

Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*

**Víctor Abramovich
Christian Courtis**

No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos económicos, sociales y culturales, 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 los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos, sociales y culturales son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, como es el caso 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 global de este trabajo es la de demostrar que la adopción de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales generan obligaciones concretas al Estado, que –asumiendo sus particularidades– muchas de estas obligaciones 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 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. Apoyamos este desarrollo en jurisprudencia de tribunales y órganos internacionales que confirma la existencia de aspectos similares entre ambas categorías de derechos, presentando algunos criterios concretos que hacen justiciables derechos sociales aun cuando pueda considerarse formalmente que la norma invocada consagra un derecho civil o político. Luego presentamos principios de interpretación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales que emanan de la labor de los órganos de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y señalamos algunas obligaciones concretas que este Pacto genera a los Estados parte. Dedicamos una parte sustancial del trabajo a la elaboración teórico-dogmática de la prohibición de regresividad, como obligación concreta del Estado que resulta directamente justiciable.

* Nota del IIDH: Los autores de este artículo han permitido al IIDH su utilización como apoyo didáctico al Curso Básico Autoformativo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No podrá ser utilizado en otras formas sin la debida autorización de los autores.

I. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos exigibles

Aquellos que creen ver en la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales el origen de la imposibilidad de alcanzar su exigibilidad utilizan algunos argumentos que brevemente procuraremos enunciar, junto con las principales réplicas que han recibido en la doctrina y algunas consideraciones que estimamos oportuno realizar al respecto.

Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten de diferenciar la naturaleza de estos derechos, con la de los derechos civiles y políticos. Uno de los argumentos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en el supuesto carácter de obligaciones negativas del primer género de derechos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deben solventarse con recursos del erario público¹. De acuerdo a 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 contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, a 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 exigen².

¹ Ver Hayek, F. v., *Law, Legislation and Liberty*, Londres, 1976, vol. 2, cap. 9.

² Otro intento de diferenciación consiste en vincular un tipo específico de obligación de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. Así, para algunos autores, mientras que a los derechos civiles y políticos corresponden obligaciones de resultado, a los derechos económicos, sociales y culturales corresponden tan sólo obligaciones de conducta. La diferencia tiene 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" (Garretón Merino, R., *La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos , sociales y culturales*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, San José, 1996, p. 59. Lo citado en cursiva, Nikken, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, 1994. Ver Eide, A., *Future Protection of Economic and Social Rights in Europe*, en Bloed, A. et al. (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht, Boston, Londres, 1993, p. 187-219. En contra, Van Hoff, G., *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views*, en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, pp. 97-110; Alston, P., *No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant*, en Eide, A. y Helgesen, J. (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World*, 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.

Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y "naturalista" del papel y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa³. 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 papel activo en la creación de las condiciones institucionales y legales en la expansión del mercado⁴. 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 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 actuación de un colectivo de personas en cuanto tal, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etc.)⁵. Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de "obligación negativa", es decir, los que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares –por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o bien la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados–, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado⁶.

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. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición de la noción de Estado moderno, 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 de grado, más que diferencias

³ Carlos Nino califica a esta posición de "liberalismo conservador", aunque aclara que es "más conservador(a) que liberal". Ver Nino, C., *Los derechos sociales*, en *Derecho y Sociedad*, Buenos Aires, 1993, p. 17.

⁴ Cf. al respecto Smith, A., *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Nueva York, 1937; Billet, L., *Political order and economic development: reflections on Adam Smith's Wealth of Nations*, en "Political Studies 35", 1975, ps. 430 y ss.; Santos, B. de Sousa, *Sobre los modos de producción del derecho y del poder social*, en *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, 1991, ps.175-8.

⁵ Ver van Hoof, G., cit., ps. 97 y siguientes

⁶ Cf. al respecto la opinión de Nino, C., *Los derechos sociales*, cit., ps. 11-17.

sustanciales⁷. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que se los denomina "derechos-prestación"⁸. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural. 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"⁹.

