evaluar periódicamente si esas medidas se adecuan al mandato judicial y —en caso negativo— expedir nuevas instrucciones de ejecución.

Por último, en lo que hace al problema de la ausencia de tradición de control judicial de satisfacción de estos derechos, vale repetir lo dicho al comentar el caso *B and Others*: nada impide que la tradición de un Poder Judicial renovado se inicie justamente en el sentido de desarrollar estándares de control judicial en estas materias. *Grootboom* constituye una buena muestra de ello. Las referencias a la íntima vinculación entre el déficit de vivienda disponible para la población africana en la zona del Cabo y el pasado régimen del *apartheid* pueden ser leídas como un intento de construcción de legitimidad de la reciente Corte Constitucional sudafricana para la fundación de esta nueva tendencia de control judicial de políticas sociales.

3.2.2. Exigibilidad indirecta

Cuando, debido a algunos de los obstáculos mencionados, resulte imposible la tutela judicial directa de un derecho social, existen sin embargo estrategias para protegerlo indirectamente, forzando su consideración en juicio a través de varias vías que desarrollaremos a continuación. Se trata de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos, de modo de permitir, por esa vía, el amparo del derecho social en cuestión.

Como veremos, muchas de estas estrategias resultan ejemplificadas por casos del derecho internacional de los derechos humanos —en especial de sistemas que cuentan con mecanismos contenciosos de protección, como el europeo—, ello no es casual, ya que, dadas las escasas posibilidades de justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales por no haberse previsto mecanismos de petición individual en los respectivos tratados, los casos de tutela de aquellos derechos ante tribunales internacionales provienen con frecuencia de la invocación de la violación de derechos civiles y políticos. Similar argumento vale también para el caso de constituciones de cuño liberal, como la estadounidense, o de constituciones sociales que excluyen o condicionan la tutela judicial de derechos sociales. En otros supuestos, se aprovechan los mecanismos de tutela más extensa o las ventajas procesales que brinda otro derecho. Pasaremos revista a algunas de estas posibilidades.

a) Principio de igualdad y prohibición de discriminación

Como quedó dicho, uno de los mayores problemas que deben superarse para alcanzar una mayor protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales es saber en relación a cada derecho particular cuál es la extensión de la obligación del Estado de proveer o satisfacer ese derecho: hasta qué grado, o en qué medida deben ser satisfechos la necesidad o el interés social o económico tutelados por el derecho. Sin embargo, cuando un determinado derecho social ha sido reconocido a determinadas personas o grupos en una determinada medida, sí es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiarios y la de quienes aún no lo son, controlando la legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho.

El artículo 2.2 del PIDESC establece la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio sin discriminación exclusivamente de los derechos consagrados en ese instrumento. Con similar limitación expresa esta obligación el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Sin embargo, el artículo 26 del PIDCP establece el derecho de toda persona a que el Estado prohíba por ley toda discriminación y le garantice igual y efectiva protección contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta obligación de los Estados de prohibir la discriminación y de proteger contra ella a las personas en forma igual y efectiva no está limitada al ejercicio de ningún derecho en particular, y por lo tanto es aplicable en relación a cualquier derecho, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales. Así lo entendió el Comité de Derechos Humanos de la ONU en los casos *Zwaan de Vries v. Países Bajos* y *Broeks v. Países Bajos*⁵⁰ relativos a la legislación holandesa sobre prestaciones por desempleo. De acuerdo con la legislación impugnada, la mujer casada que solicitaba tales prestaciones tenía que comprobar que su salario había sido la principal fuente de ingreso de la familia, requerimiento que no se aplicaba al solicitante varón casado o soltero y a la mujer soltera. El Estado denunciado argumentó que el motivo de la disposición no era discriminar a la mujer casada, sino más bien administrar adecuadamente los fondos públicos sin incurrir en gastos innecesarios, por lo que al conceder el

50. CDH, Comunicaciones n.º 182/1984 y 172/1984 respectivamente.

beneficio se partía de la presunción de que la mujer casada habitualmente no es el sostén de la familia. La relevancia del artículo 26 del PIDCP como es posible vía hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema de Naciones Unidas surge de la siguiente afirmación del Comité de Derechos Humanos:

Aunque el artículo 26 requiere que la legislación prohíba la discriminación, no contiene ninguna obligación respecto de las materias que deben ser reguladas por esa legislación. No requiere por ejemplo a ningún Estado sancionar legislación para proveer un seguro social. Sin embargo, cuando esa legislación resulta sancionada en el ejercicio del poder soberano del Estado, dicha legislación debe cumplir con el artículo 26 del Pacto⁵¹.

La apelación a juicios de igualdad de trato para reclamar derechos sociales fue tradicionalmente utilizada por los movimientos de derechos humanos en sus estrategias de litigio. Desde el movimiento por los derechos de las mujeres que reclamaron equiparación salarial en los puestos de trabajo, hasta el movimiento de derechos civiles en los Estados Unidos, que utilizó esta vía para exigir igualdad de acceso a puestos de trabajo, equiparación salarial y equivalentes condiciones de educación y salud pública, la igualdad de trato y la prohibición de discriminación han sido vías exploradas con éxito para exigir indirectamente derechos económicos, sociales y culturales de grupos o sectores menos protegidos por el Estado.

En tal sentido resulta de enorme utilidad recordar que planteo realizado por los demandantes —patrocinados por abogados de la National Association for the Advancement of Colored People, NAACP— en la serie de casos contra la desegregación racial identificados como *Brown v. Board of Education*⁵², probablemente la decisión más famosa del derecho constitucional estadounidense. Generalmente, el aspecto que más se resalta de esta serie de casos es el de la declaración de inconstitucionalidad de cualquier esquema de segregación racial, aún en igualdad de condiciones materiales de los sistemas segregados. Sin embargo, resulta útil para nuestro desarrollo señalar que, además

51. CDH, caso *Zwaan de Vries*, § 12.4.

52. Corte Suprema estadounidense, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954). La Corte Suprema trató conjuntamente cuatro casos de segregación racial escolar, que involucraban a los estados de Kansas (*Brown v. Board of Education*), Carolina del Sur (*Briggs et al. v. Elliott et al.*), Delaware (*Gebhart et al. v. Belton et al.*) y Virginia (*Davis et al. v. County School Board of Prince Edward County, Virginia, et al.*). Cf. M. V. Tushnet, *Making Civil Rights Law. Thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961*, Nueva York, 1994, cap. 11; R. Kluger, *Simple Justice*, Nueva York, 1975.

de ese planteo general —que la Corte Suprema estadounidense aceptó— los peticionantes denunciaban también la disparidad material de las prestaciones, a partir de un factor ilegítimo de discriminación, la raza. En el caso se cuestionaba a la luz de la Enmienda XIV (la llamada cláusula de igual protección) la política de segregación racial en las escuelas públicas en los estados del sur de los Estados Unidos. La segregación racial era un modo de vida legalmente consagrado en esos estados, tales como Alabama, Mississippi, Kansas, Carolina del Sur y Virginia. Los demandantes reclamaban la admisión de menores de raza negra a las escuelas públicas de su comunidad sobre la base de la inconstitucionalidad de la segregación. A los niños se les había denegado el ingreso a esos establecimientos en virtud de leyes que permitían o exigían la segregación, dictadas de conformidad con el razonamiento de la misma Corte en el precedente *Plessy v. Ferguson*: la doctrina denominada «separados pero iguales».

En el caso *Brown* y en los demás casos tratados conjuntamente por la Corte Suprema estadounidense, los demandantes alegaron que las escuelas públicas segregadas no son iguales, que no pueden ser iguales y que por eso la comunidad de afroamericanos no era tratada con igualdad ante la ley. Si bien la Corte al resolver entendió que cualquier segregación es en sí misma contraria a la Constitución, pues produce efectos nocivos a la población afectada, los demandantes también construyeron los distintos casos a partir de una minuciosa comparación entre las condiciones en que se prestaba el servicio de educación en los diferentes establecimientos escolares. En tal sentido se comparaban edificios, programas, sistema de calificaciones, salarios de los maestros y otros factores tangibles⁵³. Thurgood Marshall⁵⁴, patrocinante de los demandantes ante la Corte Suprema en el caso *Briggs*, decidido conjuntamente con *Brown*, sostuvo en su alegato que la segregación racial «produce inevitables desigualdades en las instalaciones físicas».

El empleo de la cláusula de igual protección acompaña la historia de los planteos de desegregación racial en materia de derechos sociales, tales como el derecho a la educación. En casos posteriores, la Corte Suprema estadounidense convalidó las decisiones de tribunales

53. En la situación concreta del propio caso *Brown*, que legó el nombre al conjunto, el tema no se plantea porque no hay evidencia de que las disparidades materiales de las escuelas para blancos y para afroamericanos en Kansas fueran notorias. Cf. M. V. Tushnet, *Making Civil Rights Law*, cit., p. 161.

54. Thurgood Marshall fue un jurista y activista afroamericano, líder de la NAACP. En reconocimiento de su notoria labor como abogado antisegregacionista, fue designado miembro de la Corte Suprema de los Estados Unidos por el presidente Lyndon B. Johnson, cargo que desempeñó desde 1967 hasta 1991.

inferiores, que ordenaban medidas tales como la creación de nuevas escuelas, la modificación del sistema de transporte escolar, la reasignación y capacitación del personal docente, justificadas por la necesidad de hacer efectiva la desegregación⁵⁵.

Esta estrategia de comparación de las condiciones de prestación de un servicio de satisfacción de derechos sociales es replicable en otros supuestos de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales en los cuales un grupo o sector social, o la población de un área geográfica determinada sufre una diferencia de trato ilegal o irrazonable. El caso de la organización árabe Adalah, resuelto favorablemente por la Corte Suprema de Israel en el mes de octubre de 1998, refleja las enormes posibilidades de esta estrategia de litigio.

En este caso estaba en juego el derecho a la salud de las madres y niños que integraban comunidades árabes beduinas que habitaban villas no reconocidas en la zona de Negev. El caso fue iniciado por la mencionada organización Adalah y otras dos organizaciones no gubernamentales, en representación de ciento veintidós madres y niños de esas comunidades, contra el Ministerio de Salud del Estado de Israel, requiriendo el establecimiento de centros de atención materno infantil para proveer atención médica preventiva en las diez villas más grandes de la comunidad árabe beduina en la región del Negev.

Según los peticionantes, más de cincuenta mil árabes beduinos habitaban esas villas, pese a lo cual el Estado de Israel no había establecido ningún centro de atención médica materno infantil. Las mujeres y los niños, para recibir atención médica, debían viajar hacia las clínicas más cercanas a sus hogares y, en la mayoría de los casos, debido a la falta de transporte público, resultaban forzados a caminar largas horas en el desierto. Por el contrario, en las ciudades vecinas habitadas por residentes judíos existían clínicas de atención materno infantil. De acuerdo a las estadísticas del propio Ministerio de Salud la tasa de mortalidad infantil en las villas árabes del Negev es la más alta de Israel (16 %) y la tasa de inmunización en los niños de esta comunidad es la más baja. Aproximadamente el 50% de los niños de la comunidad árabe beduina que viven en esas villas son hospitalizados en el primer año de vida y más del 50% sufre de anemia y desnutrición.

Los peticionantes fundaron la acción en la Legislación Nacional sobre Seguro de Salud de 1994, que requiere al Ministerio el suministro del servicio de salud preventiva dentro de una distancia razonable

55. Ver, por ejemplo, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971); *Wright v. Council of the City of Emporia*, 407 U.S. 451 (1972) y *Hills v. Gautreaux*, 425 U.S. 284 (1976).

y un tiempo de transporte adecuado entre los centros de atención y los lugares de residencia.

Los demandantes sostuvieron que el Ministerio violaba además la Ley Básica de Protección de la Dignidad y la Libertad de 1992, que protege el derecho a la vida, el cual comprendía a su entender servicios de salud tendientes a garantizar las condiciones mínimas de supervivencia de mujeres y niños.

Como argumento adicional vinculado a la igualdad, alegaron que estas carencias de servicios públicos de atención médica en zonas cercanas al domicilio, sumados a las tradiciones sociales que impiden a las mujeres abandonar el hogar sin la compañía de un familiar del marido, no hacían más que perpetuar la subordinación y vulnerabilidad de las mujeres que integraban estas comunidades.

La Corte Suprema de Israel hizo lugar al reclamo condenando al Estado a garantizar el servicio de atención médica materno infantil para los habitantes de esa comunidad, en iguales condiciones que a los colonos judíos.

El caso es un excelente ejemplo del uso de la información pública para realizar un juicio de comparación entre dos situaciones claramente mensurables: el acceso al servicio de atención médica materno infantil de un colono judío y de un poblador de una villa árabe, en una misma zona geográfica, sujeta a la misma autoridad sanitaria y cubierta por la misma legislación en cuanto al reconocimiento formal de sus derechos.

La estrategia comentada tampoco es ajena a la tradición de control de judicial de constitucionalidad de raigambre europea. En casos en los que se alega discriminación de un grupo en el otorgamiento o acceso a derechos sociales, tribunales tales como la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional español han utilizado la categoría de las llamadas *sentencias aditivas*⁵⁶, cuyo efecto es el de extender el derecho negado a la categoría injustamente discriminada. En Italia, la Corte Constitucional⁵⁷ ha declarado la

56. Para un análisis crítico de esta categoría, ver J. Betegón, M. Gascón, J. de Páramo y L. Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, 1997, pp. 372-375. Ver también L. Elia, «"Constitucionalismo cooperativo", "Racionalidad" y "Sentencias Aditivas" en la jurisprudencia italiana sobre control de normas», en *División de poderes e interpretación*, Madrid, 1987. Agradecemos a Gerardo Pisarello la información sobre esta categoría y sobre las distintas sentencias.

57. Para un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, ver M. C. Cavallaro, «I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale», cit., pp. 27-41. Ver también C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padua, 1996. En materia de derechos sociales, la Corte Cons-

inconstitucionalidad, entre otros ejemplos, del diferente tratamiento económico de los profesores universitarios con respecto al personal administrativo que desempeña cargos de dirigencia⁵⁸ y de la injusta exclusión de la exención de gastos de salud a los titulares de pensiones de invalidez, con respecto a la exención gozada por los beneficiarios de una pensión de vejez cuyo ingreso fuera inferior a un cierto umbral⁵⁹, haciendo extensible un derecho social al grupo desigualmente tratado. En España, el Tribunal Constitucional ha considerado violatorias del principio de igualdad —y ha extendido la aplicación de derechos sociales a la categoría discriminada—, entre otros casos: la limitación del otorgamiento de una pensión a las viudas, en detrimento de los viudos⁶⁰, la limitación del otorgamiento de una subvención a las «organizaciones sindicales más representativas» en detrimento de otras organizaciones⁶¹ y la diferencia de tratamiento previsional de los militares republicanos ingresados al servicio después del 18 de julio de 1936 frente a los ingresados antes de esa fecha⁶². La jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense también ha resuelto casos similares: por ejemplo, en *Shapiro v. Thompson*⁶³, el tribunal declaró inconstitucionales por violatorias del principio de igual protección leyes de los estados de Connecticut, Pennsylvania y del Distrito de Columbia que establecían que la residencia previa de un año en la jurisdicción era requisito para el acceso a beneficios sociales tales como la asistencia a madres indigentes con hijos a su cargo, eliminando así la barrera legal y extendiendo el acceso al beneficio a la categoría excluida.

Un último ejemplo proveniente de la Corte Suprema de Canadá, el caso *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*⁶⁴ ofrece un rico panorama de las consecuencias del principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el reclamo de medidas positivas por parte del gobierno. Se trata de una importante sentencia, que marca

titucional también ha dictado sentencias *monitorias* (es decir, aquellas que sugieren al legislador la reglamentación conforme a la Constitución en caso particular).

58. Corte Constitucional italiana, sentencia n.º 219 de 1975.

59. Corte Constitucional italiana, sentencia n.º 184 de 1983.

60. Tribunal Constitucional español, sentencia 103/83, de 22 de noviembre de 1983 (BOE n.º 298, de 14 de noviembre de 1983).

61. Tribunal Constitucional español, sentencia 20/85 de 14 de febrero de 1985 (BOE n.º 55, de 5 de marzo de 1985).

62. Tribunal Constitucional español, sentencia 116/87 de 9 de julio de 1987 (BOE n.º 180, de 29 de julio de 1987).

63. Corte Suprema estadounidense, 394 U.S. 618 (1969).

64. Corte Suprema canadiense, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, 151 D.L.R. (4th) 577, 616 (1997).

el rumbo interpretativo del alto tribunal canadiense en materia de derechos de las personas con discapacidad⁶⁵. Los hechos bajo examen eran los siguientes: tres personas sordas demandan a la provincia canadiense de Columbia Británica porque, atendidos en un hospital público, carecieron de intérprete y no lograron comunicarse plenamente con los médicos tratantes. Robin Eldridge tuvo dificultades para comunicarse con su médico, y los codemandantes John y Linda Warren sufrieron la experiencia de enfrentar el parto prematuro de mellizos sin entender completamente lo que los doctores y enfermeras les decían. Los actores fundaron la acción en la Sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades⁶⁶, alegando que la legislación hospitalaria provincial discrimina a las personas sordas al no disponer de un servicio de intérpretes por signos en los casos en los que la efectiva comunicación constituye un componente inherente y necesario de la prestación del servicio médico. El planteo fue rechazado tanto en primera como en segunda instancia. La Corte Suprema revirtió la sentencia de las instancias inferiores, considerando que, si bien la legislación hospitalaria no era discriminatoria, la Provincia violó la sección 15 de la Carta al no asegurar la «igualdad de beneficios de la ley» para las personas con discapacidad.

Las consideraciones hechas por la Corte son las siguientes:

a) La sección 15 (1) de la Carta tiene dos propósitos diferentes pero relacionados: en primer lugar, la sección «expresa un compromiso —profundamente enraizado en nuestra cultura social, política y legal— con la igual valía y dignidad humana de todas las personas»; en segundo lugar «instituye el deseo de rectificar y prevenir la discrimi-

65. Para un interesante comentario del caso, ver A. Mayerson, «The ADA and Models of Equality», inédito, presentado en el Simposio sobre Derecho y Políticas sobre la Discapacidad «De los Principios a la Práctica», Washington, Distrito de Columbia, 22 al 26 de octubre de 2000. Puede consultarse una versión preliminar en la página web /www.dredf.org/. Los siguientes párrafos están basados sobre ese comentario. Ver también B. Porter, «Beyond Andrews: Substantive Equality and Positive Obligations After Eldridge and Vriend», en 9 *Constitutional Forum* 71/78 (1998). Agradecemos a Silvia Yee, del Disability Rights Education and Defense Fund (DREDF), por la información y aclaraciones sobre el caso.

66. La Sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades dispone:

«15. (1) Todo individuo es igual ante y bajo la ley y tiene el derecho a la igual protección y a la igualdad de beneficios de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación basada sobre la raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física.

(2) El párrafo (1) no es incompatible con cualquier norma, programa o actividad que tenga por objeto el mejoramiento de las condiciones de personas o grupos desaventajados, incluyendo a los desaventajados por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física».

minación contra grupos particulares que sufran desventajas sociales, políticas y legales en nuestra sociedad».

b) Es necesario tener en cuenta «que es desafortunadamente cierto que la historia de las personas con discapacidades en el Canadá es en gran parte una historia de exclusión y marginación. Las personas con discapacidades han sido demasiado frecuentemente excluidas de la fuerza de trabajo; se les ha negado el acceso a oportunidades de interacción social y progreso; se las ha sometido a un estereotipamiento injusto y se las ha relegado en instituciones».

c) La Provincia no satisface el mandato de la Sección 15 con la sola provisión a las personas sordas de servicios médicos estrictamente idénticos a los recibidos por las personas que pueden oír. La comunicación efectiva es una parte indispensable de los servicios médicos, y la Sección 15 coloca a la Provincia bajo la obligación de asegurar que las personas sordas puedan comunicarse con los operadores del sistema de salud de modo que reciba similar provecho de los servicios de salud de acuerdo con la ley provincial.

d) «La Sección 15 (1) establece expresamente, después de todo, que todo individuo “es igual ante y bajo la ley y tiene el derecho a la igual protección y a la igualdad de beneficios de la ley sin discriminación”... La cláusula no hace ninguna distinción entre leyes que imponen cargas desiguales y las que deniegan iguales beneficios. Si aceptamos el concepto de discriminación por los efectos adversos, parece inevitable concluir, al menos mientras analizamos la Sección 15(1), que el gobierno tiene la exigencia de adoptar medidas especiales para asegurar que los grupos desaventajados estén en condiciones de beneficiarse en igual medida de los servicios del gobierno»

Un punto especialmente interesante planteado por la propia Corte es el impacto financiero que tendrá la provisión de intérpretes. La Sección 1 de la Carta, aplicable a todo el instrumento, establece que «la Carta Canadiense de Derechos y Garantías garantiza los derechos y libertades que ella prescribe, sujetos sólo a los límites razonables establecidos por ley en la medida en que puedan ser demostrablemente justificados en una sociedad libre y democrática». La cuestión discutida por la Corte es si puede invocarse el delicado y difícil equilibrio de la asignación presupuestaria de recursos para la salud, como límite a la Sección 15, fundado justamente en la Sección 1. La respuesta de la Corte es negativa: la Provincia no logró demostrar que la ausencia total de intérpretes en los servicios médicos signifique una afectación mínima de los derechos de las personas sordas. La Corte sostiene que:

Dado el lugar central de la buena salud en la vida de todas las personas de nuestra sociedad, la provisión de servicios médicos de

inferior calidad a las personas sordas disminuye necesariamente la calidad total de sus vidas. El gobierno simplemente no ha demostrado que este estado de cosas inconveniente deba ser tolerado a efectos de lograr el objetivo de limitar el gasto en servicios de salud. Dicho de otro modo, el gobierno no ha efectuado una «adaptación razonable» a la discapacidad de los apelantes. En el lenguaje de la jurisprudencia en materia de derechos humanos de esta Corte, no ha demostrado que la adaptación a las necesidades de los apelantes genere una carga «excesivamente gravosa».

Como puede apreciarse, la sentencia emplea en el análisis la noción de *igualdad material*, *igualdad de oportunidades* o *igualdad de resultado*, por oposición al tradicional concepto de *igualdad formal* o *igualdad de trato*⁶⁷. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho. El empleo de la noción de igualdad material supone una herramienta de enorme potencialidad para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y se emparenta con la estrategia de consideración de las obligaciones positivas que surgen de los derechos civiles y políticos, desarrollada en este mismo capítulo.

Por último, cabe ilustrar una variante completamente distinta de esta estrategia, que también abre interesantes perspectivas de justiciabilidad de derechos sociales. Se trata de una extendida serie de casos planteados ante los tribunales judiciales estatales de los Estados Unidos, en los que básicamente se pone en cuestión la constitucionalidad del financiamiento de la educación a partir de cláusulas constitucionales de los estados. El argumento central de esta serie de casos, planteados en treinta y seis de los estados y exitosos en veinte de ellos⁶⁸, es que la dependencia de gran parte del financiamiento del

67. Para un análisis de estas nociones, cf. L. Ferrajoli, «Igualdad y diferencia», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 73-96; J. García Añón, «Current Problems of Legal Dogmatics in European Regulation: The Principle of Equality and the Policies of Affirmative Action», en M. van Hoecke y F. Ost (eds.), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford y Portland, 2000, pp. 189-206; A. Ruiz Miguel, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» y «La discriminación inversa y el caso Kalanke», y M. V. Ballestrero, «Acciones positivas: punto y aparte», todos en *Doxa* 19 (1996); M. Barrère Unzueta, *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva en favor de las mujeres*, Madrid, 1997; O. Fiss, «Grupos y la Cláusula de la Igual Protección», en R. Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, 1999, pp. 137-167.

68. La estrategia ha obtenido sentencias favorables en los siguientes estados: California (caso *Serrano v. Priest*, 1976), Nueva Jersey (*Robinson v. Cahill*, 1973 y *Abbot v. Burke*, 1990), Montana (*Helena Elementary School District No. One v. State*, 1989),

ciclo de educación obligatorio de impuestos de carácter local (municipal o distrital) importa una violación al principio de igual protección de la ley, dado que liga la calidad de la educación recibida por los niños y adolescentes a la riqueza del distrito escolar en donde vivan. Esta forma de financiamiento regresivo hace cargar a los distritos más pobres con un mayor esfuerzo presupuestario (trasladado, claro, a los contribuyentes del distrito) para obtener niveles educativos similares a los de los distritos más ricos⁶⁹. El planteo está dirigido a obtener la declaración de inconstitucionalidad del plan de financiamiento estadual, y a obligar a los estados a financiar con recursos estaduales un mayor porcentaje de los gastos que conlleva el funcionamiento del sistema educativo⁷⁰.

Los litigantes han empleado fundamentalmente dos variantes estratégicas: la primera (*equity claims*) consiste en demandar la equiparación del gasto educativo entre los distintos distritos, mientras que la segunda (*adequacy claims*) pretende la mejora de los recursos educativos de los distritos que se encuentran en peor situación, sin requerir necesariamente igualdad de recursos entre distritos. Una de las

Kansas (*Knowles v. State Board of Education*, 1976), Connecticut (*Horton v. Meskill*, 1977 y *Horton v. Meskill*, 1985), Washington (*Seattle School District No. 1 v. State*, 1978), Virginia Occidental (*Pauley v. Kelly*, 1979), Wyoming (*Washakie County School District No. One v. Herschel*, 1980), Arkansas (*Dupree v. Alma School District No. 30*, 1983), Kentucky (*Rose v. Council for Better Education*, 1989), Texas (*Edgewood Independent School District v. Kirby*, 1989), Tennessee (*Tennessee Small School Systems v. McWhorter*, 1993), Massachusetts (*McDuffy v. Secretary of the Executive Office of Education*, 1993), Nueva Hampshire (*Claremont School District v. Governor*, 1993), Arizona (*Roosevelt Elementary School District No. 66 v. Bishop*, 1994), Idaho (*Idaho School for Equal Educational Opportunity v. Idaho State Board of Education*, 1996), Alabama (*Ex parte School*, 1997), Vermont (*Brigham v. State*, 1997), Ohio (*De Rolph v. State*, 1997) y Carolina del Norte (*Leandro v. State*, 1997).

69. Resulta notable la coincidencia de estos planteos con el señalamiento hecho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la OG n.º 13: «Las agudas disparidades de políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación con arreglo al Pacto» (punto 35). Nuevamente puede apreciarse la convergencia de argumentos fundados en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

70. Para ampliar sobre esta estrategia, cf. D. S. Reed, «Twenty-Five Years after Rodriguez: School Finance Litigation and the Impact of the New Judicial Federalism»: 32 *Law and Society Review* 17 (1998); J. Banks, «State Constitutional Analyses of Public School Finance Reform Cases: Myth or Methodology?»: 45 *Vanderbilt Law Review* 129 (1992); W. E. Thro, «Judicial Analysis during the Third Wave of School Finance Litigation: The Massachusetts Decision as a Model»: 35 *Boston College Law Review* 597 (1994); R. F. William, «Foreword: The Importance of an Independent State Constitutional Equality Doctrine in School Finance Cases and Beyond»: 24 *Connecticut Law Review* 675 (1992). Agradecemos a Katie Fleet la información sobre estos casos.

justificaciones para adoptar una u otra línea de acción está vinculada con el tipo de cláusula constitucional estadual que se invoca para fundar el litigio judicial: los llamados *equity claims* se apoyan fundamentalmente en cláusulas de igualdad o de igual protección de la ley, mientras que los *adequacy claims* se centran fundamentalmente en las cláusulas que establecen principios vinculados con la educación, y se dirigen a reclamar la provisión de un servicio adecuado de educación, a partir del intento de determinación del contenido mínimo del derecho construido sobre la base de las prestaciones efectivamente recibidas por los distritos más ricos.

En 1996, el Consejo Constitucional francés tuvo la oportunidad de revisar la constitucionalidad de un proyecto de ley cuestionado bajo argumentos similares⁷¹. Un grupo de diputados puso a consideración del Consejo —que, como se sabe, tiene facultades de control de constitucionalidad previo a la sanción de una ley— un proyecto de ley en el que se descentralizaba la administración de la seguridad social, otorgándose a los departamentos facultades de gestión de los beneficios previsionales. De acuerdo con el planteo, la descentralización violaba el principio de igualdad, ya que autorizaba el tratamiento dispar de los pensionados de acuerdo con su situación geográfica, rompiendo así el principio de solidaridad del sistema previsional. El Consejo, aunque no consideró inconstitucional la descentralización *per se*, señaló que las autoridades locales debían aplicar la ley de modo tal que los pensionados que estuvieran en la misma situación fuesen tratados de modo idéntico.

b) Debido proceso

Otra vía de justiciabilidad de la violación de derechos económicos, sociales y culturales consiste en el empleo de la noción de debido proceso. La riqueza de las implicaciones de este concepto instrumental/procedimental permite el tratamiento de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales indirectamente, a partir de una crítica de las formas dispuestas por el Estado como condición de su afectación o de su tutela judicial o administrativa. Repasaremos a continuación algunos contextos en los cuales se ha empleado esta noción.

b.1) Acceso a la justicia, recursos judiciales y garantías procesales

Una primera variante de esta estrategia consiste en la denuncia de la omisión del Estado de garantizar el acceso a la Justicia, proveer

71. Consejo Constitucional francés, Decisión n.º 96-387 DC, del 21 de enero de 1997.

recursos judiciales efectivos para la tutela de derechos económicos, sociales y culturales y asegurar, con relación a estos derechos, procesos con las debidas garantías. Estas cuestiones abren directamente la puerta para el planteo de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales a partir de la invocación de las garantías procedimentales previstas por toda constitución tanto de carácter social como liberal, y por los instrumentos internacionales que establecen derechos civiles y políticos. Así, la invocación de un derecho económico, social o cultural tiene como vehículo la denuncia de afectación de derechos de tipo procedimental sobre cuya justiciabilidad no se han planteado dudas.

Debe recordarse además que, como analizamos en el capítulo 2, de acuerdo a la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados tienen la obligación de brindar recursos judiciales y otros recursos efectivos. Como dijimos, uno de los obstáculos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reside en que la mayoría de los recursos judiciales han sido históricamente diseñados en función de los derechos civiles y políticos y no contemplan algunos aspectos particulares de aquéllos, como el hecho de que se trata, por lo general, de derechos de incidencia colectiva. De tal modo, los recursos judiciales efectivos que el Estado debe asegurar deberán contemplar estas diferencias. En muchos casos, no bastará con disponer de los recursos que tutelan derechos civiles y políticos.

La primera cuestión interesante debatida es la aplicación de las cláusulas sobre debido proceso contenidas tanto en constituciones como en instrumentos de derechos humanos a los derechos sociales. En este sentido, resulta importante referir la experiencia generada a partir de la interpretación de instrumentos que sólo establecen derechos civiles. Como ha señalado Scheinin⁷², si la cláusula de no discriminación del artículo 26, quizá la más fuerte del PIDCP, ha sido utilizada para extender la protección del Pacto a algunos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales, lo mismo podría afirmarse acerca de la garantía de debido proceso consagrada en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El amplio contenido de esta norma y el conjunto de garantías de procedimiento que comprende, explican quizá por qué su aplicación ha servido para que el CEDH brinde una protección adicional a derechos consagrados por otros instrumentos de derechos humanos. Éste ha sido, por

72. M. Scheinin, «Economic and Social Rights as Legal Rights» en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, cit., pp. 41-62.

lo demás, el punto de partida para el trabajo de interpretación más importante en pos de brindar resguardo a algunos derechos económicos y sociales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos debió definir el alcance de la tutela y determinar caso por caso si podían considerarse amparados por la norma los derechos sociales. Así, en los casos *Deumeland* y *Feldbrugge*, el TEDH tuvo oportunidad de analizar si la garantía de debido proceso resultaba aplicable a la determinación de otros derechos y obligaciones que no fueran los de «carácter civil» previstos literalmente en la norma. La interpretación de este punto resultaba indispensable para extender la garantía a derechos de índole económica y social.

En el caso *Deumeland*⁷³, el actor había continuado como heredero un trámite iniciado por su madre para la percepción de una pensión complementaria por viudez al considerar que su esposo había muerto en un accidente de trabajo *in itinere*. El tiempo que había demorado el proceso luego de recorrer distintos tribunales sociales de la República Federal de Alemania, hasta ser finalmente rechazado —alrededor de once años—, originó la presentación ante la Comisión Europea de una denuncia contra el Estado alemán por violación del artículo 6.1 en tanto, sostenía el reclamante, su caso no había sido resuelto en un tiempo razonable. La Comisión desestimó la petición al entender que por la naturaleza del derecho reclamado no era aplicable la previsión del artículo 6.1. El TEDH partió de su anterior jurisprudencia en la cual entendía que el término «derechos y obligaciones de carácter civil» no se refiere a las controversias tradicionales de derecho privado. En tal sentido consideró los aspectos de derecho público y de derecho privado que presentaba el derecho reclamado en el caso y consideró que los últimos predominaban sobre los primeros. Estimó de suma importancia que la viuda del señor Deumeland no hubiese sido afectada en sus relaciones con la autoridad pública como tal, actuando en virtud de facultades discrecionales, sino en su capacidad personal como particular. Su derecho era de naturaleza personal, patrimonial y subjetiva, y se acercaba mucho al derecho civil. Por lo demás, la causa de la obligación se vinculaba con la condición de trabajador de su marido, que era empleado del *Land* al que se había demandado. El Tribunal estimó también que el seguro de accidente alemán se parecía mucho al seguro de derecho común.

73. TEDH, caso *Deumeland* del 29 de mayo de 1986 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 100). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, pp. 470-498.

Sobre la base de estos razonamientos sumariamente expuestos consideró por nueve votos contra ocho de sus miembros, que el artículo 6.1 era aplicable al caso y que el Estado había violado la norma.

En el caso *Feldbrugge*⁷⁴ la actora, de nacionalidad holandesa, había pedido su baja de la Oficina Regional de Empleo a raíz de una enfermedad que la incapacitaba para trabajar, pero con posterioridad un órgano administrativo le suspendió las prestaciones por enfermedad que venía recibiendo al entender, luego de una revisión médica, que se encontraba apta para la actividad laboral. La actora recurrió esa decisión en sucesivas instancias administrativas, con resultados negativos. Sin embargo, alegó que por errores de procedimiento imputables a los organismos públicos, entre ellos las limitaciones a su facultad de participar en el proceso y el carácter restrictivo de los recursos disponibles, no había gozado del acceso a un procedimiento que cumpliera con la totalidad de las garantías del artículo 6.1 del Convenio. La resolución del caso exigió que el TEDH desentrañara, al igual que en el anterior precedente, la naturaleza del derecho al seguro médico en la legislación holandesa. Algunas razones conducían a considerarlo un derecho público, como la obligatoriedad de la afiliación al seguro, la regulación legal de la prestación y el hecho de que fuera el Estado quien asumía la responsabilidad de asegurar. Otras razones conducían a considerarlo un derecho de índole privada, como su naturaleza personal y económica, su vinculación con un contrato individual de trabajo, el hecho de que la prestación tuviera la función de sustituir su salario de actividad, la utilización de técnicas de aseguramiento similares a las del derecho común, así como la participación de trabajadores en el régimen del seguro. Pese a que el derecho en cuestión era considerado un derecho de carácter público para el derecho holandés, según el principio de autonomía interpretativa tal circunstancia no se estimó relevante. Finalmente se entendió que se trataba de un derecho comprendido en el artículo 6.1 y que el Estado había violado la norma.

En el año 1993 el TEDH avanzó aún más en el tema al admitir en los casos *Salesi v. Italia* y *Schuler-Zgraggen v. Suiza* la aplicación del artículo 6.1 a cuestiones vinculadas con beneficios de la seguridad social instituidos con carácter de derecho público. De tal modo se fijó el principio de que, independientemente de que el seguro, la asistencia social o la prestación remita a características de derecho privado (principalmente, que pueda vincularse con un contrato de empleo) o

74. TEDH, caso *Feldbrugge* del 29 de mayo de 1986 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 99). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., pp. 499-518.

se encuentre garantizado sólo por el derecho público, le son aplicables todos los estándares que configuran la garantía general del debido proceso cuando se trata de un derecho individual y económico originado en una norma legal.

En *Salesi*⁷⁵, el TEDH aplicó el artículo 6.1 en relación a una prestación mensual por discapacidad que el reclamante recibía como asistencia social por carecer de medios básicos de subsistencia. El beneficio no derivaba de un contrato de trabajo, ni requería ningún pago o contribución. Había sido instituido por una norma que implementaba el artículo 38 de la Constitución italiana según la cual todos los ciudadanos que no estén en condiciones de trabajar y necesiten el sustento básico para vivir deben ser provistos de los medios para su subsistencia por la asistencia social. Por lo demás el servicio lo prestaba exclusivamente el Estado italiano. En este caso el TEDH señala que su interpretación del artículo 6.1 era aplicable en materia de seguros sociales —*social insurance*— aun cuando el beneficio del actor fuera más próximo a una prestación de asistencia social y no un seguro social.

En *Schuler-Zgraggen*⁷⁶, el TEDH avanza más en la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales bajo la protección de la cláusula de debido proceso, al entender que el artículo 6.1 es aplicable a los seguros sociales, incluyendo la asistencia social. En este caso la garantía del debido proceso se combina con la violación del artículo 14 del Convenio —prohibición de discriminación en el goce de los derechos consagrados en éste—, pues a la reclamante se le había denegado una pensión por invalidez bajo el curioso razonamiento de que por ser mujer casada y con un hijo de dos años, eran escasas las posibilidades de que, aun estando sana, volviera a trabajar, en lugar de ocuparse de sus tareas hogareñas como esposa y madre⁷⁷.

En el sistema interamericano de derechos humanos no existen obstáculos *a priori* para aplicar la garantía de debido proceso del

75. TEDH, caso *Salesi v. Italia* del 26 de febrero de 1993 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 257-E).

76. TEDH, caso *Schuler-Zgraggen v. Suiza* del 24 de junio de 1993 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 263). Afirma el TEDH: «El artículo 6.1. se aplica al campo de la seguridad social, incluyendo aun la asistencia social».

77. Este argumento fundado «en la experiencia de la vida cotidiana» fue utilizado como justificación de su fallo del 21 de junio de 1988 por el tribunal suizo (*Federal Insurance Court*) y consta en el § 29 del fallo del TEDH: «Al momento en que fue tomada la decisión controvertida..., el niño tenía menos de dos años, y en consecuencia, haciendo un balance de las probabilidades..., debe asumirse que la peticionante, aunque su salud no se hubiera visto afectada, sólo se hubiera ocupado de sus tareas de ama de casa y madre».

artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos a los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto la norma sostiene que es aplicable a cualquier proceso en el que se determinen obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole. La norma de la CADH es aún más rigurosa que la del artículo 6.1 del CEDH pero —aunque resulte extraño si consideramos el estado deplorable de los sistemas de administración de justicia en América Latina y la situación económica de la región— no existe ningún precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interprete esta garantía en relación a los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de interpretar la garantía del artículo 8 de la CADH en relación con la imposibilidad de acceso a la justicia por motivos económicos, al momento de dilucidar el sentido del artículo 46.2 de la CADH, y de establecer excepciones a la regla del agotamiento de recursos internos. En tal sentido sostuvo que en aquellos casos en que resulta necesaria la representación legal para el ejercicio del debido proceso, la persona no puede obtenerla —por ejemplo por carecer de recursos— y el Estado no la brinda, no es obligatorio agotar los recursos internos⁷⁸.

b.2) Los elementos componentes de la garantía del debido proceso para la protección de derechos económicos, sociales y culturales

Establecida la aplicabilidad de la garantía del debido proceso a los derechos económicos, sociales y culturales, la próxima cuestión que debe analizarse es el alcance de esa aplicación: ¿cuáles de los elementos que componen esa garantía resultan relevantes para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales? Es evidente que algunos componentes de la garantía del debido proceso, tal como se la formula, por ejemplo, en el artículo 8 de la CADH, pero también en la dogmática y jurisprudencia constitucional de muchos países tanto de tradición jurídica continental como anglosajona, resultan de inestimable valor para la efectividad de los derechos sociales.

En tal sentido, uno de los obstáculos centrales para el acceso a los

78. CIDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, «Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2. a y 46.2. b CA)». Inspirándose en el caso *Airey*, la Corte sostuvo que: «Las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso» (§ 28).

tribunales de Justicia es la condición económica y social de los justiciables. Numerosas cuestiones vinculadas al acceso, como los costos del proceso y la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos, resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por lo demás, existen circunstancias propias del diseño y el funcionamiento de los mecanismos judiciales que tienen efecto directo sobre estos derechos. Así, por ejemplo, resulta relevante la garantía de «tiempo razonable» aplicada a los procesos en los que se determinan obligaciones en materia de derechos económicos y sociales, pues resulta obvio que la duración excesiva de los procesos puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos que, como se sabe, se rigen por la urgencia, forzando a la parte débil a transar o resignar la integridad de su crédito.

La ausencia de mecanismos judiciales adecuados para efectuar una revisión amplia de las decisiones administrativas también tiene efectos directos sobre la vigencia de los derechos sociales, desde que muchos de estos derechos dependen de la adopción de decisiones administrativas. Sin duda se trata de aquellos derechos más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos, pues suele ser mayor el margen de discrecionalidad del Estado para la fijación de muchas de las prestaciones que constituyen su objeto. Basta pensar, por ejemplo, en la concesión de pensiones o subsidios de desempleo.

Por último, durante el proceso, es común que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en juicio. La desigualdad procesal puede darse también en el litigio de casos vinculados a derechos sociales frente al Estado, como resabio de las posiciones tradicionales del derecho administrativo que suelen conferir privilegios al Estado en su relación con los administrados. Por ello, la igualdad de armas entre los litigantes en un proceso en el que se ventilan derechos sociales es otro punto central en cualquier estrategia de defensa de estos derechos a partir del mejoramiento de los mecanismos judiciales.

En numerosos casos del ámbito del sistema europeo de protección de derechos humanos el plazo razonable de duración de los procesos, el margen de revisión judicial de decisiones administrativas, y el principio de igualdad de armas han sido utilizados para proteger la posición del titular de un derecho económico, social y cultural.

El TEDH consideró casos relacionados con la *demora irrazonable de procesos* en los que se ventilaban derechos sociales. Un punto que se debe considerar es que el TEDH tuvo especialmente en cuenta

las características de los derechos sociales en juego para aplicar un criterio estricto al considerar la demora de los procedimientos. Así, en el mencionado caso *Deumeland*, al considerar el tiempo empleado por los tribunales alemanes para examinar un proceso de la seguridad social (más de 10 años), entendió que de acuerdo a las circunstancias de la causa «semejante duración se revela anormal, teniendo en cuenta la particular diligencia requerida en materia de seguridad social»⁷⁹.

En el caso *Lombardo v. Italia*⁸⁰, en concordancia con la consideración de la materia involucrada en el caso, el TEDH evaluó la «importancia de aquello que está en juego para el denunciante». En el caso, el denunciante reclamaba en el ámbito interno la obtención de beneficios de la seguridad social. En igual sentido, se pronunció en el caso *Submann v. Alemania*, en el que expresó que «el carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia en cada caso a la vista de las circunstancias que concurren y teniendo en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes y de las autoridades y la importancia de lo que está en juego para el peticionante en el litigio»⁸¹.

En aplicación del criterio descripto, el TEDH ha requerido particular diligencia en casos concernientes a la situación laboral del denunciante⁸².

Como vimos, uno de los obstáculos de orden procesal para la exigibilidad de los derechos sociales es la falta de mecanismos adecuados para la ejecución de las sentencias cuando imponen a los estados obligaciones de hacer. Otro de los elementos que debe tenerse en cuenta, en particular en los casos vinculados con derechos de la seguridad social, es el dictado de normas de emergencia que tienden a condicionar los pagos a la disponibilidad de recursos presupuestarios, demorando las ejecuciones y por lo tanto el cobro de los beneficios. Este tipo de normas de emergencia es común en América Latina. En la jurisprudencia europea, un punto central para tomar en consideración es que el plazo razonable de los procesos, se extiende durante el período de la ejecución de las sentencias⁸³. En el ámbito interamericano, se han pro-

79. TEDH, caso *Deumeland*, sentencia del 29 de mayo de 1986.

80. TEDH, caso *Francesco Lombardo*, sentencia del 26 de noviembre de 1992.

81. TEDH, caso *Submann v. Alemania*, Petición n.º 20024/92, sentencia del 16 de septiembre de 1996.

82. TEDH, caso *Buchholz v. Alemania*, § 52 (1981) y *Obermeier v. Alemania*, A 179, § 72 (1990).

83. Así el TEDH considera que la ejecución de una sentencia de cualquier jurisdicción debe ser considerada parte integrante del proceso. Ver TEDH, caso *Immobiliare Saffi v. Italia*, sentencia del 28 de julio de 1999. Afirma el tribunal que «el derecho a acceder a un tribunal —art. 6— protege igualmente el cumplimiento de las

movido varias denuncias contra la Argentina y el Perú, alegando que las denominadas leyes de emergencia económica que demoran irrazonablemente las ejecuciones de sentencias en materia previsional, al condicionarlas a la disponibilidad de recursos presupuestarios, implican una vulneración del derecho a las garantías judiciales.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también entiende que el principio de igualdad de armas es parte de la garantía del debido proceso y expresa reiteradamente, en relación con el carácter adversarial del procedimiento civil, que requiere un justo balance entre las partes, aun cuando una de ellas sea el propio Estado. En tal sentido ha afirmado que: «(T)odo el que es parte de tales procedimientos debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial *vis-a-vis* su oponente»⁸⁴. El TEDH adoptó esta misma fórmula en el contexto de «derechos y obligaciones civiles» en el caso *Dombo Beheer v. Países Bajos*⁸⁵. El TEDH entiende que el principio incorpora la idea de «un justo balance» entre las partes. Así, el TEDH dijo que el principio de igualdad de armas equivalía al derecho a presentar el caso ante un tribunal en igualdad de condiciones⁸⁶. En este mismo sentido, es dable entender que la posibilidad de presentación de alegatos también debe ser equitativa para ambas partes, como también la posibilidad de contestar esos alegatos⁸⁷. La igual-

decisiones judiciales definitivas y obligatorias que, en un Estado que respeta la preeminencia del derecho, no pueden resultar inoperantes en detrimento de una parte, razón por la cual la ejecución de una decisión judicial no puede retardarse excesivamente».

84. TEDH, caso *Kaufman v. Bélgica*, n.º 5.362/72, 42 CD 145 (1972) y caso *Bendenoun v. Francia*, A 284, § 52 (1994).

85. TEDH, caso *Dombo Beheer v. Países Bajos*, A 274, § 34 (1993).

86. En el caso *Foucher v. Francia*, la justicia francesa impidió a un particular el acceso a archivos criminales, y también le negó los pedidos de copias de los documentos allí contenidos. Por ende, el tribunal de apelación de la causa sólo se basó sobre informes oficiales para dictar sentencia. Ante esta situación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que: «(D)e acuerdo con el principio de igualdad de armas, como parte del concepto más amplio del debido proceso, cada parte debe tener la oportunidad de presentar su caso en condiciones que no lo sitúen en desventaja con respecto a su oponente». TEDH, caso *Foucher v. Francia*, fallo del 18 de marzo de 1998, considerando 34.

87. En el caso *Ruiz Mateos v. España*, en el cual se procuraba la restitución de bienes expropiados por el Estado español, el abogado del Estado, adversario en el proceso civil, pudo presentar ante el Tribunal Constitucional de España observaciones escritas sobre la compatibilidad de la ley 7/1983 y el artículo 24.1 de la Constitución española, en tanto el particular no pudo hacerlo. A este último sólo se le consideró lo dicho en el escrito de demanda inicial. Ante esta situación el TEDH entendió que «el principio de igualdad de armas representa un elemento de la noción más amplia de proceso equitativo, el cual engloba también el derecho fundamental al carácter contra-

dad entre las partes en la presentación del caso, comprende tanto la posibilidad de producción de prueba como la facultad de impugnar debidamente las pruebas producidas por la parte contraria. El derecho a impugnar la prueba o realizar alegatos en igualdad de condiciones con el Estado demandado fue especialmente establecido en relación con causas en las que se discutían derechos sociales.

Así, en el ya mencionado caso *Feldbrugge v. Holanda*, sentencia del 29 de mayo de 1986, en el que se discute el derecho a las prestaciones económicas de la seguridad social, el presidente de la Comisión de Apelaciones no había prestado audiencia, ni permitido alegaciones escritas de la señora Feldbrugge, ni dado oportunidad a la demandante para rebatir los informes médicos que fundamentaron la decisión. Si bien el TEDH dijo que «no se ha producido vulneración del principio de igualdad de medios, inherentes al concepto de un proceso justo» en virtud de que la Asociación tampoco hubiera podido formular alegaciones, afirmó que «el procedimiento referido ante la Presidencia de la Comisión de Apelaciones, en aplicación de la ley holandesa, evidentemente no permitía una adecuada participación de las partes, y mucho menos en la fase final del proceso. Para comenzar, el presidente ni prestó audiencia al demandante, ni le solicitó que remitiera alegaciones por escrito. En segundo lugar, tampoco dio la oportunidad a la demandante o su representante para conocer y criticar los dos informes, fundamento de la decisión, emitidos por los asesores médicos» concluyendo que «se ha producido un quebrantamiento del artículo 6.1» dado que «el proceso ante la Presidencia de la Comisión de Apelaciones no respetó en grado suficiente una de las garantías básicas del proceso judicial»⁸⁸.

En otros casos el TEDH afirmó el *derecho de las personas a impugnar* los dictámenes que emanaban de órganos públicos que, de una u otra manera, dependían del Estado, que era al mismo tiempo parte de un proceso adversarial⁸⁹.

dictorio de la instancia». Y agrega más adelante: «En el marco de un procedimiento relativo a un derecho civil y en el que son partes personas de ese círculo, se les debe garantizar, en principio, el libre acceso a las observaciones de las demás partes, y una verdadera posibilidad de comentarlas». TEDH, caso *Ruiz Mateos v. España*, fallo del 23 de junio de 1993, considerandos 15, 61, 63 y 65.

88. TEDH, caso *Feldbrugge*, sentencia del 29 de mayo de 1986, considerando 44.

89. Así, en el caso *Bönisch*, sentencia del 6 de mayo de 1986, el demandante es objeto de sanciones por contener sus productos sustancias peligrosas más allá de lo legalmente permitido. El Instituto para los Productos Alimenticios impulsa el proceso contra el señor Bönisch y a su vez su director ejerce el papel de perito. Según el tribunal, el perito actúa como testigo de cargo y, en consecuencia, el principio de igualdad de armas exige el equilibrio entre su audición y la de las personas que fueran oídas a petición de la defensa. Tal equilibrio no se da en el caso porque el perito jugaba

El derecho a impugnar dictámenes emitidos por órganos dependientes del Estado cuando éste es parte de un procedimiento adversarial ha sido establecido claramente por la jurisprudencia del TEDH en casos relacionados con la determinación de derechos sociales.

En el caso *Lobo Machado v. Portugal*⁹⁰ el denunciante era un ingeniero empleado por una compañía petrolera que fue nacionalizada por el Estado portugués en el año 1975. En 1980, el peticionante se jubiló. En 1986, inició una demanda ante el tribunal industrial alegando que, luego de jubilado, había sido clasificado erróneamente en un grado inferior a efectos de los beneficios de la seguridad social y, en consecuencia, solicitaba el pago de las sumas que consideraba se le debían. La demanda fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia. El peticionante apeló a la Corte Suprema. En el año 1989, el procurador general, en representación del Estado, emitió opinión ante la Corte Suprema sugiriendo que el caso había sido ya considerado y debía ser rechazado. El denunciante no había tenido la oportunidad de acceder a este dictamen ni contestar las consideraciones allí vertidas. La Corte Suprema finalmente rechazó la apelación. Durante las deliberaciones de la Corte, estaban presentes tres miembros de la Corte, un registrador y un miembro del departamento de la Procuración General. Ante la Comisión Europea y el TEDH, el peticionante denunció la violación del artículo 6.1 del CEDH y en lo que aquí interesa alegó que la Corte Suprema de Portugal permitió injustamente que durante las deliberaciones estuviera presente un miembro del departamento de la Procuración General al tiempo que se negó a que el denunciante respondiera a las alegaciones efectuadas por ese organismo público. El TEDH expresó:

un papel predominante. El TEDH dijo: «En principio, su audiencia durante la vista no es contraria al Convenio, pero el principio de igualdad de armas, consecuencia directa de la noción de proceso equitativo e ilustrada por el párrafo 3.d) del artículo 6, exigía el equilibrio entre esta audiencia y la de las personas que, a cualquier título, pudieran ser oídas a petición de la defensa». Agregó el TEDH: «El Tribunal considera, con la Comisión, que no se ha observado tal equilibrio en los dos procedimientos en cuestión: en primer lugar, el director del Instituto fue nombrado perito [...] por lo cual tendría que desarrollar una función de asistencia neutra e imparcial al Tribunal [...] Varios datos ilustran el papel predominante que ha juzgado el director. En calidad de perito podía asistir a toda la vista, plantear, con autorización del juez, preguntas al acusado y a los testigos y comentar sus declaraciones en el momento oportuno. Mientras tanto, el testigo designado por la defensa fue admitido a comparecer ante el tribunal sólo en momento de su testimonio, durante éste fue interrogado tanto por el juez como por el perito...» (TEDH, caso *Bönisch*, sentencia del 6 de mayo de 1985, considerando 32).