Es aún posible señalar otro tipo de dificultad conceptual que hace difícil distinguir radicalmente entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro, marcando las limitaciones de estas diferenciaciones y reafirmando la necesidad de un tratamiento teórico y práctico común en lo sustancial. La concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados "derechos-autonomía" o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados "civiles y políticos" han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más clásico al respecto, aunque no el único¹⁰. 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. 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. 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 casos¹¹.

⁷ Cf. Contreras Peláez, F., *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".

⁸ Cf. Contreras Peláez, F., cit., ps. 17-20; De Castro, B., *Los derechos sociales: análisis sistemático*, en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, 1981, ps. 15-17.

⁹ Contreras Peláez, F., cit., p. 21

¹⁰ Ver 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).

¹¹ Cf. Ewald, F., *L'état Providence*, París, 1985, Libro IV.2

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 económicos, 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 llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, por ser claramente pasibles de ser caracterizados a través de obligaciones negativas del Estado, queden enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos.

Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda¹². 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 el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria.

En línea con lo dicho, Van Hoof propone un esquema interpretativo consistente en el señalamiento 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 su propuesta, podrían discernirse cuatro "niveles" de obligaciones: una obligación de respetar, una obligación de proteger, una obligación de garantizar y una obligación de promover el derecho en cuestión¹³. Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones negativas/obligaciones positivas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de proteger, asegurar y promover parecen envolver 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

¹² 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. Ver Van Hoof, G., 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 Steiner, H. y Alston, P., *International Human Rights in Context*, Oxford, 1996, ps. 321-321).

¹³ Van Hoof, G., cit., p. 99. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue, *Basic Rights*, Princeton, 1980.

hallados en ambos pares de derechos. Bajo el impacto de un proceso de marcada interdependencia entre ambas categorías de derechos, ellos requieren de los Estados en determinadas ocasiones obligaciones de garantizar y en otras obligaciones de promover. Por ejemplo, señala Van Hoof, la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de ¹⁴la 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 ni de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado.

El autor ilustra el modelo de las cuatro obligaciones en relación al derecho a la alimentación adecuada (arts. 11.1. y 11.2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 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 en orden a 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 claramente el precepto cuando en una situación de escasez de alimentos se limite a no hacer nada.

¹⁴ 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" (Steiner, H. y Alston, P., cit., p. 263). Se menciona con frecuencia el discurso del presidente 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" (Roosevelt, F. D., Decimoprimer mensaje anual al Congreso de los EE.UU., 11 de enero de 1944, citado en Steiner, H. y Alston, P., 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" (Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, 1993, ps. 486-487).

La cuestión de los medios a adoptar por 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 agrícola¹⁵.

Como puede apreciarse, amén de la aplicación que hace Van Hoof de este esquema al derecho a la alimentación, el cuadro 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, asegurar y promover 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, 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,

¹⁵ Ver Van Hoof, G., cit., p. 99. Al proponer una tipología similar de las obligaciones estatales, Eide sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa su provisión provocará indefectiblemente un desproporcionado crecimiento del aparato estatal. Entiende que es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social tal como lo establece el art. 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo –Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986– y que por lo tanto en un primer nivel en relación 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 los 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 es la más importante que ejerce el estado en relación a los derechos económicos, sociales y culturales y es similar al rol que cumple como protector de los derechos civiles y políticos. En un tercer nivel existe una obligación de asistencia que puede asumir formas diversas, por ejemplo el art. 11.2 del 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 enfocamos las obligaciones estatales en relaciones a los derechos económicos, sociales y culturales sólo en el tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas a los derechos civiles y políticos sólo en el primer nivel (respeto). Ver Eide, A., Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), Economic, Social and Cultural Rights, Dordrecht, Boston, Londres, 1995, ps. 21-49, en especial ps. 36-38.

denominada "condicionante económico", relativizaría la universalidad de los derechos de marras, condenándolos a ser considerados "derechos de segunda categoría"¹⁶.

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 correcta¹⁷. 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 definirían a través de la obligación 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 a afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación, 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, suelen vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en campos tales como la salud, la educación 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 obligaciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar la satisfacción de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados:

- a. Por un lado, algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de establecer algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido. En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada. 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

¹⁶ Barbalet, J. M., *Citizenship*, Milton Keynes, 1988, p. 82; Plant, R., *Needs, Agency and Rights*, en Sampford, C. y Galligan, D. J. (eds.), *Law, Rights and the Welfare State*, Beckenham, 1986, p. 31.

¹⁷ 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". Estos 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. Ver Alexy, R., *cit.*, ps. 419-501.

de dicho derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar consecuencias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de 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 prohibición. Aún más, la sola creación de una norma permisiva que faculte a celebrar u 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 satisfacer plenamente los derechos a los que se alude. La satisfacción 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, o les imponga obligaciones de algún tipo. Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparten esta característica. Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneración ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de 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. En otros casos, la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado, de modo de promover o favorecer el acceso de sectores de menores recursos a derechos tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino de

vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas limitaciones no se 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 público/privadas de cobertura –por ejemplo, a través de la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo–, la gestión pública de créditos diferenciales –por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda–, la entrega de subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas, etcétera.

Como puede verse, el complejo de obligaciones que pueden caracterizar 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 judiciabilidad 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, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas. Discutiremos algunas de ellas a lo largo del trabajo.

Por último, de acuerdo a 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 un instrumento internacional que consagra derechos económicos, sociales y culturales. Ello, debido a que, aun en el contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones de este tipo supone una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria. Nuestra intención

es la de señalar 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).

II. 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 ciudadanos¹⁸. Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos 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 constituyen el objeto del derecho¹⁹. Si un Estado cumple habitualmente con satisfacer 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 no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en el caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida– el titular/acreditor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho²⁰.

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales y es este quizá el principal déficit del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la

¹⁸ Hartley Dean denomina a este proceso la juridificación del bienestar. Ver Dean, H., *The juridification of welfare: Strategies of discipline and resistance*, en Kjonstad, A. y Wilson, J. (eds.), *Law, Power and Poverty*, Bergen, 1995, ps. 3-27.

¹⁹ Ver, en este sentido, *International Human Rights Internship Program*, *Una onda en aguas tranquilas*, Washington, 1997, p. 15.

²⁰ 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 queja– 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" (Kelsen, H., *Teoría General de las Normas*, México, 1994, ps. 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" (Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Madrid, 1995, p. 917).

formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos internacionales encargados de la aplicación de los tratados y en los escasos aportes doctrinarios.

En opinión de Scheinin²¹ existen razones falsas y verdaderas que contribuyen a frenar el desarrollo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre las razones falsas señala a las concepciones que atribuyen 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, debido 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 justiciables²². Entendiendo que todo derecho genera al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brindan la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial. El problema remite a una de las discusiones clásicas en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, tiene directa relación con la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho subjetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal²³. Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental tradicional surgen del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas dadas frente a la posible justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los derechos sociales. Algunas de las facetas que se señalan al respecto están vinculadas con el carácter colectivo de muchos reclamos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales, 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

²¹ Scheinin, M, *Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self Executing Treaties*, en Drzewicki, K., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, Turku, 1994, ps. 73-87.

²² Cf., al respecto, el voto separado del juez Piza Escalante, en la Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, 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" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-4/84, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", del 19 de enero de 1984).

²³ 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 Faria, J. E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994, ps. 114-138.

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.