90. *Application* n.º 15.764/89, del 23 de febrero de 1996.

Teniendo en cuenta entonces el interés que estaba en juego para el denunciante en el proceso ante la Suprema Corte, la naturaleza de la opinión del Procurador General, por la que se sugirió el rechazo del caso y el hecho de que fue imposible para el señor Lobo Machado obtener una copia del dictamen y contestarlo con anterioridad a la emisión de la sentencia, se ha violado el derecho a un proceso judicial adversarial. Este derecho, significa, en principio, la oportunidad para las partes, ya sea en procesos civiles o penales, de tener conocimiento y alegar sobre toda la prueba producida y las consideraciones efectuadas, aunque sea por un miembro independiente del servicio legal nacional, que tenga por finalidad influenciar en la decisión de la Corte (párrafo 31).

Por último merece señalarse que en otros casos vinculados a la determinación de derechos sociales, el TEDH indicó que el principio de «igualdad de armas» requiere que las partes en procedimientos judiciales puedan examinar a los testigos de la parte contraria⁹¹, sean informadas de los fundamentos de las decisiones administrativas y en consecuencia puedan recurrirlas⁹² y se las faculte a impugnar dictámenes en términos equitativos⁹³.

En la jurisprudencia argentina, el principio de igualdad de armas fundó la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de la legislación previsional que autorizan al Estado a oponer una excepción de falta de recursos presupuestarios, sobre la base de un dictamen emitido por un órgano estatal⁹⁴.

91. TEDH, caso *X v. Austria*, n.º 5.362/72, 42 CD 145 (1972). Cf. D. J. Harris, M. O. O'Boyle y C. Warbrick, *op. cit.*, p. 209.

92. TEDH, caso *Heinrich v. Francia*, A 269-A, § 56 (1994).

93. TEDH, caso *Schuler-Zgraggen v. Suiza*, A 263 § 8 (1993). Cf. D. J. Harris, M. O. O'Boyle y C. Warbrick, *op. cit.*, p. 209.

94. En el caso *Ciampagna*, la Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social cuestionó severamente la Ley de Solidaridad Previsional al declarar la inconstitucionalidad de sus artículos 16 y 17. El Tribunal sostuvo que la defensa de limitación de recursos opuesta al reclamo de reajuste del haber jubilatorio encubre el propósito de condicionar la responsabilidad del posible condenado ante la sentencia y afecta en definitiva su eficacia, lo que constituye una injerencia en la órbita de reserva del Poder Judicial. Más que como una defensa funciona entonces como una «auto-sentencia absolutoria» en favor del deudor, «lo que entroniza la más escandalosa injusticia en el proceso y reduce al acreedor a la más absoluta indigencia jurídica». Por lo demás, sostiene el fallo, la potestad excluyente de la Auditoría General de la Nación para cumplir la función pericial, afecta la división de poderes, pues sustrae al magistrado el control de los peritos y en definitiva la supervisión del proceso, en beneficio de otro poder del Estado. Afecta además la igualdad de las partes en el proceso, pues la Auditoría es un órgano del Estado demandado en el juicio. Ambas normas impugnadas afectan además el derecho a la jurisdicción conferido por los tratados internacionales de rango constitucional, que no se agota en el acceso ante el órgano judicial, sino que requiere también un debido proceso, con derecho de defensa e igualdad de las partes y

Como vimos, otro de los recaudos de la garantía del debido proceso que guarda íntima relación con la protección de derechos económicos, sociales y culturales, es el derecho a la *revisión judicial de decisiones administrativas*.

La jurisprudencia del TEDH exige que el Estado parte garantice el derecho de recurrir las decisiones administrativas ante un tribunal que ofrezca las garantías contenidas en el artículo 6 del CEDH, similar, valga remarcar, al artículo 8 de la CADH. Respecto al ámbito de revisión que le compete al tribunal de justicia, los pronunciamientos del TEDH son coincidentes en señalar que el tribunal que revisa decisiones administrativas debe tener una jurisdicción amplia, vale decir, tanto sobre el derecho como sobre los hechos. Ello por cuanto el individuo debe tener la posibilidad de que en definitiva sea un juez, con las debidas garantías de independencia e imparcialidad, quien resuelva sobre el mérito de sus pretensiones⁹⁵. Los pronunciamientos que sobre esta cuestión ha efectuado el Tribunal Europeo sugieren que el tribunal que revise decisiones adoptadas en sede administrativa, además de revestir las garantías requeridas por el artículo 6.1 debe tener una jurisdicción de apelación plena (*full appellate jurisdiction*) para controlar lo actuado en punto a la determinación de los hechos y el derecho aplicable, al menos en casos que no involucran cuestiones de política general.

efectividad de la sentencia que finalmente se dicte (Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social, Sala II, *Ciampagna, Rodolfo N.*, 11 de abril de 1997: *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 17 de julio de 1997, con nota de G. Bidart Campos y W. Carnota, «Economicismo, Constitución y Seguridad Social», p. 36).

95. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia es abundante. Así, por ejemplo, en el caso *Albert y Le Compte v. Bélgica* los denunciantes eran médicos que alegaban la inexistencia en el orden jurídico interno de una vía legal adecuada para recurrir decisiones disciplinarias adoptadas en su contra por una asociación profesional. Las decisiones de este órgano administrativo sólo podían ser recurridas ante un órgano de igual naturaleza que la asociación, cuyas decisiones, a su vez, se debían recurrir por casación ante la Corte de Casación Belga. El Tribunal Europeo manifestó que el Convenio requiere que los órganos administrativos que aplican sanciones disciplinarias cumplan con los requisitos exigidos por el art. 6, o en su defecto, sus decisiones deben estar sujetas al control de un órgano judicial que tenga jurisdicción plena (*full jurisdiction*) y cumpla con las garantías prevista en el artículo 6.1 del Convenio Europeo. El Tribunal Europeo consideró que en el caso no se había cumplido con el artículo 6.1, ya que la asociación profesional, que ejercía poderes disciplinarios y podía resolver sobre los méritos del caso, no tramitaba el proceso en forma pública, y porque la Corte de Casación, que cumplía con los requisitos procedimentales del artículo 6.1, sólo podía considerar los aspectos legales dentro del margen acotado de este recurso (TEDH, caso *Albert y Le Compte v. Bélgica*, A 58, § 29 [1983]. Cf. D. J. Harris, M. O. O'Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention of Human Rights*, Londres, 1995, p. 192).

La garantía también se ha aplicado directamente a derechos sociales. En el caso *Obermeier v. Austria*, por ejemplo, el reclamante había sido despedido por un órgano gubernamental que motivó su decisión expresando que la cesantía estaba «socialmente justificada». A pesar de que era posible recurrir tal decisión ante la Corte Administrativa austríaca sobre la base de que el órgano gubernamental había ejercido su discreción de manera incompatible con el objeto y el fin de la ley, el TEDH entendió que una revisión tan limitada, violaba el artículo 6.1 del Convenio europeo⁹⁶.

De tal modo, al existir una relación directa entre la idoneidad del mecanismo judicial y la integridad de los derechos económicos, social y culturales, el litigio que procura la remoción de los condicionantes económicos en acceso a la justicia, la fijación de un plazo razonable de los procesos sociales, la efectiva igualdad de armas en el proceso, y la adecuada revisión judicial de las decisiones administrativas entre otras cuestiones, representa un camino indirecto de enorme utilidad para la exigibilidad de estos derechos.

Cabe señalar por último las posibilidades de exigibilidad indirecta de derechos sociales que se abren a partir de la garantía de acceder a un *recurso judicial efectivo*. Como vimos en el capítulo 2 el Comité ha impuesto a los Estados importantes obligaciones de adecuar los recursos judiciales y otros recursos internos, a fin de que actúen como recursos efectivos para la tutela de los derechos consagrados en el PIDESC. Sin embargo, tal como hemos mencionado en este mismo capítulo con relación a los obstáculos a la exigibilidad de estos derechos, los recursos judiciales disponibles en la jurisdicción interna del Estado pueden no resultar adecuados para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, si no están diseñados para atender algunas de sus principales características. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con aquellas acciones creadas originalmente para la tutela de derechos civiles o políticos, cuando no admiten su empleo en conflictos de orden colectivo, al no prever su utilización por grupos de afectados o la posibilidad de demandar en representación de esos grupos. Además, como puntualizáramos, un proceso ordinario puede ser inefectivo para tutelar un derecho económico, social y cultural, cuando no prevé un mecanismo de ejecución de sentencias idóneo para superar los problemas típicos que suelen tener en esta instancia procesal las sentencias que imponen al Estado obligaciones de hacer —tal como la obligación de rediseñar su política en materia de vi-

96. TEDH, caso *Obermeier v. Austria*, A 179 § 70 (1990); cf. D. J. Harris, M. O. O'Boyle y C. Warbrick, *op. cit.*, p. 193.

vienda, o de finalizar un laboratorio para fabricar una vacuna—. Si las sentencias se tornan inoperantes por la falta de un diseño adecuado de los procedimientos judiciales, estaríamos frente un típico caso de carencia de recurso judicial adecuado y efectivo para la tutela de un derecho. De tal modo, la falta de recursos adecuados y efectivos en el orden jurídico interno de los Estados para tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, puede ser cuestionada apelando a las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceder a ese recurso. Si de verdad tenemos un derecho, debemos tener una acción. Estas normas consagran, en definitiva, el derecho del titular de un derecho, a tener una acción para su tutela. Este derecho abre un marco de posibilidades de exigibilidad, pues nos ayuda a enfocar desde una nueva perspectiva el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales. La falta de una acción adecuada para tutelar un derecho social, lejos de ser considerada una prueba de la imposibilidad de exigir estos derechos judicialmente, puede ser entendida en determinados supuestos, a la luz de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como la vulneración del derecho a tener una acción, del derecho de acceder a un recurso efectivo para la tutela del derecho. En este sentido, la interpretación que el Comité ha hecho de esta obligación bajo el artículo 2 del PIDESC será de enorme valor para apoyar esta estrategia⁹⁷.

97. La jurisprudencia sobre recurso judicial efectivo es clara en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Así, en el caso *Genie Lacayo*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado al respecto que «los artículos 25 y 1.1 de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno: los artículos 25 y 1.1 requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados partes. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con ésta del derecho interno de los Estados partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1.1 de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurrir en violación de los artículos 25, 1.1. y 2 de la Convención».

El tribunal ha analizado el tema también en relación con la necesidad de agotar recursos internos, fijando los alcances del concepto de recurso judicial efectivo en la Convención Americana ya desde sus primeros pronunciamientos. Así, en el caso *Velázquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C n.º 4, entiende que de acuerdo a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, los recursos judiciales deben existir no sólo formalmente, sino que deben ser efectivos y adecuados. «Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables

b.3) El debido proceso legal ante la afectación de un derecho social

Una segunda variante de empleo de la noción de debido proceso está dada por las connotaciones vinculadas con el principio de legalidad, es decir, el requisito de ciertas condiciones formales indispensables que se deben cumplir si el Estado pretende afectar o conculcar un derecho. En este sentido resultan relevantes exigencias tales como las de ley previa en sentido formal, la notificación previa de la medida por parte de la administración, el derecho a ser oído, aun en sede administrativa, etc. Dos ejemplos ilustrarán esta perspectiva.

En el caso *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*⁹⁸ de 1986, la Corte Suprema de la India analizó una acción de tutela promovida por diversos grupos de personas que habitaban en viviendas

en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable... Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido». Ver Corte IDH, caso *Velázquez Rodríguez*, § 64 y 66.

En el sistema europeo, la jurisprudencia sobre recurso judicial efectivo ha obtenido un importante desarrollo en los casos recientes contra Turquía. Así, en *Mahmut Kaya v. Turquía*, sentencia del 28 de marzo de 2000, el TEDH ha sostenido que «el artículo 13 de la Convención garantiza la disponibilidad en el nivel nacional de un recurso para exigir la sustancia de los derechos y libertades de la Convención cualquiera sea la forma en que éstos pudieran ser asegurados en el nivel doméstico. El efecto del artículo 13 es entonces el de requerir la provisión de un recurso doméstico para atender las demandas sustanciales que pudieran iniciarse bajo la Convención y garantizarles un remedio apropiado, sin embargo, los Estados parte tienen alguna discreción acerca de la manera en que cumplirán con esta cláusula. El alcance de la obligación impuesta por el artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de las peticiones de las víctimas. Sin embargo, el remedio requerido por el artículo 13 debe ser «efectivo» en la práctica tanto como en la norma, en particular en el sentido que su ejercicio no debe ser impedido injustificablemente por actos u omisiones de las autoridades estatales». Ver al respecto además, *Aksoy v. Turquía*, sentencia del 18 de diciembre de 1996; *Aydın v. Turquía*, sentencia del 25 de septiembre de 1997; y *Kaya v. Turquía*, sentencia del 19 de febrero de 1998. Sobre el tema de la falta de recursos internos en casos de violaciones sistemáticas de derechos humanos puede consultarse A. Reidy, F. Hampson y M. Boyle, «Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the case of Turkey»: *Netherland Quarterly of Human Rights* 15/2 (1997), pp. 161-173.

98. Corte Suprema de la India, caso *Olga Tellis and others, Petitioners v. Bombay Municipal Corporation and Others, Respondents*, y *Vayyapuri Kuppasami and Others, Petitioners v. State of Maharashtra and Others, Respondents*, AIR 1986 Supreme Court 180, del 7/10/85. Agradecemos a Beth Lyon por facilitarnos gentilmente el material. Pueden verse comentarios al caso en D. J. De, *New Dimensions of the Constitutional Law*, Nueva Delhi, 1991, pp. 82-82; S. Ahuja, *People, Law and Justice. Casebook on Public Interest Litigation I*, Nueva Delhi, 1997, pp. 336-346 y 351-359.

precarias construidas en las aceras, pasillos y espacios públicos adyacentes a las calles de la ciudad de Bombay, con el propósito de hacer cesar los desalojos masivos y las relocalizaciones forzosas que realizaba la Corporación Municipal de Bombay con el auxilio de la policía. Los peticionantes eran mujeres y hombres que habían emigrado desde zonas rurales a la ciudad en busca de trabajo y recursos mínimos de subsistencia. Aproximadamente la mitad de la población de la ciudad habitaba en construcciones precarias sobre las aceras, pasillos y en lugares públicos adyacentes a las calles. El gobierno local ya venía realizando desalojos forzosos masivos y sometía a esta población a un continuo hostigamiento, pero había tomado la decisión de deshacerse definitivamente del problema. Luego de anunciar mediante avisos públicos en periódicos que todas las personas sin hogar que vivían en las calles de la ciudad de Bombay serían desalojadas por la fuerza y deportadas a sus respectivas ciudades de origen o a zonas de la periferia, se encargó a la Corporación Municipal proceder al desalojo y a la relocalización con el auxilio de la policía, encomendándosele la demolición de las viviendas precarias. Algunos de los peticionantes habían sido desalojados y transportados en autobuses a las afueras de la ciudad, pero habían vuelto luego para ocupar de nuevo otro lugar en las calles. Los demandantes requerían al tribunal que frenara los desalojos hasta no tener acceso a un debido proceso fijado por ley y recibir alojamiento alternativo. También requerían que se impidiera la demolición de las casillas y en los casos de demoliciones ya consumadas, se restituyera el valor de las mismas a sus moradores.

La Constitución de la India no protege expresamente el derecho a la vivienda, pero los demandantes invocaron el artículo 21 que consagra el derecho a la vida⁹⁹. Si bien no cuestionaban la afirmación de que carecían de un derecho a vivir en las aceras junto a las calles de la ciudad, alegaban que tenían derecho a vivir y que para ello debían contar con algún medio de subsistencia. No habían tenido más opción que emigrar desde las zonas rurales y procurar esos medios en la ciudad de Bombay y habían fabricado sus moradas en zonas cercanas a sus lugares de trabajo, en las que muchos de ellos residían desde hacía más de veinte años. El derecho a la vida, aducían, es ilusorio sin el derecho a los medios esenciales de subsistencia. Al ser privados de la vivienda se verían forzados a perder el empleo y dejar la ciudad, careciendo de toda posibilidad de obtener medios de vida en las zonas rurales o en la periferia. El derecho a la vida no

99. Ilustraremos este punto al analizar otro caso de la Corte Suprema de la India, ver caso *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity*, pp. 204 ss., *infra*.

puede ser restringido sino a través de los procedimientos establecidos por la ley, que deben ser adecuados y razonables y no arbitrarios. Los procedimientos fijados por la legislación que autorizaba a actuar a la Corporación Municipal y la policía de la ciudad no reunían, en opinión de los demandantes, esos requisitos.

En esta acción no se buscaba entonces reclamar el derecho de acceso a la vivienda, sino proteger la tenencia precaria impugnando la política municipal de desalojos masivos, demolición de viviendas y relocalización, con argumentos fundados centralmente sobre el concepto de debido proceso. Para poder invocar la protección estricta de debido proceso en el esquema constitucional, los actores construyeron su argumento sobre el derecho fundamental a la vida, derivando de éste la protección de sus actuales medios de subsistencia que incluían la conservación del espacio público en el que vivían, reclamando de manera alternativa el suministro de otro sitio para vivir.

El gobierno de Maharashtra justificaba los desalojos invocando su deber de mantener el libre acceso a las calles y lugares públicos destinados al tránsito de personas, y de evitar además los problemas sociales y ambientales que provocaba el hacinamiento. Alegaba también que las relocalizaciones habían sido consentidas, ya que existían notas firmadas por algunos peticionantes aceptando los traslados, y que se había limitado a suministrar medios para transportar a las familias a sus ciudades de origen.

La Corte admitió el argumento de los actores, considerando que en el caso resultó afectado el derecho a la vida. El derecho a la vida, según entendió la Corte, puede ser afectado cuando se priva a una persona de sus medios esenciales de subsistencia¹⁰⁰.

100. Luego de analizar las circunstancias históricas que habían motivado la emigración desde las áreas rurales a la ciudad y considerar el contexto económico y social de la población involucrada, el tribunal concluyó que era razonable entender que la privación de la vivienda determinaría en esta situación particular, la privación de los medios de subsistencia. Si bien los actores no habían aportado en cada caso prueba concluyente al respecto, la Corte entendió que frente a problemas sociales como el que implicaba el caso, cuando casi la mitad de la población de Bombay resultaba potencialmente afectada por la decisión, podía acudir a datos empíricos de expertos y agencias oficiales y no oficiales que permitieran determinar la magnitud de la situación. Se trataba de un caso de desalojo, pero no de una persona contra otra: había en juego un conflicto social de proporciones masivas. Ello justificaba apelar a diferentes estándares sobre carga de la prueba. «No sería realista rechazar la acción sobre la base de que los actores no han probado que quedarán desempleados si se los desaloja». Así, sobre la base de información estadística, informes de expertos y los propios datos aportados por el gobierno, y la prueba de que la mayoría de los actores tenían empleos en la ciudad, la Corte concluye que los desalojos conducirían a la privación de los medios de vida habituales de las personas afectadas, y que por lo tanto existía una base material para considerar que el derecho a la vida estaba en juego en el caso.

Al afirmar que el derecho a la vida implica el derecho a no ser privado de los medios esenciales de subsistencia, la Corte deja en claro que no está sosteniendo que el Estado tenga la obligación positiva de proveer esos medios a quien lo requiera. Sin embargo, afirma, ninguna persona puede ser privada de ellos sino sobre la base de un debido proceso establecido por ley. Al analizar detalladamente la legislación que autorizaba a la Corporación Municipal y a la policía a realizar los desalojos masivos sin notificación fehaciente ni derecho de los moradores a ser debidamente oídos en resguardo de sus derechos, considera diversas situaciones que podrían configurar violaciones del debido proceso. La Corte señala que normalmente se limitaría a interrumpir los desalojos e indicar a la autoridad que debe brindar la oportunidad de ejercer el derecho de audiencia del afectado, pero que el caso, por su magnitud y complejidad, requiere otra solución, pues el proceso judicial en sí mismo ha implicado una debida oportunidad de audiencia para los peticionantes. La Corte señala que no existe un derecho de los actores a vivir en las aceras, pasillos y zonas adyacentes a las calles y otros lugares públicos y que el gobierno tiene la facultad de desalojar esos sitios. Sin embargo, ante la complejidad del caso, establece para cada caso un plazo (un mes luego de finalizada la temporada de los monzones) y un mecanismo a fin de que se proceda al desalojo, y fija —para cierta categoría de moradores que habían sido censados por el gobierno— la obligación de suministrarles lugares de residencia alternativos cercanos a sus lugares habituales de trabajo, aunque no como una condición a cumplir previamente a su desalojo. En caso de viviendas construidas más de veinte años atrás y en las cuales se hubieran realizado mejoras, establece que no podrán ser demolidas, salvo que exista interés público en la tierra en la cual se asientan, y en ese caso, se debe indemnizar y relocalizar a los moradores conforme un procedimiento que también se fija en la sentencia.

Un segundo ejemplo proviene de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia venezolana. Se trata de una acción de amparo constitucional presentada por un grupo de alumnos de la Universidad Simón Bolívar contra una medida adoptada por el Consejo Directivo de esa institución, consistente en el establecimiento de un aporte obligatorio mensual a los estudiantes¹⁰¹. La Universidad Experimental Simón Bolívar es una institución de estudios superiores depen-

101. Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa, caso *Iván José Sánchez Blanco y otros v. Universidad Experimental Simón Bolívar*, decisión del 10 de junio de 1999. Agradecemos a Luz Patricia Mejía y a Raúl Cubas la gentil remisión de una copia del caso.

diente del Estado, cuya ley de regulación establece la gratuidad de la educación. El artículo 78 de la Constitución venezolana establece que:

Todos tienen derecho a la educación. El Estado creará y sostendrá escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura, sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y las aptitudes.

La educación impartida por los institutos oficiales será gratuita en todos sus ciclos. Sin embargo, la ley podrá establecer excepciones respecto de la enseñanza superior y especial, cuando se trate de personas provistas de medios de fortuna.

Los demandantes arguyen que el carácter obligatorio de los aportes y su regularidad mensual hacen de éste un requisito indispensable sin el cual cada alumno de la Universidad se ve privado de posibilidad de estudiar allí. Sostienen además que el artículo 78 de la Constitución debe entenderse en un triple sentido: *a*) que la adecuación superior en todo instituto oficial debe ser gratuita; *b*) que sólo mediante ley que expresamente lo contemple se puede cobrar a los alumnos, y *c*) que sólo se les puede cobrar a las personas provistas de medios de fortuna. Las leyes que regulan el funcionamiento de la universidad en cuestión consagran el principio de gratuidad de la enseñanza sin excepción, de modo que cualquier actuación normativa que establezca lo contrario viola la norma constitucional aludida. Invocan también el PIDESC y el artículo 26 de la CADH, señalando la violación del principio de progresividad y de la correlativa prohibición de regresividad.

La Universidad contesta, en lo que aquí resulta relevante, que la disposición de la universidad es equiparable a un acto legislativo, en virtud de delegación hecha por la ley.

La Corte Suprema aborda la cuestión estableciendo primero el alcance de la norma constitucional citada. De acuerdo a la interpretación del tribunal, la norma establece como principio la gratuidad de la educación impartida por institutos oficiales. El principio, no obstante, no es absoluto o ilimitado: se permite mediante ley exceptuar de dicho beneficio a aquellas personas provistas de medios de fortuna. Ello significa que «es de rango constitucional el derecho a la educación gratuita en las instituciones oficiales siendo la excepción, precisamente, la no gratuidad».

En lo que hace al aspecto que más nos interesa aquí, la Corte debe decidir cuál es el alcance del término «ley» en la cláusula constitucional. La Corte señala que, cuando la norma establece que las excepciones al principio de gratuidad sólo pueden establecerse mediante ley,

convierte en materia de reserva legal la regulación de los supuestos en que dicha excepción se aplicará, esto es, que se veda a normas de rango infralegal toda iniciativa en la materia reservada; por lo que los lineamientos generales bajo los cuales operarán las excepciones al principio de gratuidad aludido, deberán siempre ser el producto del ejercicio de potestades legislativas.

Lo anterior, se apresura a señalar la Corte, no implica que una materia sometida a reserva legal no pueda ser desarrollada o complementada por normas de rango inferior. Puede el Legislador autorizar al Ejecutivo para reglamentar sobre esta materia, mediante una habilitación y remisión que sea suficiente.

Pero, al tiempo, se hace necesario que esa actividad reglamentaria sea subordinada y complementaria a la Ley. Es decir, que el reglamento cumple la función de *colaborar* con la Ley en las tareas de definición de aquellos aspectos que, deliberadamente, sólo se han trazado a grandes rasgos o no de manera suficientemente desarrollada o definida.

De ahí, que esa función deba siempre entenderse como una colaboración y de ninguna manera como una sustitución de la Ley, pues lo contrario sería incurrir en una deslegalización y por lo tanto en una degradación de los derechos tutelados por reserva legal. Mucho menos es posible conceptuarla como una «delegación» de potestades legislativas, hipótesis sólo concebible en los específicos supuestos permitidos por la Constitución [...] pues lo contrario implicaría la potestad de innovar —propia de la Ley— en la materia sometida a reserva.