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 del PIDESC), que de hecho constituye centralmente una obligación negativa 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 partir de la limitación de acceso a la educación basado 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 resulta 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 manifestación viciada de voluntad del Estado, obligándolo a corregirla de manera de respetar 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 en el sentido de la protección, aseguramiento y promoción de los derechos en cuestión. Este 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 la personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una supuesta sentencia que condene al Estado a

cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, la sustitución de medidas generales por decisiones ad hoc efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdades indeseables, etcétera.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe 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 económico, social y cultural. Como hemos dicho párrafos atrás, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, ejercido a priori (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o a posteriori (a través de la fiscalización). De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar 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 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 no 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 una grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de derechos o intereses individuales homogéneos²⁴, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en el próximo párrafo.

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

²⁴ Ver, al respecto, Código Brasileño de Defensa del Consumidor, art. 81.

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, a través de una semántica de los derechos, y no meramente a través de las 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"²⁵. 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 muy limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos²⁶. Ahora bien, uno de los sentidos de la adopción 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 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 económicos, sociales y culturales al reclamo de derechos civiles y políticos, y en estos casos los mecanismos procesales tradicionales resultan al menos parcialmente

²⁵ Lopes, J., cit., p. 136

²⁶ Limitados, pero no imposibles. La vasta experiencia judicial estadounidense en materia de des-segregación racial del sistema educativo público, y de administración de hospitales psiquiátricos y prisiones a efectos de lograr un funcionamiento compatible con los derechos constitucionales, 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 vs. Stickney", 344 F. Supp 373, 1972.

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 más bien exige imaginar instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos²⁷. 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, 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 que cuenta el Estado cuando es llevado a juicio, privilegios que no serían admisibles si se plantearan cuestiones similares entre particulares. De modo que, lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos.

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 violación. 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 Constitución"²⁸.

²⁷ 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... (S)ería 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" (Ferrajoli, L., cit., ps. 917-918).

²⁸ Cf. Alexy, R., cit., p. 497.

En la sección siguiente daremos ejemplos concretos de jurisprudencia de órganos internacionales de derechos humanos que han aplicado los criterios teóricos hasta aquí reseñados.

III. Obligaciones positivas, derechos sociales y justiciabilidad. Reseña jurisprudencial

Como ya ha quedado dicho, lejos de sostener que existen obligaciones de los Estados que corresponden a una determinada categoría de derechos, algunos autores afirman que existen por el contrario, obligaciones comunes a todos los derechos humanos. Esta visión integradora de los derechos humanos ha tenido interesantes efectos en la interpretación renovada de los derechos civiles y políticos, tanto por los órganos del sistema de Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos, CDH) como a nivel regional europeo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH), contribuyendo a flexibilizar la tradicional barrera que separaba a estos derechos de los derechos económicos, sociales y culturales, y aportando nuevas perspectivas al problema de la justiciabilidad de estos últimos. Los casos correspondientes al TEDH resultan particularmente relevantes para ilustrar nuestra posición y para proyectar su aplicación sobre nuestro medio, ya que el derecho positivo que el tribunal aplica –el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), habitualmente clasificado como instrumento que establece derechos civiles y políticos, y no derechos económicos, sociales y culturales– tiene evidentes analogías con la Convención Americana de Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica (CADH). Como veremos, de las decisiones comentadas se desprende la relatividad y aun la poca utilidad de esa distinción. En estos precedentes se ha afirmado que corresponden a los derechos civiles obligaciones de los Estados que van más allá de la mera abstención, y que consisten en la adopción de acciones positivas como único medio idóneo para tutelar el derecho²⁹. En algunas