Aplicando estos principios a la situación concreta, la Corte considera que la ley que regula la actividad de la Universidad demandada de ningún modo habilita la posibilidad de que el Ejecutivo pueda incorporar por sí excepciones al principio de gratuidad en materia de educación en instituciones oficiales. La Corte concluye que la estipulación de pago hecha por la Universidad infringe el derecho a la gratuidad, y declara procedente el amparo solicitado.

Como puede observarse, el asunto discutido centralmente en el caso consiste en la violación del procedimiento formal establecido por la Constitución venezolana para limitar o restringir el alcance del derecho a la gratuidad de la educación. La Corte no afirma que el derecho sea inmodificable, sino que el procedimiento empleado por la universidad para arancelar la educación no respeta las garantías formales establecidas por la norma constitucional. No se trata aquí de la exigencia directa de un derecho social: el empleo de las normas procedimentales, tal como la que se discute en el caso, está orientado a la defensa o preservación de una situación de la cual ya se goza¹⁰².

102. La Corte Suprema de los Estados Unidos decidió, en el mismo sentido, que para poder quitar legítimamente beneficios sociales ya recibidos, el Estado debe seguir

c) La protección de derechos económicos, sociales y culturales a través de derechos civiles y políticos

Dada la interdependencia de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, en muchos casos las violaciones de los primeros resultan también afectaciones a los segundos, y viceversa. La tajante diferenciación entre ambas categorías suele desdibujarse cuando se procura identificar los derechos violados en los casos concretos. Muchas veces el interés tutelado por un derecho civil cubre también el interés tutelado por la definición de un derecho social. El límite entre una y otra categoría de derechos resulta ciertamente borroso. Cuando en el derecho interno de los Estados, o bien en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, no existan mecanismos directos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, una estrategia indirecta consiste en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos, de modo que la violación pueda discutirse por esa vía. De manera que otro medio de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales consiste en emplear las vías de protección existentes para derechos civiles y políticos para proteger por conexidad derechos económicos, sociales y culturales. Esta vía resulta de suma importancia en aquellos países, como por ejemplo España y Chile, en el que la protección judicial constitucional a través de acciones tales como la de amparo, de tutela o de protección ha sido restringida a un catálogo cerrado de derechos, que en general coincide con la lista clásica de derechos civiles. De este modo, resulta posible acceder a la tutela judicial en situaciones de flagrante violación de un derecho social. La estrategia puede adoptar al menos dos variantes:

c.1) La «traducción» de la violación de un derecho social a violación de un derecho civil

Una primera variante de esta estrategia consiste en «recontextualizar» o «traducir» la violación de derechos económicos, sociales y culturales, en violaciones a derechos civiles y políticos conexos, cuya justiciabilidad no está puesta en duda. La conexión teórica y práctica entre algunos derechos resulta obvia: por ejemplo, el derecho a la vida y el derecho a la salud, o el derecho a la propiedad y el derecho

un procedimiento que garantice el derecho de audiencia y de defensa al interesado, con asistencia letrada si fuese necesario. La Corte consideró también que la carga de demostrar que la persona no califica para recibir el beneficio la tiene el Estado. Ver *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

a la vivienda, el derecho de asociación y los derechos sindicales, la libertad de expresión, el derecho de manifestación y el derecho de huelga, etc. Se han planteado también conexiones entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la intimidad, y entre éste y derechos culturales, y aun del derecho de protección de la vida familiar, como también del derecho a fijar el lugar de residencia y el derecho a la protección de la vivienda o con mayor precisión con el derecho a no ser objeto de evicciones arbitrarias.

Para implementar esta vía de justiciabilidad resulta conveniente —a fin de resaltar la estrecha vinculación de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales con violaciones a derechos civiles y políticos— poner énfasis en las obligaciones positivas del Estado en materia de derechos civiles y políticos. En muchos casos, si el Estado se limitara a no intervenir, su comportamiento estaría lejos de garantizar el goce del derecho, y más bien equivaldría a abandonar al ciudadano a su propia suerte. Así lo ha entendido en relación con el derecho a la vida consagrado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) el Comité de Derechos Humanos de la ONU, al interpretar dicha norma en el sentido de que de ella deriva la obligación de los Estados de eliminar las amenazas reales en contra de este derecho¹⁰³.

«El Comité ha notado que el derecho a la vida ha sido usualmente interpretado de modo restrictivo. La expresión «derecho a la vida inherente a la persona» no puede ser entendida de una manera restrictiva, y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas. En relación a ello, el Comité considera que sería deseable que los Estados parte adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias».

Pocas dudas caben acerca de que la interpretación amplia del derecho a la vida que realiza el CDH involucra obligaciones del Estado que corresponden a algunos derechos sociales, como el derecho a un nivel de vida adecuado que comprenda estándares apropiados de vivienda y alimentación (art. 11 PIDESC) y el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12 PIDESC), dejando en claro la cada vez más difícil separación entre ambas categorías de derechos¹⁰⁴.

103. Observación General n.º 6, *Report of The Human Rights Committee. Official Records of The General Assembly, 37th Session, Supplement n.º 40 (A 39/40)*, 1982. También ver Observación General n.º 14, sobre el derecho a la vida y las armas nucleares (A 40/40).

104. Sobre la desaparición de los límites entre derechos económicos, sociales y culturales y derechos civiles y políticos ver V. Viljamen, «Abstention or Involvement?»

En sentido similar, la Corte Suprema de la India ha decidido en el caso *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity*¹⁰⁵ que la falta de provisión de servicios médicos de urgencia atenta contra el derecho a la vida de las personas. La decisión resulta sumamente interesante, ya que la Constitución de la India no incorpora directamente derechos económicos y sociales a su declaración de derechos¹⁰⁶, sino que los incluye lateralmente como «directrices fundamentales de la política estatal»¹⁰⁷. Sin embargo, la Corte Suprema de ese país se las ha ingeniado para «leer» prohibiciones y obligaciones positivas para el Estado en estas directrices —de modo que el efecto práctico es que se entiendan como derechos—, o bien —como en el caso que se comenta— para encarar la violación de un derecho social *qua* violación a un derecho civil¹⁰⁸.

Los hechos puestos a consideración de la Corte en esta cuestión eran los siguientes: un trabajador rural cae desde un tren en las afueras de Calcuta y sufre serias lesiones en la cabeza, que incluyen una hemorragia cerebral. El accidentado es trasladado sucesivamente a ocho instalaciones médicas, que por diversos motivos van rechazando su internación. Finalmente, consigue ser admitido en un hospital donde recibe tratamiento, casi un día después del accidente. La cuestión legal que se somete a la Corte es la de decidir si la falta de instalaciones médicas disponibles para el tratamiento de lesiones graves en hospitales estatales supone una violación del derecho fundamental a la vida, garantizado por el artículo 21 de la Constitución de la India. La Corte, al enfrentar esta cuestión, afirma:

La Constitución apunta al establecimiento de un Estado de bienestar, tanto en el ámbito federal como estatal. En un Estado de bienestar, la

The Nature of State Obligations Under Different Categories of Rights», en K. Drzewicki, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, cit., pp. 43-66. La autora señala como ejemplo al respecto la interpretación amplia del derecho civil a elegir el lugar de residencia y su vinculación con el derecho social a la vivienda y por otro lado, cómo numerosos requerimientos vinculados a la idea de vivienda digna a partir de la interpretación del derecho a la vivienda se vinculan con algunos derechos civiles fundamentales, como el derecho a la vida privada, a la protección de la familia y del ámbito familiar.

105. Corte Suprema de la India, caso *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity and Others. Petitioners v. State of West Bengal and another. Respondents*, AIR 1996 Supreme Court 2426, del 5 de junio 1996. Agradecemos a Savithri Walatara, del Center for Policy Alternatives de Sri Lanka, por facilitarnos gentilmente el material.

106. Constitución de la India, Parte III: Derechos fundamentales, arts. 12-35.

107. Constitución de la India, Parte IV: Principios directrices de la política estatal, arts. 36-51.

108. Como hemos dicho al comentar el caso *Olga Tellis*, pp. 196-199, *supra*, la Corte también ha interpretado que el derecho a la vida incluye el derecho a acceder a medios esenciales de subsistencia, entre ellos el derecho a un techo.

obligación primaria del gobierno es la de asegurar el bienestar de la población. La provisión de instalaciones médicas adecuadas para la población es una parte esencial de las obligaciones asumidas por el gobierno en un Estado de bienestar. El gobierno cumple con su obligación administrando hospitales y centros de salud que ofrezcan tratamiento médico a las personas que acuden a dichas instalaciones. El artículo 21 [de la Constitución de la India] impone al Estado la obligación de salvaguardar el derecho a la vida de toda persona. La preservación de la vida humana reviste entonces fundamental importancia. Los hospitales gubernamentales administrados por el Estado y los funcionarios médicos que desempeñan tareas en ellos están obligados a extender la asistencia médica para preservar la vida humana. El fracaso por parte del gobierno en proveer a tiempo tratamiento médico a una persona que lo necesita importa una violación a su derecho a la vida garantizado por el artículo 21. En el presente caso, existió una violación de dicho derecho de Hakim Seikh, garantizado por el artículo 21, al serle denegado el tratamiento en los diversos hospitales gubernamentales a los que se acercó, a pesar de que su condición en ese momento era grave y requería atención médica inmediata. Dado que la denegación del derecho de Hakim Seikh garantizado por el artículo 21 se debió a empleados estatales en hospitales administrados por el Estado, el Estado no puede librarse de su responsabilidad por dicha denegación del derecho constitucional de Hakim Seikh.

La Corte adopta en su parte resolutive medidas de dos tipos. Por un lado, decide otorgar al peticionante una indemnización por los daños sufridos. Por otro lado, a fin de «prevenir la recurrencia de tales sucesos en el futuro y para asegurar la atención y tratamiento médico inmediato de las personas que lo necesiten realmente», la Corte ordena al gobierno una serie de medidas, que por su interés tanto teórico como práctico transcribimos:

A fin de que existan instalaciones médicas adecuadas disponibles para enfrentar casos de emergencia debe asegurarse que:

1. existan instalaciones adecuadas en los centros de atención primaria donde el paciente pueda recibir tratamiento primario inmediato para estabilizar su condición;
2. los hospitales de distrito y de sub-división deben ser mejorados para que los casos graves sean tratados allí;
3. las instalaciones que ofrezcan tratamiento especializado sean mejoradas, y estén disponibles en los hospitales de distrito y de sub-división, teniendo en cuenta las crecientes necesidades;
4. a fin de asegurar la disponibilidad de camas en una emergencia en hospitales estatales, exista un sistema de comunicación centralizado que permita que el paciente pueda ser referido inmediatamente al hospital donde haya cama disponible teniendo en cuenta el tratamiento requerido;

5. se establezca un adecuado sistema de ambulancias para transportar a los pacientes de los centros de atención primaria a los hospitales de distrito o de sub-división, y de los hospitales de distrito o de sub-división a los hospitales estatales;
6. las ambulancias estén provistas adecuadamente con el equipo y personal médico necesario;
7. los centros de salud y los hospitales y el personal médico asignado a estos centros y hospitales sean entrenados para enfrentar un número más importante de pacientes que necesiten tratamiento médico de emergencia teniendo en cuenta el mayor riesgo de accidentes en determinadas ocasiones y períodos del año.

La Corte Suprema de la India concluye señalando:

No hay duda de que para proveer estas facilidades se requieren recursos económicos. Pero al mismo tiempo, no puede ignorarse que proveer servicios médicos adecuados a la población es una obligación constitucional del Estado. Deben tomarse todas las medidas necesarias para alcanzar ese propósito. En el contexto de la obligación constitucional de proveer asistencia legal gratuita a un imputado pobre, esta Corte ha decidido que el Estado no puede eludir sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras.

También el sistema europeo de protección de derechos humanos nos brinda ejemplos sumamente útiles de cómo puede ser utilizada esta estrategia.

Es sabido que el Convenio sólo contempla derechos civiles, lo que no ha sido obstáculo para que numerosos casos vinculados a la violación de derechos sociales, en particular en cuestiones vinculadas a la protección del ambiente, fueran considerados por los órganos del sistema. La habilidad de los planteos consistió en identificar intereses amparados por derechos civiles tanto como por derechos sociales, de manera tal que la violación de un derecho social pudo traducirse en términos de violación a un derecho civil. La estrategia se dirigió entonces a romper la tradicional relación entre derechos civiles y deberes de abstención, extendiendo el cúmulo de deberes de conducta exigibles a los Estados aun con relación a tradicionales derechos de autonomía.

En respuesta a esos planteos el TEDH fue consolidando un cuerpo de jurisprudencia referida a las obligaciones del Estado en materia de derechos civiles que resulta de inestimable valor para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Como vimos, el uso del derecho a la vida para proteger intereses amparados por derechos sociales ha sido una estrategia utilizada en el nivel doméstico y que podría ser utilizado en el ámbito del Comité de

Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En el sistema europeo también se ha utilizado el derecho a la vida como una forma de proteger intereses vinculados al derecho a la salud y de exigir al Estado obligaciones positivas de protección. En el caso *LCB v. Reino Unido*, el TEDH afirmó que la obligación del primer párrafo del artículo 2 del Convenio obliga a los Estados no sólo a abstenerse de privar a alguien intencional e ilegalmente de su vida, sino también a adoptar medidas apropiadas para garantizar la vida. En el caso se discutía el alcance del deber del Estado de proveer información adecuada a la peticionante sobre circunstancias que podrían haber mitigado o evitado la enfermedad que padecía, por lo que lo analizaremos con más detalle en el punto referido al uso de información para exigir derechos sociales¹⁰⁹.

También se ha impuesto a los Estados obligaciones positivas para garantizar y proteger el derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio. El alcance de estas obligaciones positivas en muchos casos permitió cubrir intereses que suelen considerarse bajo la tutela de derechos ambientales. Para arribar a este significado del artículo 8, el TEDH comenzó a definir de un modo

109. La jurisprudencia europea sobre obligaciones positivas en relación con el derecho a la vida ha tenido un importante desarrollo recientemente. En tal sentido en el caso *Osmán v. Reino Unido*, sentencia del 28 de octubre de 1998, el TEDH estableció que entre esas obligaciones se encontraba el deber primario de garantizar la vida implementando una legislación penal efectiva para evitar la comisión de delitos contra las personas, sosteniendo un sistema legal para la prevención, y el castigo de las conductas criminales. Esto incluye, en determinadas circunstancias, la obligación positiva de adoptar medidas operativas para proteger a un individuo o individuos cuya vida está en riesgo por actos criminales de otros individuos. Para que la obligación de actuar positivamente del Estado pueda exigirse, es necesario establecer que las autoridades «sabían o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o de individuos identificados, originado por la conducta criminal de un tercero, y que esas autoridades omitieron tomar las medidas que podrían haber adoptado dentro del alcance de sus competencias, las cuales, juzgadas razonablemente, podría esperarse que hubieran evitado ese riesgo». La gama de obligaciones positivas impuestas al Estado varía considerablemente. Así, por ejemplo el deber del Estado de *investigar oficialmente* si un individuo ha sido muerto a raíz del uso de la fuerza se ha entendido también como una consecuencia del artículo 2 leído junto con el deber general impuesto por el artículo 1 del Convenio. Ver TEDH, *Mc. Cann y otro v. Reino Unido*, sentencia del 27 de septiembre de 1995, y *Kaya v. Turquía*, sentencia del 19 de febrero de 1998. Más recientemente, en *Mahmut Kaya v. Turquía*, sentencia del 28 de marzo de 2000, se estableció deberes positivos con relación al derecho a la vida sobre la base del derecho a un recurso efectivo establecido en el artículo 13 del Convenio. Así sostuvo el TEDH que «dada la importancia fundamental del derecho a la protección de la vida, el artículo 13 requiere, adicionalmente al pago de una compensación cuando sea apropiado, desarrollar una completa y efectiva investigación capaz de conducir a identificar y castigar a los responsables de la privación de la vida y eso incluye el acceso efectivo de los peticionarios a los procedimientos».

amplio la noción de vida privada y familiar. La vida privada y familiar, según lo ha entendido el TEDH, no se limita al ámbito cerrado del hogar o el domicilio, sino que comprende la relación del individuo con su entorno social y con el medio ambiente. Al mismo tiempo, el TEDH fijó también extensivamente el tipo de acciones u omisiones del Estado que podían ser entendidas como una «injerencia» en la vida privada de las personas. En la jurisprudencia europea reciente, la injerencia ya no equivale exclusivamente a la violación de un deber de respeto, a una intromisión arbitraria, sino que puede consistir, en ciertos casos, también en una omisión, en la no adopción de acciones de resguardo o tutela por parte del Estado.

Procuraremos seguir brevemente esta evolución en la jurisprudencia del sistema europeo. El TEDH sostuvo que la noción de vida privada de las personas es pasible de injerencias o intromisiones indírectas, tales como las consecuencias no evitadas de medidas adoptadas o consentidas por el Estado, no dirigidas directamente contra un individuo particular¹¹⁰. En tal sentido, el TEDH afirmó que las obligaciones de los Estados en relación con este derecho no se limitan a un deber de respeto, sino que comprenden una serie de conductas de tipo positivo destinadas a garantizar el derecho frente a eventuales ataques de otras personas u obstáculos materiales que impidan su ejercicio. El TEDH estableció claramente que el objeto esencial del artículo 8 del Convenio Europeo era la protección del individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, y que existen obligaciones positivas de los Estados inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familia¹¹¹. También entendió que el concepto de vida privada no puede restringirse exclusivamente al ámbito cerrado en el cual el individuo vive su vida personal sin injerencias del mundo exterior. Este concepto comprende el derecho de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos o relaciones sociales¹¹². En tal sentido, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos, como el TEDH, han procurado extender el concepto de vida privada más allá del estrecho significado de la idea anglosajona de *privacy*.

De esta forma, el TEDH ha reconocido que la vida privada de las personas puede verse afectada por las molestias o daños producidos en el ámbito en el cual aquélla se desarrolla, tanto en el domicilio como en el medio ambiente. Por ejemplo, en un caso el TEDH entendió que el ruido intenso y persistente de las aeronaves que sobrevola-

110. TEDH, caso *Rayner v. Reino Unido*, Petición 9.310/81 (1990).

111. TEDH, caso *Kroon v. Países Bajos*, A 297, § 31 (1994).

112. TEDH, caso *Niemietz v. Alemania*, A 251-B, § 29 (1992) y *McFeeley v. Reino Unido*, petición 8.317/78, 20 DR 44/91 (1980).

ban la casa del denunciante, constituía una violación del artículo 8.1 del Convenio Europeo¹¹³.

Luego del reconocimiento del significado amplio de la noción de vida privada y del concepto de injerencia, el TEDH avanzó en la afirmación de considerables deberes positivos a los Estados vinculados a la protección del medio ambiente, en los casos en que una alteración ambiental sería impide el goce del derecho civil consagrado en el artículo 8 del Convenio.

En el caso *López Ostra v. España*, el TEDH entendió que violaba esa norma el comportamiento negligente del Estado en el control de una planta depuradora de aguas y residuos industriales, que causaba emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación. La actora habitaba con su familia en una zona vecina a la planta depuradora que había sido habilitada por la autoridad municipal. Como consecuencia de la contaminación causada por la planta se vio forzada a abandonar en ocasiones su domicilio y alegaba además daños en su salud y en la salud de los demás integrantes de su grupo familiar. El TEDH sostuvo que los «atentados graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio de manera nociva para su vida privada y familiar»¹¹⁴. Conviene detenernos en el caso para ilustrar con mayor detalle la estrategia que propiciamos en este punto —el uso de derechos civiles para proteger bienes o intereses tutelados por derechos sociales—. En el caso, los derechos a la protección de la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del domicilio fueron utilizados para tutelar el derecho a un medio ambiente adecuado. La estrategia consistente en traducir la violación de un derecho social por una violación de un derecho civil fue diseñada por la actora ya en las acciones iniciadas en los tribunales locales. A partir de la lectura de la sentencia del TEDH puede reconstruirse la suerte de esta estrategia de litigio en las diversas instancias del proceso. El problema en el sistema jurídico español era la ausencia de una acción de tutela para el derecho a un ambiente adecuado reconocido en el artículo 45 de la Constitución española. La ley 62/1978 de protección de derechos fundamentales alcanzaba tan sólo a los derechos enunciados en los artículos 14 a 29 de la Constitución. Es por ello que los abogados de la víctima debieron ya en sede interna reformular la acción en términos de violación de un derecho civil considerado como derecho fundamental bajo la norma constitucional y, por lo tanto, alcanzado por la acción procesal pre-

113. TEDH, caso *Rayner v. Reino Unido*, Petición 9.310/81 (1990).

114. TEDH, caso *López Ostra v. España*, A 303-C (1994).

vista en la ley mencionada. Así, Gregoria López Ostra inicia ante la Audiencia Territorial de Murcia una acción de tutela fundada en la ley 62/1978 argumentando que la omisión de las autoridades municipales de controlar el funcionamiento de la planta depuradora de desechos industriales constituía una «injerencia ilegal» en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a elegir el lugar de residencia, el derecho a la integridad física y psíquica, y el derecho a la libertad y seguridad individual (arts. 15, 17.1, 18.2, 19 de la Constitución española). La demandante presenta entonces la negligencia o la falta de acción de las autoridades municipales como una injerencia, alegando que los derechos fundamentales reseñados originaban para el Estado obligaciones positivas. Ante el rechazo de la acción en la Audiencia Territorial, presenta el 10 de febrero de 1998 una apelación ante el Tribunal Supremo. En esta apelación los letrados de la demandante argumentan ya sobre la base del artículo 8 párrafo 1 del Convenio Europeo, que el comportamiento de la autoridad municipal en el caso constituía una «injerencia ilegal» en su derecho a la inviolabilidad del domicilio y a su integridad física y psíquica¹¹⁵. El Tribunal Supremo, el 27 de julio de 1989, rechaza la apelación por entender que «(n)ingún oficial público ha entrado en su domicilio o atacado su integridad personal»¹¹⁶. El argumento del Tribunal Supremo remite, claro está, a la clásica concepción de que los derechos civiles sólo generan deberes de abstención, y en consecuencia se violan exclusivamente por acción. En el caso la «injerencia» referida por la norma, sólo podía concebirse, según lo entiende el tribunal, como una acción tendiente a interferir en el goce del derecho, y en modo alguno la omisión denunciada podía ser considerada bajo la noción de «injerencia». El 20 de octubre de 1989, López Ostra presenta un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando la violación de los artículos 15, 18 y 19 de la Constitución española (derecho a la integridad personal; a la vida privada y la inviolabilidad del domicilio, y derecho a elegir libremente la residencia, respectivamente)¹¹⁷. El Tribunal Constitucional declara inadmisibile el recurso de amparo. Justifica el rechazo afirmando que la afectación del derecho a la vida privada no había sido planteada en las instancias ordinarias. En cuanto a los demás derechos, afirma que la presencia de humos, olores y ruidos no constituye en sí misma una violación de la inviolabilidad del domicilio. El rechazo de la orden de clausura de la planta no podía ser considerado un trato inhumano o degradante

115. Ver párrafo 12 de la sentencia.

116. Ver párrafo 14 de la sentencia.

117. Ver párrafo 15 de la sentencia.

pues no había prueba de que la vida o la integridad física de la demandante estuviera en peligro. Por último, el derecho a fijar la residencia no había sido violado pues la demandante no había sido expulsada de su domicilio por ninguna autoridad¹¹⁸. Nuevamente, el Tribunal Constitucional se aferra al esquema que relaciona derechos civiles con obligaciones negativas, dejando fuera del alcance de la norma aquellas conductas omisivas que pudieran tener por efecto directo la privación de los derechos en juego en el caso. En su planteo ante la Comisión Europea la peticionaria reclama la violación del artículo 8 y del artículo 3 del Convenio, repitiendo el argumento que había expuesto en sede interna: que estos derechos originaban obligaciones positivas y que, por lo tanto, la falta de acción, esto es, la no adopción de medidas adecuadas, podía constituir una forma de «injerencia ilegal» en el goce del derecho al domicilio y a la integridad personal. Como se ha visto, el TEDH toma en consideración los argumentos expuestos por la peticionaria únicamente con relación al artículo 8 del Convenio, avanzando en la fijación de deberes de conducta positiva mucho más allá de lo que habían estado dispuestos a admitir los tribunales locales.

En igual sentido, el TEDH entendió que un Estado violaba estos derechos al privar a una persona de información esencial acerca de los riesgos que ella y su familia corrían, por estar expuestas al peligro de una detonación explosiva accidental en una fábrica cercana a su domicilio. Veremos este caso, con más detalle, al desarrollar la posibilidad de uso del derecho a la información¹¹⁹. Merece mencionarse por último el uso del derecho consagrado en el artículo 8 del Convenio para la protección de derechos culturales. En un caso tramitado por el pueblo indígena Sami ante la Comisión Europea el mencionado precepto fue invocado para tutelar las prácticas culturales de subsistencia y la protección de la tierra ancestral. En el caso *G y E v. Noruega*¹²⁰, dos miembros del pueblo Sami alegaron la violación del artículo 8 debido a que un proyecto hidroeléctrico inundaría parte de sus tierras ancestrales destinadas al pastoreo de renos. La Comisión aceptó el argumento de los peticionarios de que esas prácticas económicas tradicionales quedaban incluidas en la noción de vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio. La petición fue sin embargo desestimada al entender la Comisión que debido a la escasa cantidad de tierra que sería inundada no existía una injerencia arbitraria en el

118. Ver párrafo 15 de la sentencia.

119. TEDH, caso *Guerra y otros v. Italia*, 19 de febrero 1998.

120. Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *G y E v. Noruega*, petición conjunta 9.278/81 y 9.415/81 (1984).

goce del derecho y que el proyecto estaba justificado en la necesidad de brindar bienestar económico al país¹²¹.

De los casos reseñados surge con claridad que las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida privada y familiar, en el sistema europeo, no se limitan a un comportamiento negativo, de omisión de injerencia o mero respeto. En los casos de afectación de este derecho por alteración del medio ambiente, se adjudicó responsabilidad internacional a los Estados por no haber impedido la contaminación, por no haber controlado o supervisado las actividades industriales contaminantes, por no haber subsanado los daños causados por la degradación del ambiente, e incluso por no haber garantizado el acceso adecuado a la información relacionada con los riesgos de eventuales explosiones cercanas al domicilio del reclamante.

El TEDH también impuso a los Estados fuertes deberes positivos con relación al derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes, consagrado en el artículo 3 del Convenio. En tal sentido se estableció que la obligación que emanaba del artículo 1 de la Convención imponía a los Estados el deber de asegurar que toda persona bajo su jurisdicción gozara de los derechos y libertades establecidos en ella, y que considerado en conjunto con el artículo 3 requería a los Estados adoptar medidas diseñadas para asegurar que los individuos no estén sujetos a torturas o tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando aquel tipo de trato fuera causado por un actor no estatal. En estos caso el Estado puede violar el artículo 3 cuando su legislación no provee una adecuada protección¹²². O cuando omite adoptar medidas que razonablemente hubieran podido evitar el riesgo de que la persona se vea sometida a este tipo de trato si las autoridades sabían o hubieran podido saber de la existencia de ese

121. El caso puede confrontarse con los referidos a derechos de pueblos indígenas y de minorías culturales, ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y ante el sistema interamericano, que tratamos en este mismo apartado.

122. Así, en el caso *A v. Reino Unido*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, el TEDH afirmó que la legislación inglesa que permitía al padre o pariente que golpeaba a un niño alegar la defensa de castigo razonable tendente a disciplinar o educar, no era un medio adecuado para proteger a los niños de malos tratos en el ámbito doméstico que por sus características de severidad y continuidad podían calificar como un trato inhumano o degradante. En el caso un niño había sido golpeado reiteradamente con una caña de jardín por su padrastro quien había sido absuelto por un jurado de los cargos de lesiones corporales en virtud de la mencionado defensa de castigo razonable. El TEDH entendió que existía en el caso trato inhumano o degradante sin perjuicio de que era un particular el que lo había infligido y que el Estado no había cumplido con su deber de proteger al niño de tales sufrimientos, violando por ello el artículo 3 del Convenio.

riesgo¹²³. Este tipo de obligaciones positivas abre la posibilidad de utilizar la norma en determinados contextos para la protección de intereses generalmente amparados por algunos derechos sociales. El TEDH se ha negado a utilizar la norma en casos de exposición a daños ambientales originados en conductas omisivas o negligentes del Estado¹²⁴. Sin embargo, en el caso *D v. Reino Unido*¹²⁵, el TEDH amplió considerablemente el alcance del precepto al aplicarlo en el análisis de procesos migratorios, en particular al evaluar el riesgo de que una deportación pudiera causar la interrupción de los tratamientos médicos indispensables para la vida de un inmigrante. El TEDH había aplicado el artículo 3 en casos de deportación al considerar la posibilidad de que la persona deportada quedara expuesta a torturas o a alguna forma de trato inhumano o degradante en el país de receptor, a raíz de acciones intencionales de las autoridades públicas del Estado. En este caso, sin embargo, el peticionario era un inmigrante portador de HIV/SIDA quien cuestionaba una orden de deportación a la Isla de St. Kitts sobre la base de que allí no contaría con la posibilidad de continuar el tratamiento médico que lo mantenía con vida. En tal sentido alegaba que la deportación implicaba someterlo a un trato inhumano o degradante. El Estado inglés argumentaba, por el contrario, que el sufrimiento y la reducción de la expectativa de vida del demandante se debía al estado terminal de su enfermedad y a las deficiencias del sistema de seguridad social en su país de origen, y que ambas cuestiones eran absolutamente ajenas a su responsabilidad. El TEDH consideró que aun cuando en sus precedentes había limitado la aplicación del artículo 3 en casos migratorios a la posibilidad de que la persona expuesta a deportación pudiera sufrir torturas o tratos inhumanos como consecuencia del accionar intencional de agentes del Estado receptor, la importancia de la norma le obligaba a reservar cierta flexibilidad para poder aplicarla en otros contextos. En tal sentido, el TEDH estaba en condiciones de analizar si la deportación del peticionario podía exponerlo al riesgo real de padecer un tratamiento encuadrable en el estándar del artículo 3, en vista de su condición médica actual. El TEDH consideró acreditado que el

123. TEDH, caso *Mahmut Kaya v. Turquía*, sentencia del 28 de marzo del 2000, con cita de *Osman v. Reino Unido*, donde se establecía un deber similar con relación al derecho a la vida.

124. El argumento fue rechazado en *López Ostra v. España*. Para un lectura crítica de esta parte de la sentencia puede verse M. T. Acevedo, «The Intersection of Human Rights and Environmental Protection in the European Court of Human Rights»: 8 *New York University Environmental Law Journal* 437 (2000).

125. Caso *D v. Reino Unido*, sentencia del 21 de abril de 1997.

petionario se encontraba en un estado avanzado de su enfermedad terminal e incurable y que su limitada calidad de vida dependía exclusivamente de la disponibilidad del tratamiento médico sofisticado y la medicación que le proveía el gobierno británico y una organización comunitaria. La abrupta interrupción de este tratamiento y del suministro de la medicación lo hubiese afectado de modo irreparable. También consideró probado sobre la base de información referida a graves deficiencias sanitarias en la Isla de St. Kitts, que existía un serio riesgo de que la deportación provocara una expectativa de vida aún menor, sometiéndolo por ende a un sufrimiento físico y psíquico. El TEDH tuvo en cuenta por último que el Estado inglés había asumido una responsabilidad en el tratamiento del demandante desde hacía un par de años, y que por ello, éste dependía de ese tratamiento oficial para sobrevivir¹²⁶. Si bien las condiciones que el petionario enfrentaría en el país receptor no podían ser consideradas en sí mismas, según el TEDH, bajo el estándar del artículo 3, en cambio sí podía considerarse que «su expulsión lo expondría a un riesgo real de morir bajo las más angustiosas circunstancias, lo que configurarían un trato inhumano»¹²⁷.

También el derecho de propiedad ha sido en ocasiones invocado en el sistema europeo para proteger intereses amparados por derechos ambientales, aunque en la mayoría de los casos que reseñaremos el interés específicamente afectado es el valor de la propiedad deteriorado por alteraciones del medio ambiente. En *Arrondelle v. Reino Unido*¹²⁸, por ejemplo, la Comisión Europea declaró admisible una petición que alegaba que el ruido y la polución interfería con el derecho al goce pacífico de la posesión consagrado en el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio. El petionario era propietario de una vivienda ubicada en la adyacencia de un aeropuerto y una importante autopista y reclamó luego de que la autoridad municipal reiteradamente se negara a modificar la zonificación del área de zona residencial a zona de uso industrial y comercial, lo que le hubiera permitido vender su propiedad a un precio razonable. El caso fue objeto de

126. Como puede verse, se trata de un argumento similar al ya comentado al analizar el caso *Beviacqua*: la conducta anterior del Estado constituye un elemento fundamental a la hora de establecer el alcance de la conducta debida.

127. El TEDH se cuida de cerrar considerablemente el alcance de su decisión. No es la exposición a deficientes condiciones sanitarias de un enfermo terminal lo que produce la violación del artículo 3, sino la expulsión del inmigrante que viene recibiendo un tratamiento y se ve expuesto a la angustiosa situación de morir por no acceder a ese tratamiento en el país receptor.

128. Comisión EDH, caso *Arrondelle v. Reino Unido*, Petición n.º 7.889/77: 5 *Eur. H. R. Rep.* (1982) pp. 118-119.

transacción, por lo que la Comisión no se pronunció sobre el fondo, pero en el informe de admisibilidad por primera vez el órgano reconoció el posible vínculo entre el ruido, la contaminación y los derechos consagrados en el Convenio¹²⁹. En *Vearncombe y otros v. Reino Unido y República Federal Alemana*¹³⁰, la Comisión rechazó una petición en la que se alegaba que la construcción y operación de un campo de tiro para el ejército inglés en Berlín, junto a un barrio residencial, constituía una violación del derecho al goce pacífico de la posesión. La Comisión consideró que el nivel de ruido continuo y excesivo podía implicar una afectación del derecho al goce de la posesión, pero que en el caso no superaba el límite de lo tolerable. En *S. v. Francia*¹³¹, la Comisión declaró inadmisibles una petición que alegaba que la construcción de una planta nuclear en la proximidad de un barrio residencial violaba el derecho al goce de la posesión. En el caso el petionario había sido indemnizado y la Comisión encontró que la compensación otorgada por el Consejo de Estado no había sido desproporcionada respecto del daño alegado.

También ha resultado fructífera la vinculación entre el derecho a la autonomía personal (derecho a elegir autónomamente un plan de vida) y el derecho a la preservación de la cultura. La interpretación extensiva que ha hecho el Comité de Derechos Humanos del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos abre un marco suficientemente amplio como para cubrir numerosas situaciones vinculadas con la protección del derecho a la cultura de pueblos indígenas y de minorías étnicas o culturales. El artículo 27 del PIDCP establece que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

129. Un planteo similar fue formulado en *Baggs v. Reino Unido*, Petición n.º 9.310/81: 44 *Eur. Comm'n H. R. Dec. & Rec.* (1985), pp. 13-19. El petionario también reclamaba daños en su propiedad derivados de la no zonificación de un área en la que tenía su actividad comercial, cercana al aeropuerto de Heathrow, pero invocaba la violación del derecho a un recurso efectivo sobre la base del artículo 13 del Convenio. El caso también fue objeto de solución amistosa.

130. Comisión Europea, caso *Vearncombe y otros v. Reino Unido y República Federal Alemana*, petición N.º 12.816/87: 59 *Eur. Comm'n H. R. Dec. & Rep.* (1989), pp. 186-199.

131. *S. v. France*, petición n.º 13.728/88: 65 *Eur. Comm'n H. R. Dec. & Rep.* (1990), pp. 250, 258, 260.

Aunque incluido en un tratado destinado a establecer derechos civiles y políticos, resulta obvio que este derecho tiene estrechas vinculaciones con derechos culturales —la propia norma vincula el goce individual del derecho con el de los demás miembros de la comunidad cultural a la que pertenece—. La interpretación de esa norma efectuada por el Comité, moldeada a partir de las decisiones adoptadas en los casos *Lubicon Lake Band v. Canadá* (1990)¹³² y *Ballantyne y Davidson v. Canadá* (1993)¹³³, fue plasmada en la Observación General 23, del 8 de abril de 1994¹³⁴. En esa observación general, el Comité expresa:

Aunque la norma del artículo 27 está expresada en términos negativos, de todos modos la disposición reconoce la existencia de un «derecho» y establece la obligación de no negarlo. Por consiguiente, todo Estado Parte está obligado a asegurar la realización y el ejercicio de este derecho y a ampararlo contra toda negativa o violación. Así, las medidas positivas de protección por conducto ya sea de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas, son procedentes no sólo contra los actos del propio Estado Parte, sino también contra el acto de cualquier persona que se encuentre en el Estado Parte (punto 6.1).

El Comité avanza aún más en su interpretación:

Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del

132. CDH, caso *Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canadá* (1990), Comunicación n.º 167/1984. En este caso el CDH admitió analizar las alegaciones de violación al artículo 27 del Pacto a raíz de la afectación de la tierra ancestral y de las prácticas económicas tradicionales del pueblo indígena por la concesión de licencias públicas para la explotación de yacimientos de petróleo y gas en las tierras históricas de este pueblo, en la provincia de Alberta. También analizó bajo el marco de esta norma violaciones de derechos culturales de pueblos indígenas en los casos *Ilmari Lämsman v. Finlandia* (1993), Comunicación n.º 511/92, sobre afectación de tierras de pastoreo de renos del pueblo Sami por una empresa minera; y el caso *Kitok v. Suecia* (1988), Comunicación n.º 197/85, en la que miembros del pueblo Sami cuestionaban una ley que regulaba la ganadería de renos en esas comunidades.

133. CDH, caso *John Ballantyne y Elizabeth Davidson v. Canadá* (1993), comunicaciones n.º 359/1989 y 385/1989. En el caso ciudadanos canadienses, residentes de habla inglesa en la provincia de Quebec, cuestionaban bajo el artículo 27 del Pacto una ley local que les impedía el uso del inglés con fines publicitarios en carteles comerciales o en el nombre de sus negocios. El CDH entendió que los ciudadanos de habla inglesa no podían ser considerados una minoría en Canadá y rechazó el caso bajo el artículo 27, aunque encontró que existía una violación del artículo 19 párrafo 2, pues la ley en cuestión privaba irrazonablemente a los demandantes de su libertad de expresión.

134. CDH, Observación General n.º 23, «Derechos de las minorías: art. 27», del 8 de abril 1994.

grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con otros miembros del grupo. En este sentido, se debe observar que dichas medidas positivas deben respetar las disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo 26 del Pacto, tanto en lo que se refiere al tratamiento de las distintas minorías como en lo relativo al tratamiento entre las personas pertenecientes a ellas y el resto de la población. Sin embargo, en la medida en que estén destinadas a corregir una situación que impide o dificulta el goce de los derechos garantizados por el artículo 27, dichas medidas pueden constituir una diferenciación legítima con arreglo al Pacto, con tal de que estén basadas en criterios razonables y objetivos (punto 6.2).

Y se dedica finalmente a establecer el alcance del término «cultura» al que alude la norma:

Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Este derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que las afectan (punto 7).

Como puede observarse, la interpretación del Comité hace difícil distinguir el derecho del artículo 27 del PIDCP de un derecho cultural ejercido colectivamente. Sumando los elementos que el Comité señala, el derecho queda configurado como un derecho individual que sin embargo supone la obligación estatal de adoptar medidas para proteger el desarrollo de la cultura, religión y prácticas lingüísticas de la comunidad. Las medidas que el Estado debe adoptar son negativas y positivas, e incluyen la protección de las prácticas culturales del grupo ante el ataque de terceros. Esto significa, por ejemplo, que un miembro del grupo ve afectado su derecho individual a ejercer sus prácticas culturales, religiosas o lingüísticas si el Estado no adopta medidas ante el ataque u obstaculización de esas prácticas contra otro miembro del grupo por un tercero, o por el propio ataque estatal, o por la omisión estatal de proteger la preservación o el desarrollo de la cultura del grupo. Piénsese, por ejemplo, en la omisión estatal de proveer maestros de la lengua del grupo minoritario.

Por último el Comité deja en claro la íntima relación que existe entre la elección de una forma de vida individual y el aprovechamiento de bienes culturales que identifican a una determinada minoría o a un pueblo indígena. El proyecto de vida de cada miembro de ese colectivo guarda una profunda dependencia del goce de esos bienes culturales, tales como la lengua, la religión, la tierra ancestral y las prácticas económicas tradicionales de los pueblos indígenas¹³⁵. En tal sentido, la opinión del Comité no sólo permite aprovechar el artículo 27 del PIDCP para la protección de derechos culturales, sino que también ayuda a abordar con nuevos argumentos el uso del derecho de autonomía personal o la protección de la vida privada y familiar, por ejemplo, bajo el artículo 8 del Convenio europeo, para la tutela de estos derechos¹³⁶.

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

136. En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, existe una importante jurisprudencia en materia de protección de derechos indígenas, en muchos casos interpretando derechos civiles consagrados en la Declaración Americana o en la Convención Americana para proteger derechos culturales, como la tierra cultural. Puede verse principalmente Informe del caso 7.615, *Yanomami v. Brasil*, resolución n.º 12/85 (5 de marzo de 1985); Informe Anual CIDH 1984-85, OEA/Ser.L/V/II.66, 1 de octubre de 1985; caso 10.975 *Piche Cuca* (Guatemala), Informe 36/96, CIDH, Informe Anual 1996, p. 299; Informe sobre la situación de derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc.10 rev. 3, 29 de noviembre de 1983; Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc.10, rev. 1, 24 de abril de 1997, p. 122. En un caso reciente que la Comisión presentó ante la Corte Interamericana, se alega la violación del derecho de propiedad colectiva de las tierras de la Comunidad Indígena Mayagna

c.2) La consideración del contexto socio-económico en el ejercicio de derechos civiles y políticos

Una segunda variante de esta estrategia consiste en problematizar judicialmente las barreras al goce de un derecho civil derivadas de circunstancias socio-económicas, ya que es evidente que en un contexto económico y social desfavorable el ejercicio de cualquier derecho se ve seriamente obstaculizado.

Un ejemplo de consideración del contexto económico-social para evaluar el goce de un derecho civil es el caso *Airey*¹³⁷, decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En dicha controversia, el TEDH enfrentó la cuestión de los obstáculos materiales al ejercicio de las libertades consagradas en el CEDH y el borroso límite que suele separar las dos tradicionales categorías de derechos. La señora Johana Airey no pudo encontrar un abogado que la asistiera en el procedimiento de separación judicial de su esposo ante la *High Court* del Estado de Irlanda. En ese país el procedimiento de separación judicial sólo podía tramitarse ante ese tribunal que por su jerarquía y procedimientos requería el auxilio de abogados cuyos honorarios eran excesivos para la reclamante. La complejidad probatoria del proceso y la práctica habitual de ese tribunal hacían poco probable que la reclamante pudiera llevar adelante su separación sin patrocinio letrado, aun cuando la legislación irlandesa no lo impedía expresamente. Irlanda no había organizado hasta ese momento un sistema de asistencia jurídica gratuita que incluyera asuntos de familia. La reclamante invocaba la violación entre otras normas del artículo 6.1 del CEDH, que consagra el derecho de acceso efectivo ante los tribunales. En lo que interesa a nuestro razonamiento, el núcleo del conflicto planteado en el caso consistía en desentrañar qué tipo de obligaciones imponía a Irlanda la norma de la Convención, pues si bien el Estado

(Sumo) de Nicaragua. El caso se conoce como «Awás Tingi». La demanda, interpuesta por la Comisión el 4 de junio de 1988, denuncia la supuesta violación por el Estado nicaragüense de los artículos 21 (propiedad) y 25 (protección judicial), junto con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. Se funda en la falta de demarcación y de reconocimiento oficial del territorio de dicha comunidad. Para un análisis de la jurisprudencia de la Comisión en la materia puede verse D. Shelton, «Land Rights and Indigenous Peoples. The Role of the Inter-American Commission on Human Rights»: *Cultural Survival Report* (Cambridge) 29 (1988); R. A. Williams Jr., «Encounter on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World»: *Duke Law Journal* 660/90 (1990); J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Nueva York, 1996.

137. TEDH, caso *Airey* del 9/10/1979 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 32), que puede consultarse en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, cit., pp. 563-577.

demandado no había hecho nada para ayudar a la señora Airey a promover su juicio de divorcio, tampoco había hecho nada para impedirlo. El TEDH sostuvo en relación con este punto:

El Gobierno trata de distinguir al asunto presente del caso *Goldier*. En éste, el demandante fue privado del acceso al Tribunal en virtud de un «obstáculo positivo» interpuesto por el Estado: el Ministro del Interior había prohibido que el demandado consultase con un abogado. Por el contrario, según el Gobierno, en el presente caso no hay «obstáculo positivo» del Estado ni un propósito deliberado de impedir ese acceso: la alegada falta de acceso a un Tribunal no deriva de un acto de las autoridades, sino tan sólo de las personales circunstancias de la señora Airey, de lo cual no cabe deducir responsabilidad de Irlanda según el Convenio. Sin embargo, a pesar de que la diferencia entre los supuestos de hecho de ambos es ciertamente correcta, el Tribunal no coincide con la conclusión a la que llega el Gobierno. Por un lado, porque un impedimento fáctico puede violar el Convenio tanto como uno jurídico (sentencia *Goldier* del 21 de febrero de 1975 —Serie A, n.º 18). Por otro, porque el cumplimiento de un deber impuesto por el Convenio en ocasiones implica acciones positivas por parte del Estado. En esos casos, el Estado no puede permanecer pasivo y «no hay lugar para distinguir entre actos y omisiones (ver, *mutatis mutandi*, la citada sentencia *Marckx*, 13 de junio de 1979, Serie A, n.º 31, p. 15 § 31, y *De Wilde, Ooms y Versyp* de 10 de marzo de 1972, Serie A, n.º 15, p. 10 § 22). El deber de asegurar el derecho a un efectivo acceso a los Tribunales entra en esa categoría de deberes¹³⁸.

Ahora bien, si el TEDH imponía al Estado de Irlanda este deber positivo, ¿no estaba forzando la producción de progresos económicos y sociales y la puesta en juego de recursos públicos para satisfacer esa asistencia legal que Irlanda no había comprometido al ratificar el Convenio? El TEDH expresó al respecto lo siguiente:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento y dentro de su campo de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo. Porque, si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha

138. *Ibid.*, § 25, p. 572.

interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio¹³⁹.

Finalmente, el TEDH estimó que no existía un deber concreto de Irlanda —como parte del CEDH— de proveer asistencia jurídica gratuita en materia civil, pues correspondía a cada Estado la elección de las medidas razonables para garantizar el acceso a la justicia removiendo los obstáculos materiales apuntados (la asistencia jurídica puede ser un medio, pero hay otros, como la simplificación de los procedimientos). Sin embargo, en el caso concreto de la señora Airey —quien no pudo encontrar un abogado que la asistiese en el procedimiento de separación judicial ante la imposibilidad de afrontar las costas que demandaba esa actuación—, el Estado no había garantizado su derecho de efectivo acceso a la Justicia violando de tal modo el artículo 6.1 del CEDH.

Durante el período de la denominada *Corte Warren*, la Corte Suprema estadounidense también decidió casos similares. Así, por ejemplo, en los fallos *Griffin v. Illinois*¹⁴⁰ y *Douglas v. California*¹⁴¹, estableció que el Estado debe suministrar a una persona indigente acusada de un delito los fondos necesarios para costear la transcripción de la prueba presentada en el juicio y contratar los servicios de

139. El voto en disidencia del juez Thor Vilhjalmsón apunta al centro del problema, esto es, si el CEDH contempla la cuestión de los obstáculos materiales al ejercicio efectivo del derecho consagrado en el artículo 6.1, inclinándose por una posición conservadora: «He llegado a la conclusión, sin grandes dudas aunque con pesar, de que la demandante no se puede apoyar en lo dispuesto por el artículo 6.1 del Convenio. Estimo que los Estados partes no tienen la obligación de asegurar asistencia jurídica gratuita en litigios civiles, y que éste es el verdadero problema del caso. La capacidad o incapacidad de reivindicar los derechos garantizados por el Convenio dependen en muchos casos de la situación económica del titular. Es, por supuesto, deplorable que esto sea así. Para corregir esta situación los Estados contratantes han tomado y toman incontables medidas, promoviendo el desarrollo económico y social en esta parte del mundo. Las ideas que subyacen en el Convenio y su letra muestran claramente que, sin embargo, se trata de problemas distintos de los del presente caso. La guerra contra la pobreza no se puede ganar mediante una interpretación amplia del CEDH. Cuando el Convenio juzga que la capacidad económica para aprovecharse de un derecho garantizado es tan importante que debe considerarse una parte esencial del derecho, lo afirma expresamente. Así en el artículo 6.3 —derecho del acusado de ser defendido por un abogado de oficio si no tiene medios—. Cuando no es el caso, el Convenio no tiene nada que decir acerca del qué, cómo y cuándo el significado económico lo hará efectivo. Cualquier otra interpretación del Convenio, al menos en la actual fase de evolución de los derechos humanos, hará surgir problemas cuyo rango y complejidad no pueden preverse, pero que indudablemente desbordan el marco del Convenio y las competencias de las instituciones que éste ha creado» (*Ibid.*, p. 577).

140. Corte Suprema estadounidense, 351 U.S. 12 (1956).

141. Corte Suprema estadounidense, 372 U.S. 353 (1963).

un abogado para la apelación. Como puede verse, el aseguramiento de un derecho tal como la defensa en juicio exige en estos casos el despliegue de medidas afirmativas por parte del Estado, emparentadas sin duda con el tipo de medida de igualación y redistribución típicas del derecho social.

d) La protección de derechos sociales por otros derechos sociales

En los últimos años hemos sido testigos del dismantelamiento de las instituciones tradicionales que caracterizaron el denominado Estado de Bienestar. Este proceso tuvo un impacto indudable sobre los derechos sociales, y su nota característica es la precarización de los derechos sociales clásicos vinculados al trabajo y a la seguridad social. Sin embargo, simultáneamente surgieron con fuerza nuevos derechos sociales, a partir de la reivindicación de espacios de autonomía académica, el desarrollo de principios de interpretación normativa, y la gestación de mecanismos novedosos de tutela que se han abierto camino en la jurisprudencia, hasta alcanzar muchos de ellos su consagración legal¹⁴². Entre estos nuevos derechos sociales podemos mencionar los derechos de los consumidores y los derechos que protegen el ambiente. De tal modo, así como antes señalamos la existencia en algunos sistemas jurídicos domésticos o internacionales de mecanismos de tutela de los derechos civiles y políticos que podían utilizarse para proteger derechos económicos, sociales y culturales, en el marco de este proceso de degradación de los derechos sociales del trabajo y la seguridad social, una vía alternativa de exigibilidad consiste en utilizar los derechos sociales «fuertes» y sus mecanismos de tutela, para proteger derechos sociales «debilitados».

En determinadas circunstancias, derechos sociales «fuertes», como el derecho a la protección del ambiente, pueden salir en defensa de derechos sociales tradicionales, como los vinculados a la regulación del trabajo. Pensemos, por ejemplo, en qué medida podría aprovecharse la rica jurisprudencia sobre legitimación colectiva en la acción ambiental, o sobre la procedencia de estudios de impacto ambiental, con un sentido cautelar ante la inminencia o desarrollo de una obra o actividad industrial peligrosa, para la tutela del derecho a condiciones de trabajo dignas, o a un ambiente de trabajo seguro e inocuo.

142. Cf. V. Abramovich y C. Courtis, «Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo»: *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate* 22 (1994), pp. 54-63. También en *No Hay Derecho* 12 (1995). También puede verse «Futuros Posibles. El derecho laboral en la encrucijada»: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1/2 (1997), pp. 149-176.

En la misma línea argumental, algunas prestaciones del Estado en materia de seguridad social pueden ser exigidas reforzando la posición de los beneficiarios de esas prestaciones a partir de su condición de usuarios o consumidores de un servicio público. Un ejemplo de esta estrategia proviene de la jurisprudencia argentina: se trata del caso resuelto por la Sala IV de la Cámara Federal Contencioso-administrativa de la Capital Federal, *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, en el que el tribunal suspendió a través de una medida cautelar el proceso licitatorio de la entidad de prestación de servicios sociales para jubilados, por vulnerarse el derecho de los beneficiarios a obtener información adecuada y veraz sobre las condiciones de las futuras contrataciones¹⁴³. El instituto mencionado presta servicios médicos y sociales a más de cuatro millones de jubilados en la Argentina, mediante un programa denominado PAMI. En el año 1999 la intervención del instituto había iniciado un proceso de privatización de los servicios médicos, previendo la adjudicación de los mismos a empresas «gerenciadoras» que actuarían como intermediarias entre el instituto y los prestadores médicos. Los afiliados debían optar entre las tres gerenciadoras que ganaran el concurso. El plazo que se preveía para la opción era exiguo y la información que se exigía brindar sobre la calidad y el tipo de prestaciones que cada una ofrecería, indispensable para que el afiliado pudiera realizar la opción, era escasa. Se habían iniciado numerosas acciones de amparo tendentes a suspender la licitación sobre la base de que la privatización de los servicios afectaría la calidad de las prestaciones, vulnerando el derecho a la salud y a la seguridad social de los afiliados. Los argumentos de los demandantes en estos procesos se sostenían en las previsiones de la ley de seguro nacional de salud, de la ley de obras sociales y de la ley de creación del Instituto. La mayoría de las acciones fundadas en estos derechos sociales habían sido rechazadas. En algunas, sin embargo, se habían admitido medidas cautelares, que al ser apeladas por el instituto quedaban sin efecto hasta la resolución de los tribunales de alzada. Ello era así, por cuanto los derechos mencionados sólo podían ser protegidos por la vía del amparo ordinario, que establece el efecto suspensivo de la apelación de las medidas cautelares. Esta regulación procesal había permitido a las autori-

143. Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo de la Capital Federal, Sala IV, caso *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, del 10 de febrero de 1999, en *La Ley* 1999-D, pp. 377 ss.

dades del instituto continuar el proceso, superando las diversas impugnaciones judiciales. El caso presentado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires¹⁴⁴, partió de la constatación del fracaso de las estrategias tradicionales destinadas a frenar la licitación mediante acciones de amparo ordinarias en las que se invocaba la violación de los derechos a la salud y a la seguridad social. El análisis de la legislación arrojaba una gama de acciones posibles, entre las cuales se advertía que la legislación sobre usuarios y consumidores, en particular la denominada Ley de Defensa del Consumidor, contenía una protección más clara del derecho de acceso a la información. Además de ello, la legislación en materia de consumidores regulaba un amparo especial, en cuyo marco la apelación de la concesión de medidas cautelares sólo tiene efecto devolutivo y no suspende la medida. Por ello, la Defensora del Pueblo inició una medida cautelar, invocando las normas constitucionales y legales que brindan amplia protección a los derechos de consumidores y usuarios, argumentando que los afiliados del instituto, además de beneficiarios de un seguro social, eran usuarios de un servicio público. De tal modo, aprovechó por un lado las normas sobre acceso a la información, y al mismo tiempo, las ventajas procesales de la acción especial. El tribunal actuante decidió interrumpir el proceso sobre la base de la falta de información adecuada a los afiliados, hasta tanto el instituto garantizara el acceso a esta información¹⁴⁵. El instituto apeló la medida, pero la licitación permaneció suspendida durante todo el tiempo que demandó el proceso judicial. Finalmente, el nuevo gobierno que asumió a finales de 1999 anuló la licitación.

Del mismo modo, el contexto brasileño aporta interesantísimos ejemplos de cómo la utilización combinada de la legislación de protección del consumidor y de formas procesales de representación de intereses transindividuales ha redundado en la tutela de derechos sociales tales como la salud, la educación y la vivienda. A partir de la legitimación para defender intereses transindividuales, el Ministerio Público ha presentado acciones civiles públicas para proteger a los contratantes adherentes a planes de salud¹⁴⁶, a padres de niños que

144. Se trata de la denominación de la figura del *ombudsman* en la ciudad de Buenos Aires.

145. Volveremos sobre lo decidido al analizar el uso de la información como estrategia para proteger derechos sociales.

146. Ver, además del caso que aquí se comenta, entre muchos otros, Primer Tribunal de Alzada Civil del Estado de San Pablo, Apelación Civil n.º 785.001-5, de 30 de junio de 1998; Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, Apelación Civil n.º 46.427.4/0 - Guarulhos, de 17 de noviembre de 1998.

estudian en escuelas privadas¹⁴⁷ y a contratantes de planes de vivienda¹⁴⁸ contra el aumento del pago mensual sobre los índices de ajuste legalmente autorizados.

El Tribunal Superior de Justicia de Brasil tuvo la oportunidad de decidir acerca de la legitimación del Ministerio Público para llevar adelante esas acciones. En el Recurso Especial n.º 177.965-PR, decidido el 18 de mayo de 1999, el tribunal debió considerar la legitimación del Ministerio Público para iniciar una acción civil pública en representación de todos los afiliados a un plan de salud de la Sociedad Cooperativa de Servicios Médicos y Hospitalarios de Maringá (UNIMED), del Estado de Paraná. La prestadora aumentaba el valor de la mensualidad por encima de los índices oficiales de corrección monetaria acumulados en el año anterior. La acción solicitaba una medida cautelar para suspender la aplicación de esos aumentos en todos los contratos en que el porcentaje fuera mayor al de los índices autorizados, y ordenar el mantenimiento de la prestación regular de los servicios médicos mientras se desarrollara el juicio. La empresa cuestionó la legitimación del Ministerio Público para representar intereses individuales homogéneos¹⁴⁹, y la cuestión llegó así ante el tribunal.

El Tribunal rechazó el recurso de la empresa, ya que consideró que «(e)l Ministerio Público tiene legitimación para promover acciones colectivas en defensa de intereses individuales homogéneos cuando exista interés social compatible con la finalidad de la institución». La decisión afirma que «el interés social de esa intervención surge de la necesidad de que se cumpla la ley que regula una actividad de importancia crucial para la colectividad (mensualidad escolar, salud pública, pago de vivienda propia), que debe ser protegida de prácticas comerciales ilícitas y de contratos con cláusulas abusivas, hecho que debe ser preferentemente evitado. Si la prevención no fuese posible, es necesario que la infracción pueda ser prontamente reprimida a través de una actuación judicial eficaz tal como la acción colectiva, especialmente cuando la operación es masiva, con pluralidad de perjudicados que no siempre están en condiciones de afrontar el inicio de una demanda judicial. Eliminada la acción colectiva del Ministerio Público, cierta-

147. Ver Supremo Tribunal Federal del Brasil, RE n.º 185.360/SP, de 20 de febrero de 1998.

148. Ver Tribunal Superior de Justicia del Brasil, Resp. n.º 105.215/DF, Cuarta Turma, de 18 de agosto de 1997.

149. Es decir, la suma de los intereses individuales de las personas que se encuentran en la misma situación jurídica y que resultan afectadas por un ilícito común. En el caso, el cobro de un aumento superior al porcentaje autorizado a todos los contratantes de un mismo plan de salud.

mente tales conductas no sólo serían libremente practicadas, sino tal vez ampliadas, profundizando la ilegalidad abusiva y aumentando el perjuicio a los ciudadanos que negocian bajo esas reglas».

e) Límites a los derechos civiles y políticos justificados por derechos sociales

Otra situación en la cual los derechos económicos, sociales y culturales resultan indirectamente amparados a través de la implementación de las normas que consagran derechos civiles es el caso en que el ejercicio de un derecho civil resulta en cierta medida interferido o limitado por el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales. Se trata, de algún modo, de la situación inversa a la protección de un derecho social a través de un derecho civil: en este supuesto, los derechos económicos y sociales funcionan como justificación de la limitación o restricción de los derechos civiles y políticos de algunos individuos. Dado que algunos derechos humanos son susceptibles de razonable reglamentación, una de las posibles justificaciones de esta reglamentación es la adopción de medidas que tiendan a garantizar un derecho económico, social y cultural. Esta vía resulta importante en dos contextos:

a) Como justificación de las medidas adoptadas por el Estado para garantizar derechos económicos y sociales. Se trata de un contexto sumamente relevante en países de alta concentración —y por ende mala distribución— de la riqueza, ya que provee una justificación a la limitación de derechos —especialmente, del derecho de propiedad y de la libertad de comercio— de sectores que no padecen de necesidades, revistiendo de un cariz social a la función de la propiedad.

b) Como defensa de grupos desaventajados ante amenazas de recorte o aniquilación de un derecho social. Esta vía parece adecuada como defensa para impetrar ante amenazas sufridas por los derechos económicos y sociales, tales como el derecho a la vivienda, o el derecho a la salud. Resulta relevante además para demandar medidas en materia ambiental, cuando quienes afectan en medio ambiente son personas privadas.

El caso *James y otro v. Reino Unido*¹⁵⁰, del TEDH, representa un ejemplo de esta estrategia. En este complejo caso los demandantes

150. TEDH, caso *James y otros* del 21 de febrero de 1986 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 98). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Jurisprudencia 1984-1987*, cit., pp. 431-467.

eran administradores fiduciarios con arreglo al testamento del segundo Duque de Westminster. En el barrio de Belgravia, en Londres, la familia ducal había explotado y desarrollado una gran propiedad, con unas dos mil casas, y la había convertido en una de las mejores zonas residenciales de la capital. La ley de 1967 permitía a los arrendatarios que residían en la casa por un contrato de duración inicial, o por prórrogas superiores a veintiún años, adquirir la propiedad mediante una compraventa forzosa para el vendedor, sobre la base de condiciones y por un precio determinado, que éste no estaba en condiciones plenas de discutir. Entre 1979 y 1983 los arrendatarios de 80 fincas habían ejercido ese derecho. Luego otros lo hicieron hasta totalizar 215 viviendas cuya posesión habían perdido los demandantes. La cuestión en lo que atañe a nuestro análisis consistía en determinar si la legislación sobre arrendamientos a largo plazo que confería el mencionado derecho de rescate a los arrendatarios respondía a propósitos de interés público que justificaran la limitación del derecho de propiedad de los reclamantes, producida tanto por la cesión forzosa cuanto por la imposición del precio pagado. Los actores invocaban, entre otras normas, la violación del artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio. Este precepto garantiza el derecho de propiedad y sólo autoriza a los Estados a regular este derecho de acuerdo al interés general. El TEDH sostuvo al respecto:

La ley de 1967 pretendía corregir la injusticia que sufrían los arrendatarios ocupantes, según se creía, por la aplicación del sistema de contratos a largo plazo. Se proponía modificar la legislación vigente a la sazón, considerada injusta con dichos arrendatarios, y hacer efectivo lo que se llamaba su «título moral» sobre la propiedad de sus casas. Suprimir lo que se considera una injusticia social es una de las tareas propias de un legislador democrático. Ahora bien, las sociedades modernas consideran a la vivienda como una necesidad primordial, cuya regulación no puede dejarse por completo al libre juego del mercado. El margen discrecional es bastante amplio para abarcar una legislación que garantice en esta materia una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se inmiscuye en las relaciones contractuales entre personas privadas y no favorece directamente ni al Estado ni a la sociedad como tal. Por consiguiente, la finalidad que perseguía la ley de 1967 en principio estaba justificada.

La protección del derecho a la vivienda fue considerada como un legítimo propósito para justificar la restricción del goce pacífico de la posesión en el caso *Mellacher y otros v. Austria*¹⁵¹, en el cual se alegó

151. TEDH, caso *Mellacher y otros* del 19 de diciembre de 1989 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 169).

que una considerable reducción de la renta resultaba violatoria del artículo 1 del Protocolo n.º 1. El TEDH entendió infundada la petición pues sostuvo que la legislación interna de los Estados tienen un amplio margen de apreciación con relación a las políticas económicas y sociales. En el caso *Spadea y Scalabrino v. Italia*¹⁵², el TEDH consideró que una ley que suspendía los desalojos forzosos de viviendas urbanas por un período de cuatro años, tenía un fin legítimo pues estaba destinada a superar el vencimiento simultáneo de una gran cantidad de arriendos, lo que podía provocar un marcado déficit de viviendas, evitando de tal modo perjuicios a los inquilinos y un posible estado de tensión social y de amenaza del orden público. En tal sentido no había existido vulneración del derecho de propiedad. A su vez, en *Fredin v. Suecia*¹⁵³ el TEDH consideró que la revocación de una licencia para explotar una cantera de arenilla por razones de orden ambiental había tenido un fin legítimo, considerando que la protección del medio ambiente era un interés de importancia creciente en la sociedad que podía justificar en el caso la restricción del derecho de propiedad de los reclamantes¹⁵⁴.

Un campo importante de empleo de esta estrategia es el de la modulación de las relaciones contractuales o del ejercicio del derecho de propiedad cuando el objeto de la relación jurídica entre particulares consiste en la satisfacción de derechos sociales, tales como la salud, la educación o la provisión de vivienda. De tal manera, los derechos sociales pasan a limitar los poderes privados en el marco de relaciones entre particulares. Se trata de una extensión hacia otros derechos sociales de una lógica similar a la de los desarrollos sobre la protección de derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de

152. TEDH, caso *Spadea y Scalabrino*, del 28 de septiembre de 1995.

153. TEDH, caso *Fredin* del 18 de febrero de 1991.

154. En numerosos casos el tribunal rechazó peticiones de que determinados actos de los poderes del Estado habían violado derechos consagrados en el Convenio, considerando que esos actos se fundaban en la protección del medio ambiente y constituían restricciones razonables de derechos individuales. Así, en *Mateos e Silva, Ltd. y otros v. Portugal* (del 16 de septiembre de 1996) el TEDH consideró que la creación de una reserva natural en la costa de Algarve implicaba una restricción razonable del derecho de propiedad del reclamante y que servía a un legítimo interés general. Aunque entendió que la medida no era necesaria pues el Estado no la había implementado en tiempo oportuno. En *Piney Valley Developments Ltd. y otros v. Irlanda* (ECHR Serie A n.º 222 -1991-) el TEDH consideró que la prohibición de construir un depósito industrial y un complejo de oficinas en un cinturón ecológico constituía una interferencia en el derecho a gozar pacíficamente de la posesión, pero entendió que esa interferencia estaba justificada por un fin legítimo como era la protección del ambiente y que las acciones tomadas eran proporcionales a ese fin.

la empresa, elaborados por la doctrina laboral y consagrados por la jurisprudencia constitucional italiana y española¹⁵⁵.

Un ejemplo interesante proviene de la Corte Constitucional colombiana. Se trata de la sentencia T-065/93¹⁵⁶, en la que el tribunal acoge la acción de tutela presentada por dos alumnos de un colegio secundario privado de la ciudad de Neiva, que intentan hacer valer el derecho a la educación frente a la amenaza de ser suspendidos de clase y sufrir la cancelación de la matrícula. La razón de la amenaza de suspensión de clase y cancelación de la matrícula por parte de las autoridades escolar es simplemente la negativa de los alumnos a cortarse el pelo. Como puede verse, está en juego el conflicto entre el derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad de los alumnos, y el derecho de propiedad y la libertad contractual del establecimiento educativo privado, que pretende imponerles sus pautas disciplinarias como condición de permanencia en la institución.

La Corte Constitucional recuerda en su consideración del caso argumentos que ya había empleado en casos anteriores: a) la educación es un servicio público, una «actividad encaminada a satisfacer una necesidad general, en forma continua y obligatoria, sin importar que su prestación (esté) directamente a cargo del Estado o a cargo de instituciones privadas»; b) en el Estado social de derecho proclamado y consolidado en la Constitución de 1991, «el principio constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la participación de la comunidad educativa, han hecho del estudiante un sujeto activo con deberes y derechos que toman parte en el proceso educativo»; c) los reglamentos educativos, aun los de establecimientos privados, están sujetos al respeto de las principios y límites establecidos por la Constitución.

Un reglamento que consulte las nuevas realidades del educando no debe ser simplemente un instrumento de autoritarismo irracional llamado a reprimir expresiones de conducta que bien pueden ser opciones abiertas por la propia Carta (constitucional) como formas alternativas de realizar la libertad de vivir que no otra cosa es el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la

155. Cf. J. Aparicio Tovar y A. Baylos Grau (eds.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, 1992; A. Baylos Grau, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991, pp. 67-78; S. del Rey Guanter, *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Madrid, 1994; J. L. Goñi Sen, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988; A. Pedrajas Moreno, *Despido y derecho fundamental*, Madrid, 1992, pp. 15-99.

156. Corte Constitucional colombiana, Sentencia n.º T-065/93, del 26 de febrero de 1993.

Carta vigente. [...] En otros términos, los reglamentos de las instituciones educativas no podrán contener elementos, normas o principios que estén a contravía de la Constitución vigente e tampoco favorecer o permitir prácticas entre educadores y educandos que se aparten de la consideración y el respeto debidos de la privilegiada condición de seres humanos tales como tratamientos que afecten el libre desarrollo de la personalidad en un país que hace hoy de la diversidad y el pluralismo étnico, cultural y social principio de praxis general.

Establecida esta base, la Corte analiza la racionalidad de la amenaza de sanción en el caso particular:

La presentación personal no puede convertirse en un fin *per se* que haya de perseguirse con todos los instrumentos del autoritarismo hasta el punto de que aquéllos renuentes a aceptarlo, como ocurre en el presente caso con la pauta concerniente a la longitud de los cabellos, autorice su marginamiento de los beneficios de la educación y, de consiguiente, del mismo derecho constitucional fundamental del alumno. [...] Si la institución considera que sus alumnos deben llevar sus cabellos a una longitud determinada, los instrumentos más adecuados para lograr este propósito son naturalmente los propios de la educación, así sus resultados sean más lentos y en ocasiones casi nulos.

En consecuencia, hace lugar a la acción de tutela, ordena a las autoridades educativas no volver a incurrir en la conducta que dio lugar a la acción, y asigna a la doctrina del caso carácter obligatorio, del acuerdo a la reglamentación que rige la acción de tutela en Colombia.

En sentido similar, reforzado en gran medida por lo ya dicho sobre la tutela de otros derechos sociales a través de las normas de protección al consumidor, la Corte Constitucional colombiana ha avanzado en el resguardo del derecho a la salud en los casos en los que una prestadora privada de servicios de salud pretende limitar el alcance de la cobertura, dejando a cargo del afectado el pago suplementario de una intervención o negándose directamente a cubrirla. En la Sentencia T-533/1996¹⁵⁷, la Corte Constitucional decidió un caso en el que una empresa de medicina prepaga se negó a realizar una intervención quirúrgica urgente a la beneficiaria del plan, alegando que como la patología detectada se había iniciado con anterioridad a la fecha de suscripción del contrato, la compañía no debía cubrirla. La afectada acudió a la acción de tutela, fundándola en la

157. Corte Constitucional colombiana, Sentencia n.º T-553/96, del 15 de octubre de 1996.

afectación al derecho a la salud y a la seguridad social. Varias de las consideraciones de la Corte Constitucional resultan trascendentes para ilustrar las posibilidades de esta vía.

En primer lugar, la Corte discute la procedencia de la acción de tutela (equivalente a la de amparo) frente a particulares. Si bien el tribunal reconoce que, en el régimen legal colombiano, la procedencia de la acción de tutela entre particulares es excepcional, uno de los casos incluidos es precisamente «cuando se trate de particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión». A ese respecto, la propia Corte tenía dicho que «(l) a prestación de un servicio público se califica en relación con la responsabilidad confiada al particular. Según el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o particulares. Cuando los entes particulares asumen el encargo, lo hacen dentro del marco jurídico trazado por la Constitución y por la ley y, aunque conservan su naturaleza privada, son responsables, como lo serían las entidades del Estado, en lo que concierne a la prestación del servicio. De allí su equiparación, en términos de derechos fundamentales, a la autoridad pública». De modo que las empresas de medicina prepaga pueden ser sujetos pasivos de la acción de tutela.

En segundo término, se analiza la procedencia de la acción de tutela teniendo en cuenta la existencia de vías procesales ordinarias a través de las cuales pueden discutirse los alcances de las obligaciones contractuales. El punto que la Corte aborda es la idoneidad de los medios judiciales alternativos para la «efectiva, concreta e inmediata defensa del derecho constitucional fundamental objeto de violación o amenaza»:

El medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa, y en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía.

En el caso examinado, la Corte concluye que, aunque la controversia surja de un problema de interpretación contractual, el ejercicio de la acción ordinaria hubiera tomado varios años para la definición del punto y, ante la amenaza a la salud y a la vida de la paciente,

tal acción resultaría inútil y tardía para la protección de los derechos en juego.

Sobre la cuestión de fondo, la Corte se dedica a analizar las características del contrato de servicios de medicina prepaga. Tratándose de contratos que, con una lógica similar a la del seguro, ponen a cargo de la empresa la cobertura de los percances y dolencias sufridas por el beneficiario a partir de la celebración, las partes contratantes «deben gozar de plena certidumbre acerca del alcance de la protección derivada del contrato y, por tanto, de los servicios médico asistenciales y quirúrgicos a los que se obliga la entidad de medicina prepaga y que, en consecuencia, pueden ser demandados y exigidos por los usuarios». En ese orden de ideas, las partes contratantes «desde el momento mismo de la celebración del contrato... deben dejar expresa constancia... sobre las enfermedades, padecimientos, dolencias o quebrantos de salud que ya sufren los beneficiarios del servicio y que, por ser preexistentes, no se encuentran amparados». Para ello, la compañía puede, *antes* de la suscripción del convenio, practicar los exámenes de salud correspondientes. «(D)eterminada con claridad la situación de salud vigente a la fecha del contrato en lo que respecta a cada uno de los beneficiarios, se deben consignar de manera expresa y taxativa las preexistencias, de modo que las enfermedades no comprendidas en dicha enunciación deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al correspondiente acuerdo contractual». La Corte considera entonces que «la compañía desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, y pone en peligro la salud y la vida de los usuarios cuando se niega a autorizar —a su cargo— la prestación de servicios, la práctica de operaciones y la ejecución de tratamientos y terapias referentes a enfermedades no incluidas en la enunciación de la referencia —que, se repite, es taxativa—, pues ella se entiende parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes». De modo que queda excluida «toda posibilidad de que, ya en el curso del contrato, la compañía modifique, en contra del usuario, las reglas de juego pactadas y pretenda, con base en dictámenes médicos posteriores, emanados de profesionales a su servicio, deducir unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se había venido gestando o desarrollando desde antes de su celebración y que, por tanto, pese a no haber sido enunciada como preexistencia, está excluida». Ese comportamiento «resulta altamente lesivo del principio de buena fe, inherente a todo servicio público, y se constituye en peligroso instrumento contra los derechos fundamentales de las personas, quienes en las circunstancias descritas —dada

la unilateralidad de la decisión— quedan totalmente a merced de la compañía con la cual han contratado».

Por ello, amén de otras razones que juegan en el caso particular, la Corte hace lugar a la acción de tutela e impone sobre la empresa de medicina prepaga hacerse cargo de la intervención quirúrgica en el menor tiempo posible.

La jurisprudencia brasileña desarrollada a partir de la aprobación del Código de Defensa del Consumidor, en 1990, ha seguido líneas similares en la interpretación de obligaciones que surgen de planes privados de salud. Los precedentes jurisprudenciales son numerosos, y han sacado especial partido de la aplicación de principios tales como los de interpretación y cumplimiento de buena fe de los contratos¹⁵⁸, interpretación más favorable al consumidor y en contra del predisponente¹⁵⁹, interpretación restrictiva de las cláusulas que importan restricciones o exclusiones en la prestación del servicio e inoponibilidad de las cláusulas abusivas¹⁶⁰. Algunos de los temas abordados a partir de estas pautas hermenéuticas se refieren a la interpretación restrictiva o la directa exclusión por abusivas de cláusulas de planes de salud que limiten la duración de la internación cubierta por el plan¹⁶¹, la taxatividad y aplicación del principio de buena fe en la determinación de enfermedades preexistentes no cubiertas¹⁶², la interpretación restrictiva de cláusulas excluyentes de

158. Ver, por ejemplo, Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, 8.^a Cámara de Derecho Privado, Embargos Infringentes n.º 272.075-2/SP, del 13 de noviembre de 1996, por el que se decide que el intento de oposición de una cláusula restrictiva de la cobertura diez años después de la celebración del contrato es irrazonable y contraria al principio de buena fe.

159. Ver, por ejemplo, Superior Tribunal de Justicia, Caso n.º 259.788/SP (99/0078777-3) del 19 de octubre de 1999, en el que a partir de la interpretación más favorable al consumidor, se anula una interpretación amplia de la cláusula que excluye «internaciones para SIDA».

160. Ver, por ejemplo, Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, 4.^a Cámara de Derecho Privado, Apelación Civil n.º 9.096-4/SP, del 13 de junio de 1996, en el que —considerando que la potencialidad abusiva de la cláusula se esclarece con la ejecución del contrato— se declara que la cláusula a partir de la cual el prestador pretende excluir de la cobertura al tratamiento del SIDA es abusiva.

161. Ver, por ejemplo, Superior Tribunal de Justicia, Recurso Especial n.º 158.728/Río de Janeiro, del 16 de marzo de 1999, en el que se decide que es abusiva una cláusula que limita el tiempo de internación del asegurado, quien prorroga su presencia en la unidad de tratamiento intensivo o es nuevamente internado en relación con el mismo hecho médico, fruto de complicaciones de la dolencia cubierta por el plan de salud.

162. Ver, por ejemplo, Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, 7.^a Cámara de Derecho Privado, Apelación Civil n.º 9.574-4/Santo André, SP, del 18 de marzo de

enfermedades cubiertas¹⁶³, la prevalencia de la protección a la vida sobre los intereses patrimoniales de la prestadora¹⁶⁴, etcétera.

En la jurisprudencia argentina la misma cuestión ha merecido diferentes tratamientos. En el caso *TJM c. Nubial S. A.*¹⁶⁵, la Cámara Nacional Civil, al confirmar la sentencia dictada por el juez de primera instancia que hizo lugar una acción de amparo, impuso a una empresa de medicina prepaga la obligación de cubrir al demandante (afectado del virus HIV/SIDA) los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos correspondientes a su infección. La ley 24.754, por la que se impone a las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga prestar cobertura a las personas afectadas de SIDA, había entrado en vigencia con posterioridad a que el actor contrajera la enfermedad, por lo que la demandada pretendía que dicha norma no la obligaba a cubrir ese caso concreto. Argumentaba que la aplicación retroactiva implicaría una intromisión del legislador dentro de un contrato privado de fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley. Al confirmar la condena impuesta en primera instancia, la Cámara sostiene que no se afecta el derecho de propiedad de la empresa, en tanto no se reclama que se le pague al actor suma alguna en concepto de gastos efectuados antes de la vigencia de la ley, sino con posterioridad a ella. La actividad comercial que desarrollan esas empresas —se sostuvo— tiende a proteger las garantías constitucionales del derecho a la vida y la integridad personal de sus contratantes, asumiendo así un compromiso social que impide reconocerles «sin más la facultad de resolver el contrato».

En el caso *Hospital Británico c. Ministerio de Salud y Acción Social*¹⁶⁶, la demandante, una empresa de medicina prepaga, interpo-

1998, donde se decide que, en caso de ausencia de verificación del estado de salud de la consumidora al momento de contratar, la prestadora no puede negar la cobertura bajo la excusa de preexistencia de la enfermedad.

163. Ver, por ejemplo, Primer Tribunal de Apelación Civil de San Pablo, 9.ª Cámara, Apelación Civil n.º 769.112-3, del 7 de abril de 1984, que decide que si la prestadora tenía conocimiento de la enfermedad preexistente al contrato, y continuó cobrando la prima, debe entenderse que renunció al derecho de no cubrir el trasplante requerido por la enfermedad preexistente a la realización del contrato.

164. Ver, por ejemplo, Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur, Apelación Civil 6.ª Cámara Civil, caso n.º 596.116.392, del 27 de agosto de 1996, en el que se declara procedente la tutela anticipada para impedir la rescisión del contrato en pleno tratamiento, haciendo prevalecer la protección de la vida humana en detrimento de los intereses patrimoniales del prestador.

165. Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, Sala C, caso *TJM c. Nubial S.A.*, del 14 de octubre de 1997.

166. Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social, Sala II, caso *Hospital Británico c/ Ministerio de Salud y Acción Social*, del 15 de julio de 1998: *La Ley*, Suplemento Derecho Constitucional del 14 de diciembre de 1998, p. 22.

ne acción de amparo contra el Estado Nacional tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.754. Considera la accionante que la sanción de esa ley, que ordena a las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga a cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, violenta sus garantías constitucionales de la propiedad, de la libertad contractual y de ejercer toda industria lícita. Cambiando el rumbo que podía perfilarse a partir de caso *Nubial*, en una interpretación restrictiva en cuanto a la extensión de la cobertura, la Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social hace lugar a la acción y declara la inconstitucionalidad de la ley 24.754. Para decidir así, considera que la ley impugnada pretende situar a las empresas de medicina prepaga en igualdad de condiciones con las entidades de servicios sociales, y que ello es incorrecto pues podría acarrear a aquéllas serios perjuicios económicos. En tal sentido, se aclara que, a diferencia de las obras sociales que reciben subsidio del Estado y que a pesar de haber sido desreguladas «gozan a su favor de una virtual clientela cautiva», las entidades de medicina prepaga «tienen derecho a realizar su labor sanitaria dentro de un plano de libertad que vede cualquier intromisión por parte del Estado, ya que —en definitiva— ningún aporte reciben del mismo y su expectativa para subsistir en el mercado económico es la propia de cualquier particular sometido al libre juego de la oferta y la demanda». Sobre esa base los camaristas intervinientes estiman que la imposición a las entidades de medicina prepaga de la cobertura de determinadas patologías de exorbitante costo económico como el SIDA y la drogadicción, afecta el contenido estructural de los contratos que dichas empresas celebran con los particulares y las obligan a competir en condiciones desiguales con las obras sociales.

Finalmente los jueces entienden que su decisión en el sentido de acoger el amparo no implica mengua de los derechos de los particulares, en tanto la cobertura de los drogodependientes y de los afectados por el virus HIV/SIDA puede ser obtenido por parte de las obras sociales o de los hospitales públicos, «sin mengua de los derechos de los particulares y de las organizaciones médicas que cumplen su función social basadas en las premisas propias que hacen al giro de la empresa, como entidades destinadas a satisfacer un fin económico». Siguiendo el mismo hilo argumental añaden «que la promoción de los derechos sociales o comunitarios perderá su sentido si se impulsara a costa de barrenar o menoscabar injustamente los derechos individuales, ya que ambos deben conjugarse en un justo equilibrio».

Nótese que se trata en cada caso de tribunales pertenecientes a

distintos fueros. Si bien todavía el debate sobre el fuero al que le correspondería entender en este tipo de casos no ha quedado cerrado, es bastante dudoso que le corresponda a la Cámara de la Seguridad Social, tribunal que falló en esta oportunidad. Lo paradójico de la cuestión —que motiva que incluyamos las referencias a estos casos— es que el tribunal civil decidió a favor de la cobertura, interpretando que las relaciones contractuales privadas resultan moduladas cuando está en juego el derecho a la vida y a la salud, mientras que el tribunal de la Seguridad Social decidió a partir de una lógica contractual de corte rígidamente clásico, haciendo valer el interés contractual de la demandante sin consideración del contenido del convenio.

f) La información como vía de exigibilidad de derechos sociales

Otra de las vías indirectas para hacer justiciables las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales es el reclamo de información relativa a esos derechos. Una de las características fundamentales de la información es su carácter de medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. En línea con lo dicho sobre las garantías procesales, puede establecerse un paralelo entre la información y la justificación tradicional de aquellas garantías: las garantías también son consideradas derechos en sí mismos, y requisitos de la existencia de otros derechos¹⁶⁷. De igual modo, la información tiene, además de un valor propio, un valor instrumental, que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos¹⁶⁸.

Hemos señalado en el capítulo 2 que la falta de producción de información pública, o la privación de acceso a dicha información, también constituyen violaciones de obligaciones del PIDESC asumidas por el Estado. Ello se debe, entre otras razones, a que la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está sujeta en gran medida a la definición previa de la conducta debida por el Estado, definición que sin embargo resulta imposible sin información previa acerca de la situación de cada derecho. El control de cumplimiento de la obligación de progresividad, por ejemplo, cuando involucra el análisis de la evolución de indicadores de re-

167. CIDH, Opinión Consultiva n.º 9, «Garantías Judiciales en Estados de Emergencia», del 6 de octubre de 1987 (Serie A n.º 9).

168. Remitimos para una mayor fundamentación de este punto otro trabajo nuestro, V. Abramovich y C. Courtis, «El acceso a la información como derecho», en E. L. Duhalde (ed.), *Anuario de Derecho a la Información* (Buenos Aires, Madrid) 1 (2000).

sultado¹⁶⁹, requiere necesariamente información que permita conocer al menos el punto de partida y el punto de llegada que están bajo comparación. El punto fundamental de esta cuestión está dado por la imposibilidad de conocer el contenido exacto de la obligación estatal sin conocer previamente el estado de goce de un derecho social —salud, vivienda, educación—, de modo que la falta de información sobre la situación de ese derecho frustra las posibilidades de su exigibilidad, dado que resulta imposible establecer una comparación entre la situación anterior y la posterior a la adopción de medidas por parte del Estado. Por ello, uno de los motivos más comunes de censura del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a los Informes de los Estados se centra en la falta de información, o bien en la desactualización o pobreza de la información presentada por el Estado. El propio Estado argentino, por ejemplo, admite en la contestación de las observaciones de la pre-sesión en la que se consideró su Informe presentado en 1997, que «no está en condiciones de realizar un diagnóstico global del estado nutricional de madres y niños/as debido a la carencia de registros apropiados en varias provincias, y al uso de indicadores y límites de inclusión diferentes, entre las mismas», lo que significa, en términos llanos, que pese a que existe cierta información, la inexistencia de patrones comunes la hacen inútil a los fines de evaluar el cumplimiento de sus obligaciones.

Desde otro ángulo, el derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en general y en especial de aquellas desarrolladas en el área económica y social, al tiempo que contribuye a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado debe disponer los medios necesarios para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la información pública. Específicamente, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado debe producir y poner a disposición de los ciudadanos, como mínimo, información sobre: a) el estado de la situación de las diferentes áreas concernidas, en especial cuando su descripción requiera de mediciones expresadas mediante indicadores, y b) el contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas, con expresa mención de sus fundamentos, objetivos, plazos de realización y recursos involucrados. Pueden señalarse algunos desarrollos conexos, útiles para inspirar el empleo de

169. Tales como erradicación de la mortalidad infantil, de las enfermedades endemo-epidémicas, del analfabetismo, o la extensión de la gratuidad de la educación universitaria.

esta vía. Por ejemplo, resultan un parámetro interesante los casos en los que se demanda información sobre actividades públicas al Estado, fundándose en el principio de publicidad de los actos de gobierno —característico de la forma republicana de gobierno, y del Estado democrático de derecho—, en el derecho de acceso a la información, y aún en el derecho a la libertad científica e investigativa. El desarrollo de legislación específica sobre acceso a la información pública en países tales como los Estados Unidos¹⁷⁰, Francia¹⁷¹, España¹⁷² y más recientemente la Argentina es un buen punto de inicio para apoyar esta estrategia. Amén de resultar un ejemplo más del género, el acceso a la información pública en materia de derechos económicos, sociales y culturales agrega a su favor, como se dijo, la estrecha dependencia del goce universal de estos derechos de la adopción de medidas positivas por parte del Estado, que, incumpliendo con aquella obligación, sustrae del necesario control el cumplimiento de sus obligaciones esenciales en la materia.

En materia de derechos económicos, sociales y culturales cabe, además, señalar el desarrollo de una extendida consciencia de la necesidad de contar con información previa a la adopción de decisiones que, una vez tomadas, pueden resultar irreversibles, o bien provocar un daño irreparable. Esta lógica de exigencia previa de información

170. Para un balance doctrinario y jurisprudencial sobre la cuestión en el derecho estadounidense, puede consultarse: M. J. Perry, «Freedom of Expression: An Essay on Theory and Doctrine»: 78 *Northwestern University Law Review* 1.137 (1983); V. Blasi, «The Pathological Perspective and the First Amendment»: 85 *Columbia Law Review* 449 (1985); R. A. Cass, «The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory»: 34 *UCLA Law Review* 1.405 (1987); L. Byard Splum, «Freedom of Communicative Action: A Theory of the First Amendment Freedom of Speech»: 83 *Northwestern University Law Review* 54 (1989).

171. Ver F. Santaolalla, «Francia: el secreto administrativo»: *DA* 176 (1977), pp. 159 ss.; L. Díez Picazo, «Francia: el decreto 83/1.025 sobre relaciones de la administración con sus usuarios»: *REDA* 43 (1984), pp. 577 ss.; P. Dibout, «Pour un droit á la communication des documents administratifs»: *RA* 173 (1976), pp. 493 ss.; G. Braibant, *Le Droit administratif francais*, París, 1984, pp. 400 ss.; G. Braibant, N. Questiaux y C. Wiener, *Le controle de l'Administration et la protection des citoyens*, París, 1977; J. Auby, «Hacia la transparencia de la Administración en Francia»: *RAP* 95 (1981), pp. 315 ss.

172. Cf. E. Gómez-Reino y Carnota (comp.), *Legislación básica de Derecho a la Información*, Madrid, 1994; M. Álvarez Rico, «El derecho de acceso a los documentos administrativos»: *DA* 183 (1979), pp. 103 ss.; F. Sáinz Moreno, «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos»: *REDA* 24 (1980), pp. 119 ss.; A. Vidal y Gironés, «Documentación y Administración»: *DA* 180 (1978), pp. 31 ss.; L. A. Pomed Sánchez, *El Derecho de Acceso de los ciudadanos a los Archivos y Registros Administrativos*, Madrid, 1989. Para Portugal, ver A. C. Santos, M. E. Gonçalves y M. M. Marques, *Direito Económico*, Coimbra, 1998, título XI.

como resguardo se ha extendido en diversas ramas del derecho reguladas a partir de la matriz paradigmática del derecho social: así, el derecho ambiental (a través de la exigencia de informes de impacto ambiental previos a la adopción de medidas que puedan afectar el ambiente), el derecho del consumidor (a través de la exigencia de información veraz y adecuada), el derecho de los pueblos indígenas y de minorías culturales (a través de la exigencia de informes de impacto cultural previos a la adopción de medidas que puedan afectar la vida cultural del grupo), el derecho laboral (a través de la exigencia de información sobre gestión de la empresa a favor de los sindicatos y los trabajadores, en especial en períodos de crisis o en procesos de relocalización), etcétera. No es casual que, dadas las dificultades de tutela directa de los derechos sociales, se produzca un cierto desplazamiento preventivo que tiende a protegerlos a través de la información.

Otro ejemplo de uso posible del derecho a la información, como vía indirecta de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales, consiste en considerar la información como presupuesto del ejercicio de un derecho. La información funciona en estos casos como presupuesto de la posibilidad de una decisión racional por parte del titular de un derecho. En muchos casos en los que el orden jurídico concede a las personas un marco de posibilidades de acción o elección, el ejercicio efectivo del derecho sólo tiene sentido en la medida de la existencia de información previa que haga posible una verdadera elección.

Ilustraremos lo dicho con algunos casos. Un ejemplo interesante de protección de derechos culturales que involucra el derecho a la información es el derecho de consulta a las comunidades indígenas ante medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar su territorio, patrimonio cultural o identidad colectiva, establecido por los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas¹⁷³. Si bien dicha disposición

173. El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone en su artículo 6 que los Estados tienen la obligación de «consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente». El artículo 7 establece que «los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vida, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente». El artículo 15 establece que: «1. Los derechos de los pueblos

va más allá del simple derecho de acceder a la información que los afecte, garantizando un derecho de los pueblos indígenas a la participación en la toma de decisiones, es indudable que existe un componente directamente vinculado con la obligación positiva del Estado de producir y brindar la información pertinente para dicha toma de decisiones. La consulta supone información previa sobre el impacto ambiental y socio-cultural de las medidas planeadas sobre la comunidad, su territorio y sus costumbres. Este derecho de información previa y consulta se considera parte fundamental del derecho colectivo al respeto de la identidad cultural de las comunidades indígenas, y constituye una herramienta indispensable para la protección del territorio ancestral (*cultural land*). El Estado debe, en este caso, aportar por sí la información relevante, sometiéndola a consulta de los pueblos indígenas, sin necesidad de requerimiento o solicitud por parte de éstas.

La Corte Constitucional colombiana ofrece un ejemplo de este punto en un caso de tutela de derechos culturales de la comunidad U'wa. En la Sentencia SU-39 de 1997¹⁷⁴, la Corte tuvo la oportunidad de decidir en un caso en el que se puso en cuestión la falta de consulta previa del gobierno colombiano a la comunidad U'wa, para la concesión a una empresa privada de una licencia ambiental destinada a adelantar exploraciones sísmicas tendientes a constatar la existencia de yacimientos petrolíferos en el área de asentamiento de la etnia. Amén de invocar normas constitucionales que protegen los derechos de las minorías étnicas (art. 7, Constitución colombiana), derecho al territorio (arts. 286, 329 y 357), derecho a la autodeterminación (art. 330), derecho a la lengua (art. 10), derecho a la cultura étnica (arts. 70, 95-8 y 72) y derecho a la participación social y comunitaria (arts. 40 y 79), la acción de tutela se funda en la violación de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 sobre pueblos indígenas o tribales, adoptado por la OIT.

interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de estos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultados de estas actividades».

174. Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-39 de 1997, 3 de febrero de 1997.

El Estado alegó que la consulta se había efectuado, señalando la realización de una reunión de funcionarios estatales y representantes de la empresa petrolera con miembros de la comunidad indígena. En lo que resulta relevante a los fines de esta exposición, el tribunal interpreta las obligaciones adoptadas por el Estado al ratificar el Convenio 169 de OIT del siguiente modo:

La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimiento y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano de características singulares.

Concretamente, la Corte considera que la reunión realizada fue insuficiente a efectos de cumplir con las obligaciones que surgen de la Constitución y del Convenio 169, y ordena —con el fin de hacer efectivo el derecho a la participación de la comunidad U'wa— que se proceda en el término de treinta días hábiles a efectuar la consulta debidamente.

Un segundo ejemplo de esta función de la información proviene del derecho ambiental. Se trata de la necesidad de informe de impacto ambiental previo a la realización de obras que puedan afectar el medio ambiente. En este caso, la producción de información es un presupuesto previo a la exigibilidad del derecho «a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano» (art. 41, Constitución argentina) pero el requerimiento de producción de información, dirigido por lo general al Estado, tiene básicamente una función cautelar. En realidad en materia ambiental juegan tres principios complementarios vinculados todos ellos al uso de la información: el acceso a información ambiental¹⁷⁵, la declaración de impacto am-

175. Existen diversos instrumentos internacionales que consagran el deber del Estado de proveer información ambiental como el Principio 10 de la Declaración de Río y el capítulo 23 de la llamada Agenda 21. En igual sentido el artículo 6 de la Convención Marco sobre Cambio Climático. En la Unión Europea se ha establecido el

biental previa¹⁷⁶ y la protección cautelar¹⁷⁷. Por un lado el reconocimiento de un derecho de acceso a información ambiental en determinadas circunstancias permite a los potenciales afectados recabar datos sobre determinadas actividades eventualmente peligrosas para el ambiente. Además, con relación a determinadas actividades que por sus características pueden ser consideradas riesgosas para el ambiente se establece la necesidad de estudios o declaración de impacto ambiental previo. Esto es, se obliga al Estado o a un particular a producir información sobre el posible impacto ambiental de la actividad planeada. Por último, frente a actividades que amenazan el ambiente, el principio de protección cautelar establece que la falta de certeza científica sobre la futura producción de un daño no puede justificar la omisión de medidas para evitar o mitigar esa amenaza.

derecho a la información ambiental en determinados supuestos. Ver Directiva 90/313, del 7 de junio de 1990, sobre Libertad de Acceso a Información sobre el Ambiente. También la Convención de Aarhus, «Convención sobre Acceso a Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en Materia Ambiental», patrocinada por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

176. Ver Directiva 85/337 CEE del 27 de junio de 1985, sobre Declaración de Impacto de Ciertos Proyectos Públicos y Privados sobre el Ambiente.

177. El denominado «principio de protección cautelar» (*precautionary principle*) establece que «(c)uando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente». Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, UN Doc A/CONF 151/26/Rev.1 (Vol. I) p. 3, Principio 15 (1992) (Declaración de Río). El principio de protección cautelar ha sido incluido en muchos otros acuerdos ambientales internacionales recientes. Por ejemplo, el Preámbulo de la Convención sobre Biodiversidad establece que «cuando exista una amenaza de significativa reducción o pérdida de diversidad biológica, la falta de certeza científica plena no debe ser empleada como razón para posponer medidas para evitar o minimizar esa amenaza». Muchos juristas consideran que se trata de un principio de derecho consuetudinario internacional. Por ejemplo, J. M. van Dyke, «The Straddling and Migratory Stocks Agreement and the Pacific»: 11 *International Journal of Marine and Coastal Law* 410 (1996). «Los comentaristas han discutido si el principio de protección cautelar ha sido oficialmente aceptado como norma de derecho internacional consuetudinario, que es formalmente obligatorio para todas las naciones. El principio ha sido incluido universalmente en tratados de tal modo que parece haber adquirido ese estatus.» Ver también Informe de la Reunión del Grupo de Expertos sobre Identificación de Principios de Derecho Internacional para el Desarrollo Sostenible (Ginebra, 26 al 28 de septiembre de 1995), preparado para la Cuarta Sesión de la Comisión de Desarrollo Sustentable (18 de abril al 3 de mayo de 1996), p. 18, «el principio de protección cautelar puede exigir que se regule y posiblemente se prohíba actividades y sustancias que pueden ser dañinas para el ambiente, aunque no esté concluyente o sobradamente probado el daño o la posibilidad de daño que esas actividades puedan causar al medio ambiente»; D. Hunter *et al.*, «Concepts and Principles of International Environmental Law: An Introduction»: 6 *UNEP Trade & Environment Series* n.º 2 (1994).

Los principios actúan complementariamente, pues si frente a una actividad potencialmente peligrosa no se realiza por ejemplo un estudio previo de impacto, debe hacerse jugar en consecuencia el principio de protección cautelar, en virtud del cual puede exigirse la paralización de la actividad, hasta que se determinen sus posibles costos ambientales.

Por ello, gran parte de los casos jurisprudenciales en materia ambiental no se refieren estrictamente a la prohibición de medidas que se sabe a ciencia cierta causarán un daño al medio ambiente, sino más bien a situaciones en las que el litigante cuestiona la falta de información o de estudios respecto de los potenciales efectos ambientales de la realización de una medida determinada. Así, dos de los *leading cases* argentinos en la materia, los casos *Kattan*¹⁷⁸ y *Schroeder*¹⁷⁹ responden a este esquema. En el primero, el litigante solicitó la suspensión de una medida que autorizaba la captura de toninas overas, alegando que la falta de estudio de impacto ambiental previo impedía conocer las consecuencias de la medida sobre el medio ambiente. En *Schroeder*, el litigante solicitó la anulación de un llamado a licitación pública para instalar una planta de residuos tóxicos en el área metropolitana de Buenos Aires, señalando la falta de estudio hidrológico previo de las napas potencialmente afectadas, y la delegación de la realización de informe de impacto ambiental al propio concesionario de la licitación, después de realizada ésta. Como se ve, en ambos casos el tipo de control que se ejerce sobre los actos impugnados es preventivo, ya que la falta de información adecuada impide conocer los efectos de la ejecución de la medida o de la obra. Ambos casos representan ejemplos de aplicación del principio de protección cautelar, que ha merecido un amplio reconocimiento en el derecho ambiental.

El principio de declaración de impacto ambiental y de protección cautelar han sido utilizados además para proteger intereses ambientales y culturales de comunidades indígenas en los tribunales estadounidenses. En el caso *Sierra Club v. Coleman*¹⁸⁰ grupos ambientalistas presentaron una acción contra el gobierno de los Estados Unidos para interrumpir el proyecto de construcción de la denominada *Darien Gap Highway*, una porción de la autopista que iba a ser construi-

178. Juzgado Primera Instancia Federal Contencioso-administrativo, caso *Kattan, Alberto E. y otro c. Gobierno nacional (Poder Ejecutivo)*, del 10 de mayo de 1983, en *La Ley*, 1983-D, pp. 576 ss.

179. Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala III, caso *Schroeder, Juan c. Estado Nacional -Secretaría de Recursos Naturales*, del 8 de agosto de 1994, en *La Ley* 1994-E, pp. 449 ss.

180. *Sierra Club v. Coleman*, 405 F. Supp. 53 (D.D.C. 1975).

da entre Panamá y Colombia como enlace de la autopista panamericana —es decir, el sistema vial de conexión del continente americano—. Un estudio inicial de impacto ambiental había advertido sobre la posibilidad de que la construcción causara la extinción cultural de los pueblos Choco y Chuna que habitaban junto al trazado de las rutas. El tribunal de distrito entendió que el gobierno no había considerado adecuadamente el impacto cultural de la autopista planeada ni la posibilidad de trazados alternativos de las rutas que pudieran evitar el riesgo de ese impacto, y ordenó una medida tendiente a detener las obras. La corte de apelaciones revocó la orden al entender que el gobierno había estudiado adecuadamente y considerado las posibles consecuencias del proyecto, en *Sierra Club v. Adams*¹⁸¹, pero reafirmó la necesidad de determinar el posible impacto adverso de este tipo de obras antes de su construcción.

También puede mencionarse el uso de estos principios para tutelar el derecho a la salud cuando está en íntima vinculación con la protección del medio ambiente. En el caso *Shehla Zia v. WAPDA*¹⁸², la Suprema Corte de Paquistán revisó la impugnación presentada por un grupo de ciudadanos contra la proyectada construcción de una estación de energía eléctrica. Los demandantes alegaban que las emanaciones electromagnéticas de las líneas de transmisión de alto voltaje amenazaban seriamente la salud de los residentes del área y dañaban el ambiente. La Corte se negó a admitir que el proyecto continuara hasta que sus efectos potenciales fueran analizados por una entidad independiente de la demandada, que era la agencia estatal responsable de la planificación y la construcción de la estación. Las partes le suministraron a la Corte información sobre estudios científicos y artículos de distintos países en los que se analizaban los efectos nocivos para la salud de este tipo de proyectos que afectaban a quienes vivían o trabajaban cerca de las instalaciones de alto voltaje de energía eléctrica. Luego de examinar la prueba, la Corte estableció que «en este estado no es posible otorgar un fallo definitivo sobre el reclamo de ninguna de las dos partes. Existe un estado de incertidumbre y en esta situación las autoridades deberían observar las reglas de prudencia y precaución. La regla de prudencia implica adoptar aquellas medidas que puedan impedir el mencionado peligro, si éste ocurriera. La regla de la política de precaución implica que lo primero a

181. *Sierra Club v. Adams*, 578 F.2d.389 (D.C. Circ. 1978).

182. Ver PLD 1994 Supreme Court 693 (Paquistán). El fallo puede consultarse en la página web /estrellas.elaw.org/cases/Pakistan/ziavwapda.htm/. Agradecemos a Durwood Zaelke del *Center for International Environmental Law* (CIEL) por habernos suministrado esta información.

considerar es el bienestar y la seguridad de los seres humanos y el ambiente y luego diseñar y ejecutar el plan que mejor se adapte para evitar el posible riesgo o adoptar aquellas medidas cautelares alternativas que puedan asegurar indemnidad»¹⁸³. La Corte revisa luego el principio 15 de la Declaración de Río, y sostiene:

El principio 15 prevé: a) la regla de precaución y prudencia. De acuerdo con ella, si existe una amenaza seria de un daño, deberían adoptarse medidas efectivas para controlarlo y estas medidas no deberían ser pospuestas solamente sobre la base de que los estudios o las investigaciones científicas no tienen resultados ciertos o conclusivos. Esto adhiere al principio de que prevenir es mejor que curar. El enfoque de la protección cautelar tiende a evitar la catástrofe en un estado temprano... parece razonable tomar medidas preventivas y cautelares directamente en lugar de mantener el status quo debido a que no existen conclusiones ciertas acerca del efecto de los instrumentos electromagnéticos en la vida humana¹⁸⁴.

Sobre la base del principio de protección cautelar considerado como un principio del derecho internacional, la Corte paquistaní prohibió la construcción de la estación hasta que nuevos estudios determinaran claramente el impacto de la obra en la salud de la población y el ambiente.

No se advierten en principio inconvenientes para que la obligación de producción de información previa a la autorización de obras o emprendimientos industriales pueda cumplir una función cautelar en relación con otros derechos económicos, sociales y culturales. La obligación cautelar de producción de información o, dicho en otros términos, el estudio previo del impacto de nuevas actividades económicas, cuando éstas dependan de una autorización o habilitación del Estado, puede convertirse en un medio idóneo de protección de los derechos sociales. Si es mensurable el efecto adverso que una determinada actividad económica puede tener, por ejemplo, en el derecho al trabajo —por la afectación del nivel de empleo, o de la calidad del empleo—, no se advierte por qué el Estado, en cumplimiento de su deber de protección y garantía, no pueda verse obligado por un juez a medir ese impacto, antes de autorizar esa actividad, del mismo modo en que debe medir el impacto ambiental o socio-cultural de determinados emprendimientos privados. En este caso, la acción de naturaleza cautelar debería dirigirse a suspender cualquier acto administrativo de autorización, hasta tanto no se garantice, tras un estudio técnico de

183. *Ibid.*, § 8.

184. *Ibid.*, § 9.

impacto sobre el empleo en el área potencialmente afectada, que la actividad de que se trate resultará inocua o al menos se determinen sus potenciales efectos adversos. Es indudable que la valoración de esos efectos puede disuadir de autorizar la obra o el proyecto y que la omisión de evaluación puede ser considerada, en determinadas casos, como un incumplimiento de las obligaciones del Estado¹⁸⁵.

En tal sentido es interesante recordar que, como dijéramos en el capítulo 2, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha impuesto a los Estados fuertes obligaciones de producción de información en relación con el derecho a la vivienda, la educación y la salud. Respecto a este último derecho, el Comité, al interpretar el artículo 12 del PIDESC, ha fijado detalladamente obligaciones estatales de producción de información relativas a la higiene y la seguridad industrial, con remisión expresa a los Convenios 155 y 161 de la OIT¹⁸⁶. De tal modo, además de los canales tradicionales de exigencia de información a la empresa en materia de salubridad laboral, el PIDESC agrega la posibilidad de exigir al Estado la producción de información en cumplimiento de sus deberes de protección y garantía del derecho a la salud en el ámbito industrial. En línea con lo dicho, entendemos que no es irrazonable imaginar por ello que algunos de los principios señalados, en relación con el uso de la información en el derecho ambiental, puedan ser utilizados en acciones contra los Estados para reclamar el cumplimiento de sus obligaciones bajo el artículo 12 del PIDESC en casos en los que se invoquen por ejemplo amenazas o peligros contra la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente del trabajo. El Estado debe producir información general como parte de su política de salud o como presupuesto de sus campañas de seguridad e higiene industrial, pero también puede ser obligado a producir información particular acerca del potencial carácter nocivo de determinados equipos, sustancias, agentes o procedimientos de trabajo que sean utilizados o que pretendan ser empleados por un actor privado, en cumplimiento de su deber de proteger el derecho social en juego. La información será un presupuesto para evaluar si la acción del Estado en materia de policía del trabajo ha cumplido o no los estándares legales.

185. No es difícil imaginar actividades (una explotación minera o forestal, una obra de infraestructura de gran escala) que puedan provocar un impacto adverso relativamente mensurable en la salud pública, la preservación del patrimonio cultural, la vivienda adecuada y las condiciones de acceso a los servicios básicos que integran el concepto de vivienda adecuada, la alimentación y las condiciones de vida de determinados sectores de la población.

186. Ver al respecto Observación General n.º 14, § 35, 36 y 37 y nota 25.

También constituye un buen ejemplo de esta función el derecho a la información de consumidores y usuarios, en los casos en los que se establecen parámetros de calidad del producto o servicio, tales como la «protección de la salud y seguridad» y la «calidad y eficiencia de los servicios públicos». En tales casos, la falta de información frustra la posibilidad de evaluar el cumplimiento del parámetro establecido—independientemente de la producción de un daño, o de la calidad real del producto o servicio ofrecido—. Numerosos fallos argentinos han aceptado este principio, convalidando sanciones administrativas ante la violación de la obligación de información del artículo 4 de la ley de defensa del consumidor¹⁸⁷.

En el marco de una economía de mercado, la información constituye un presupuesto básico de la libertad de elección y contratación de bienes y servicios. En este sentido, por ejemplo, la Constitución argentina reconoce en su artículo 42 a los consumidores y usuarios el derecho a la información veraz y adecuada en la relación de consumo, y del mismo modo la Ley de Defensa del Consumidor se refiere en su artículo 4 al derecho a una información «cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente». Un buen ejemplo de aplicación de esta exigencia en la jurisprudencia argentina es el ya mencionado fallo *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*¹⁸⁸, por el que el tribunal suspendió a través de una medida cautelar el proceso licitatorio de la entidad de prestación de servicios sociales para jubilados, por vulnerarse el derecho de los beneficiarios a «la información cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente para poder ejercer su derecho a optar de una manera reflexiva y razonada». La Cámara afirma que «la información [...] está dirigida a racionalizar las opciones del consumidor y usuario, y tiene por objetivo la transparencia, es decir permitirle ilustrarse para decidir con conocimiento acabado las cualidades y atributos de los servicios puestos a disposición». Seguidamente, señala que «(e)l contenido del derecho a la información consiste en la posibilidad de que el usuario o consumidor pueda acceder a un conocimiento suficiente y acabado sobre las características fundamentales del producto o servicio y, en conse-

187. Ver, por ejemplo, Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala IV, *Carrefour S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones*, del 28 de octubre de 1997.

188. Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo de la Capital Federal, Sala IV, caso *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, del 10 de febrero de 1999, en *La Ley* 1999-D, pp. 377 ss.

cuencia, colocarlo en condiciones de efectuar una opción más reflexiva y razonable, disminuyendo, de ese modo, la desigualdad de conocimientos que naturalmente existe entre quien convive y publicita un producto o servicio y quien lo puede adquirir».

De modo similar, la información ha cobrado un papel fundamental en materia de derecho laboral, como instrumento para limitar o modular los poderes empresariales de organización y disciplina¹⁸⁹. En efecto, una de las reivindicaciones más recientes del derecho colectivo del trabajo es el derecho de los sindicatos a recibir información de la gestión de la empresa, en especial cuando la legislación otorga al empresario facultades extraordinarias durante situaciones de crisis, emergencia económica o relocalización. La información posibilita al sindicato la toma de decisiones relacionadas con la situación y el ejercicio del derecho de autotutela colectiva, que resultarían tardías o poco efectivas si careciera de ella. En el mismo sentido, el acceso a la información da sentido pleno al derecho a concertar convenios colectivos de trabajo, dado el carácter indispensable de la información previa para permitir una negociación adecuada. Varios instrumentos de la OIT abordan la cuestión: así, la Recomendación 129, de 1967; el Convenio 135, de 1971 y su Recomendación 143; el Convenio 154, de 1981, y su Recomendación 163. Otra de las facetas vinculadas con el acceso a la información de la empresa es el control en materia de seguridad, salud y higiene laboral, al que se refieren entre otros los Convenios 148, de 1977, y 155, de 1981.

Por último, es interesante citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en la que la necesidad de información previa al ejercicio de un derecho se extiende a la protección de otros derechos del Convenio, tales como la vida privada y familiar o el derecho a la vida¹⁹⁰. En el caso *Guerra*¹⁹¹, el TEDH —pese a inter-

189. Cf. E. Garrido Pérez, *La información en la empresa*, Madrid, 1995.

190. El TEDH también ha relacionado la carencia de información con el derecho de acceso a la justicia. En el caso *Tinnelly & Sons Ltd. y otros v. McElduff y otros v. Reino Unido*, del 10 de julio de 1998, la peticionante era una empresa a la que se le prohibía acceder a licitaciones de obras públicas sobre la base de un certificado que la declaraba riesgosa para la seguridad nacional. El acto administrativo que calificaba de riesgosa a la empresa se fundaba en información de inteligencia que el Estado se negaba a revelar y, por lo tanto, las posibilidades de la empresa de revisar en sede judicial ese acto administrativo se encontraban seriamente limitadas. El peticionante alegaba que el verdadero fundamento del acto era la intención de discriminar a la empresa pues su personal de nivel gerencial era en su mayoría católico. El TEDH entendió que la confidencialidad mantenida por el Estado implicaba una irrazonable restricción del derecho de los peticionarios de acceder a un tribunal para revisar una decisión administrativa que juzgaban discriminatoria.

191. TEDH, caso *Guerra y otros v. Italia*, del 19 de febrero de 1998.

pretar de modo estrecho la libertad de información— decidió que el Estado italiano había violado el derecho a la vida privada y familiar, por no proveer a los damnificados «de información esencial que les hubiera permitido evaluar los riesgos que ellos y sus familias corrían si seguían viviendo en Manfredonia, ciudad particularmente expuesta a los peligros de un eventual accidente en la fábrica» (de fertilizantes). El TEDH decide, entonces, que el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar no sólo requiere una abstención de injerencia por parte del Estado, sino también el deber garantizar el acceso a la información sobre afectaciones al medio ambiente que pudieran provocar un perjuicio cierto al ejercicio de ese derecho. Cumplida esa obligación, son los particulares quienes deben decidir el lugar de su residencia, teniendo en vista los peligros o molestias a los que puedan verse enfrentados. De tal modo el Tribunal sienta el principio de que un derecho humano fijado en el Convenio puede violarse por la falta de producción o de acceso a la información necesaria para su ejercicio.

En el caso *Mc.Ginley & Egan v. Reino Unido*¹⁹², el TEDH ratificó lo decidido en *Guerra*, al establecer que cuando el gobierno emprende actividades peligrosas, el respeto a la vida privada y familiar requiere que se establezcan procedimientos accesibles y efectivos para que las personas puedan obtener toda la información relevante y apropiada. En el caso, los peticionarios habían sido militares apostados en las islas Christmas durante la realización de pruebas nucleares en 1954. Alegaron que el gobierno inglés había violado el artículo 8 del Convenio al mantener la confidencialidad de los documentos que contenían información que les hubiera permitido evaluar el riesgo que asumían al exponerse a las pruebas nucleares¹⁹³. En relación a las mismas pruebas nucleares el TEDH analizó una petición de violación del derecho a la vida en el caso *LCB v. Reino Unido*¹⁹⁴. La demandante era hija de un militar que había participado en las pruebas nucleares entre 1957 y 1958 y por lo tanto había estado expuesto a radiación. La reclamante había nacido en 1966 y en 1970 se le había diagnosticado leucemia. Alegaba que si su padre hubiera sido advertido del posible riesgo que ella corría a raíz de la exposición de su

192. TEDH, caso *Mc.Ginley & Egan v. Reino Unido*, 27 Eur.H.R.Rep I (1998).

193. El TEDH, sin embargo, rechaza la petición por considerar que el Estado había revelado toda la información disponible atinente al reclamo de los peticionantes. Como se ve, mas allá del reconocimiento de una obligación positiva de garantizar el acceso a la información, el alcance de esta obligación y en particular la definición de información ambiental es una cuestión que la jurisprudencia europea aún no ha definido.

194. TEDH, caso *LCB v. Reino Unido*, 27 Eur.H.R.Rep 212, sentencia del 9 de junio de 1998.

progenitor a sustancias radiactivas, el control pre y post-natal podría haber conducido a un diagnóstico temprano de su enfermedad, de modo que hubiese sido posible acceder a un tratamiento adecuado. El TEDH rechaza la acción por entender que no existía prueba suficiente de la relación entre la exposición a radiación del padre de la peticionante y su enfermedad, por lo que no era posible establecer que el Estado podía o debía adoptar medidas para protegerla. Sin embargo, en lo que interesa a nuestro planteo de posibles estrategias de uso de información como resguardo de otros derechos y de derechos sociales en particular, el TEDH establece que la obligación que emana del artículo 2 párrafo 1 del Convenio Europeo sobre derecho a la vida no sólo requiere al Estado abstenerse de privar de manera intencional e ilegal a alguien de su vida, sino que exige adoptar medidas apropiadas para garantizar la vida de aquellos bajo su jurisdicción. En este sentido, el TEDH admite la existencia de cierto nivel de obligaciones positivas relacionadas con el derecho a la vida, que pueden cubrir en ciertos casos la prevención de enfermedades o la protección de la salud. También admite que el acceso a la información adecuada puede ser una de las medidas que el Estado puede adoptar para salvaguardar el derecho a la vida y aún intereses amparados por el derecho a la salud. Así, el TEDH examina en el caso precisamente si la información en manos de las autoridades al nacer la peticionante, hubiera podido hacerlas temer que el padre hubiese estado expuesto a radiación. De ser así, sostiene el TEDH, hubiera sido razonable esperar que adoptaran medidas para advertir al padre de esa exposición y controlar la salud de la peticionante. Por eso analiza los hechos del caso a la luz de este criterio, aun cuando alcance una respuesta negativa respecto a la necesidad de actuación del Estado en las circunstancias particulares de la denunciante.

3.3. Balance provisorio: las políticas sociales frente a la Justicia

Después de repasar algunos casos exitosos de exigibilidad judicial de derechos sociales, cabe detenernos para realizar un breve balance de lo expuesto. Como apuntáramos, uno de los obstáculos centrales para exigir judicialmente derechos sociales es la amplia deferencia judicial hacia el poder administrador en aquellas cuestiones que revisten mayor complejidad técnica o que ponen en juego decisiones de diseño y ejecución de políticas públicas. Es dable reconocer que, por sus propias características institucionales, la judicatura no es el poder estatal llamado a desempeñar atribuciones centrales para adoptar

decisiones complejas en materia de políticas sociales. De allí que se reconozca a los poderes políticos del Estado un amplio margen de actuación en el diseño y ejecución de esas políticas.

Uno de los aspectos que hay que tomar en cuenta es el acotado marco cognitivo del proceso judicial, en especial en el marco del procedimiento ordinario: en él se debaten cuestiones a partir de un caso concreto, que por definición resultan limitadas por la necesidad de recortar el objeto de la *litis*. Así como la complejidad fáctica de un conflicto social se simplifica al traducirse en un caso judicial, la multiplicidad de factores vinculados con el diseño de una política social también se ve paralizada cuando se la analiza en el marco concreto de un proceso¹⁹⁵. Por ende, muchos de los factores que podrían resultar relevantes a la hora de adoptar decisiones de política social pueden quedar excluidos de la materia que es objeto de debate judicial y que será la base de la decisión del juzgador. En el mismo sentido, esta simplificación tiende a dejar de lado la valoración de una vasta gama de intereses que han de considerarse a la hora de fijar la política¹⁹⁶. El proceso judicial —aun aquel en el que se ventilan intereses colectivos— se estructura sobre la base de una confrontación dialéctica entre dos partes antagónicas: resulta claro que este diseño le resta capacidad para componer la totalidad de los intereses en juego en el conflicto originario. La decisión se limita a determinar qué parte prevalece en el proceso: una parte gana, y la otra pierde.

Sin embargo, estas circunstancias no eliminan las posibilidades de intervención judicial en el control de políticas sociales. El análisis de las circunstancias históricas que han llevado a un mayor activismo judicial en esta materia, como hemos visto, está en directa relación con la existencia de factores políticos que le otorgaron al Poder Judicial una especial legitimación para ocupar nuevos espacios de decisión, anteriormente restringidos a los demás poderes del Estado¹⁹⁷. No obstante, la intervención judicial en estos campos debe estar firmemente asentada sobre un estándar jurídico: la «regla de juicio» —para usar la expresión foucaultiana— sobre cuya base interviene el Poder Judicial no puede ser otra que un criterio de análisis de la medida en cuestión

195. En el mismo sentido, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 176-179.

196. Cf. la observación de Lon L. Fuller, quien distingue entre litigios «bipolares» y «policéntricos», en L. L. Fuller, «The Forms and Limits of Adjudication»: 92 *Harvard Law Review* 353 (1978).

197. Así, la lucha contra la segregación racial en los Estados Unidos; la necesidad de construcción de una legalidad democrática luego de superada la experiencia del *apartheid* en Sudáfrica, o de dictaduras responsables de gravísimas violaciones a los derechos humanos, en la Argentina y en otros países de América Latina.

que surja de una norma constitucional o legal: por ejemplo, los estándares de «razonabilidad», «adecuación» o «igualdad», o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas que fijan derechos. Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y —en caso de hallar divergencias— reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida¹⁹⁸. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un «diálogo» entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos. Sólo en circunstancias excepcionales, cuando la magnitud de la violación o la falta completa de colaboración de los poderes políticos lo ha justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas que deben adoptarse a partir de su propio criterio.

De acuerdo a lo visto en esta sección, pueden trazarse algunas líneas tentativas para caracterizar situaciones-tipo en las que el Poder Judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas públicas.

Un primer tipo de casos consiste en aquellas intervenciones judiciales que tienden a juridificar medidas de política pública asumidas por el Estado sin entrar en la valoración de la propia política pública —esto es, a transformar medidas formuladas por el Estado dentro de su marco de discrecionalidad en obligaciones legales y, por tanto, sujetas a sanciones jurídicas en caso de incumplimiento—. En su análisis, el tribunal acepta la medida diseñada por los otros poderes del Estado, pero transforma su carácter, de mera decisión discrecional en obligación legal¹⁹⁹. El Poder Judicial se transforma así en ga-

198. Se trata de la doctrina adoptada por la Corte Constitucional de Bélgica. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 149-150, 178.

199. Podría imaginarse una variante de esta situación, en la cual el Poder Judicial acepte las líneas generales de una política pública asumida por el Estado pero controle si una medida concreta es o no compatible con los principios que guían la política. En *Beviacqua*, el Estado había distribuido las competencias en materia de prestaciones de salud a través de la Ley Nacional de Seguro de Salud. Sin entrar a valorar los principios que guían esa distribución de atribuciones, el tribunal entiende que la decisión del Estado Nacional de no asumir la prestación en el caso particular era incompatible con esos principios.

rante de la ejecución de esa medida. En muchos de estos casos la medida que el Estado ha formulado coincide con la que reclaman los demandantes, sólo que ahora su adopción ha cobrado carácter obligatorio y su ejecución no queda librada solamente a la voluntad del órgano que la formuló. Un ejemplo de estas situaciones es el caso *Viceconte*: el Estado había asumido la decisión política de fabricar la vacuna y hasta había elaborado un cronograma para su producción, y el tribunal se limitó a transformar el carácter de esa medida, convirtiéndola en una obligación legal —y por ende emplazó al Estado en los términos del cronograma, fijando sanciones para el caso de inejecución.

Podría diferenciarse en estos casos dos momentos de la actuación judicial:

a) la conversión de la medida discrecionalmente formulada en obligación legal, es decir, la determinación de la conducta debida;

b) la imposición de la ejecución de la medida, es decir, el control «interno» del cumplimiento de la política en los propios términos en que ella fuera formulada. En casos como *Asociación Benghalensis* la definición de la conducta debida ya venía dada en términos relativamente precisos por una norma legal, de modo que la actuación judicial se limitó a controlar que el Estado cumpliera con la conducta ya fijada. En otros casos, como *Viceconte*, se trata de controlar el cumplimiento de la obligación que fuera juridificada por el propio tribunal.

Un segundo tipo de situaciones está dado por aquellos casos en los cuales el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión. En estos casos, si el tribunal considera que esa política —o un aspecto de esa política— es incompatible con el estándar, reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que ellos la reformulen. Ejemplos de estándares a partir de los cuales los tribunales analizan una política pública son los de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad/no regresividad, transparencia²⁰⁰, etc. Así, por ejemplo, en el caso *Grootboom*, el tribunal entiende que la política de vivienda desarrollada por el gobierno

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

sudafricano resultaba irrazonable al no prever el suministro inmediato de soluciones habitacionales a aquellos sectores de la población con necesidades de vivienda imperiosas. En este caso, el tribunal llega a la conclusión de que un aspecto de la política era contrario al estándar de razonabilidad, pero no cuestiona la totalidad de la política. En el caso *Brown v. Board of Education*, la Corte cuestiona la orientación misma de la política de segregación racial del sistema educativo. Por lo general, los tribunales reconocen a los demás poderes un amplio margen para diseñar políticas públicas, de modo que no los sustituyen en la elección de los lineamientos que se ajusten a los estándares jurídicos aplicables. Si la actuación de los poderes políticos se ajusta al estándar, el Poder Judicial no entra a analizar si hubiera podido adoptarse alguna política alternativa. El margen de control también depende del estándar: ya hemos dicho que el análisis de «razonabilidad» es menos riguroso que el que podría elaborarse sobre la base de la noción de «medida apropiada» del PIDESC²⁰¹.

Puede imaginarse un tercer tipo de casos, en el cual el Poder Judicial se vería forzado a valorar él mismo el tipo de medida a adoptar. Se trata de aquellas situaciones en las cuales, ante la pasividad de los demás poderes, el tribunal verifica la existencia de una única medida de política pública adecuada, es decir, la inexistencia de alternativas para satisfacer el derecho en cuestión. Serían ejemplos de ello nuestra variante hipotética en el análisis de *Viceconte*²⁰² y la situación planteada en *Beviacqua*²⁰³. En estos casos, a diferencia de los anteriores, el Poder Judicial es el que asume la elección de la medida que debe adoptarse, y, por ende, de la conducta debida.

Una última observación se refiere a las dificultades para imponer el cumplimiento de mandatos judiciales que imponen a otros poderes obligaciones de hacer, especialmente cuando se le requieren reformas de gran escala o cuando la actividad encomendada exige períodos prolongados de tiempo. Una primera práctica judicial tendiente a superar ese problema ha sido el recurso a poner en cabeza de un órgano de control independiente (como el Defensor del Pueblo o la Comisión de De-

201. Como vimos, en *Grootboom* es el propio tribunal el que marca esa diferencia. En *B. and Others*, el tribunal puntualiza la diferencia entre los estándares de «tratamiento adecuado» y «tratamiento óptimo» señalando que el segundo es más gravoso que el primero.

202. Nos referimos a la especulación de qué hubiera sucedido si el Estado no hubiera manifestado la voluntad de producir la vacuna, ante la determinación de la existencia de una única medida sanitaria posible y la imposibilidad de su producción por un actor no estatal.

203. Donde la preservación de la vida y la salud del niño sólo admitía la entrega del medicamento que los padres no estaban en condiciones de costear.

rechos Humanos) el seguimiento de las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con el mandato judicial²⁰⁴. En el marco del procedimiento judicial ordinario, de carácter adversarial, es la parte interesada —en especial cuando se trata de un actor colectivo, o representante de un colectivo— la que puede asumir el peso del seguimiento, informando al tribunal de la evolución de los pasos adoptados y de los incumplimientos de cronogramas o mandatos concretos. La experiencia estadounidense de desegregación racial ha seguido este modelo.

Sin embargo, también en este tema —como en tantos otros— sería deseable alentar la imaginación de los juristas. Si bien el marco del procedimiento judicial ordinario es notoriamente estrecho para cumplir las funciones que requiere la tarea de seguimiento de la ejecución de obligaciones de hacer de gran escala o a largo plazo, el orden procesal asigna a los tribunales también otras funciones, que podrían tomarse en cuenta para el diseño de formas procesales acordes con esa exigencia. Hemos marcado algunos de los aspectos que tornarían más adecuada la actuación judicial en estos casos: la necesidad constante de supervisión y relevamiento de información, la necesidad de adecuar las instrucciones a condiciones cambiantes en la etapa de ejecución, a partir de un mandato judicial previo con valor de cosa juzgada, la necesidad de «diálogo» con la autoridad estatal encargada de implementar las instrucciones, etc. Señalaremos dos posibles fuentes de inspiración, que permiten imaginar posibilidades de diseño distintas del procedimiento judicial, más acordes con las necesidades de control de la ejecución de mandatos que satisfagan derechos sociales. Una primera función judicial a la que cabría prestar mayor atención es la vigilancia de las condiciones de ejecución penal e, igualmente, de las condiciones de internación en hospitales psiquiátricos y otras instituciones similares. En estos supuestos, el Poder Judicial no actúa necesariamente sobre la base de una controversia limitada, sino que su jurisdicción permanece abierta para realizar el seguimiento de una situación que se prolonga en el tiempo. Ello requiere la recepción periódica de información, una supervisión constante de las situaciones, contacto permanente con las autoridades de la institución involucrada y la resolución de controversias puntuales dentro de un mandato general establecido a partir de estándares legales. Muchas de las medidas ordenadas en esta jurisdicción —y, dada la nada infrecuente intercomunicabilidad de resultados, aun las adoptadas para la resolución de controversias individuales— resultan mandatos o instrucciones de alcance general, que las

204. Cf., al respecto, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 168-173; S. Liebenberg, «Socio-economic Rights», cit., pp. 55-56.

autoridades deben adaptar al régimen de la institución, y de cuya formulación e implementación deben dar cuenta al juez. Nadie ha puesto en duda en estos casos, sin embargo, la pertinencia del control judicial, motivada por la vulnerabilidad de las personas sometidas a relaciones especiales de sujeción.

Una segunda fuente de inspiración para imaginar un régimen procesal acorde con las necesidades del control judicial de políticas públicas es aquel que rige en procedimientos especiales tales como el de quiebras²⁰⁵ o el de sucesiones. En estos casos, varias de las notas típicas del procedimiento ordinario están ausentes: se trata de procesos de partes múltiples, el principio dispositivo sufre adaptaciones notorias, el juez está autorizado a tomar medidas que no coinciden necesariamente con el pedido de las partes, existen procedimientos de diálogo destinados a facilitar la solución de la controversia escuchando a todas las partes relevantes, se requiere el control de la gestión de los bienes mientras dura el proceso, etc. Estos procedimientos, aunque firmemente sustentados en principios jurídicos, se estructuran a partir de necesidades que se acercan más a la noción de justicia distributiva que a la de justicia conmutativa, que es la que parece regir los procedimientos ordinarios. Sin embargo, existe firme consenso respecto de la factibilidad del desempeño del Poder Judicial en estas tareas.

Un punto que sería importante tener en cuenta es que, en este tipo de casos, la actuación judicial en la etapa de ejecución no consiste en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente²⁰⁶, sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo en el curso de la instancia a partir del «diálogo» entre el juez y la autoridad pública²⁰⁷. De modo que la sentencia, lejos de constituir la culminación del proceso, opera como un punto de inflexión que modifica el sentido de la actuación jurisdiccional: desde su dictado, es al Estado a quien le corresponde diseñar el modo en que cumplirá las instrucciones del juez, y el tribunal se limitará a controlar la adecuación de las medidas concretas adoptadas con el mandato que ha impartido.

205. En el mismo sentido, J. R. L. Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais...», cit., p. 138.

206. Por ejemplo, la condena a pagar un monto líquido y exigible.

207. Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de imponer sanciones por incumplimiento a los funcionarios responsables.