²⁹ Son numerosos los ejemplos de obligaciones positivas impuestas a los Estados en materia de derechos civiles. El TEDH, en el caso "Marckx" del 13/6/1979 (Publ. TEDH, Serie A, nº 31), interpretando el art. 8 del CEDH sobre protección de la privacidad y la vida familiar sostuvo: "El objeto de este artículo es esencialmente proteger al individuo contra las arbitrarias interferencias de las autoridades públicas. No obstante el Estado no sólo debe abstenerse de tales interferencias, sino que, junto a tal obligación de carácter negativo, existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica. Ello significa, entre otras cosas, que cuando el Estado establece en su ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal" (Pár. 31). En el caso "X e Y vs. Países Bajos" del 26/3/198 (Publ. TEDH, Serie A, nº 91), se trató la situación de una joven discapacitada mental de 16 años que resultó violada. Su padre efectuó la denuncia policial pero el fiscal decidió no promover la acción penal, resolución contra la cual el padre de la menor recurrió. La Corte de Apelaciones desestimó el recurso por entender que siendo la menor incapaz de promover la acción, nadie más podía hacerlo en su representación. El TEDH consideró que la protección de la vida privada requería del Estado la adopción de medidas positivas de protección aun en la esfera de las relaciones entre los individuos. Si bien se estimó que la elección de los medios correspondía al margen de apreciación del Estado, en el caso particular el Tribunal sostuvo que la única medida idónea era la promoción del procedimiento criminal, por lo que el Estado había violado la Convención. Como resultado del fallo se modificó la legislación criminal, otorgándosele a los representantes de los discapacitados mentales legitimación para promover acciones penales en relación a delitos en que resultarían víctimas sus representados. En el caso "Plattform Ärzte für das Leben" del 21/6/1988 (Publ. TEDH, Serie A, nº 139), un grupo antiaborto denunció al Estado de Austria al estimar que la falta de protección policial de una manifestación que había organizado permitió a los grupos pro aborto interrumpirla, violándose de tal forma el derecho a realizar reuniones pacíficas (art. 11 de la CEDH). El TEDH consideró que el efectivo ejercicio de ese derecho no reducía la obligación del Estado a no intervenir, sino que lo obligaba a adoptar todas las medidas razonables y apropiadas para garantizar que la manifestación legal se desarrollara pacíficamente. Sin embargo entendió que el Estado no podía garantizar el resultado y que en el caso la policía había actuado correctamente. En el ámbito del sistema interamericano la CIDH fijó el sentido del término garantizar en el art. 1 de la Convención Americana al afirmar que los Estados deben: "organizar todo el

ocasiones la afirmación de tales deberes positivos coincide con la valoración del contexto económico y social en que los derechos civiles y políticos pretenden ejercerse, y del reconocimiento de que existen obstáculos materiales que impiden el goce en plenitud de esos derechos³⁰. Este enfoque contribuye a atenuar las barreras tradicionales entre ambos pares de derechos, principalmente al orientarse a proteger a la población económicamente vulnerable en el ejercicio de sus libertades fundamentales, como por ejemplo el derecho a la vida, o el acceso a la justicia. En otras ocasiones los derechos económicos, sociales y culturales resultan analizados a la luz de la obligación de no discriminación y de garantía del debido proceso. En otros casos los derechos económicos, sociales y culturales actúan como límites razonables al ejercicio de un derecho civil. Analizaremos brevemente algunas de estas decisiones.

A. Obligaciones positivas en materia de derechos civiles y políticos en virtud del contexto económico y social

En un contexto económico y social desfavorable el ejercicio de los derechos civiles resulta evidentemente obstaculizado. Si el Estado se limitara a no intervenir, su comportamiento lejos estaría de garantizar el goce del derecho –más bien equivaldría a abandonar al ciudadano a su propia suerte–. Así lo ha entendido en relación al derecho a la vida consagrado en el art. 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 derecho³¹.

"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".

Sin lugar a dudas la interpretación amplia del derecho a la vida que realiza el CDH roza 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

aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de estas obligaciones los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29/7/1988, pár. 166)

³⁰ Cf. Alexy, R, cit., ps. 486-489.

³¹ Observación General nº 6, Report of The Human Rights Committee. Official Records of The General Assembly, 37th Session, Supplement nº 40 (A 39/40), 1982. También ver Observación General nº 14, sobre el derecho a la vida y las armas nucleares (A 40/40).

física y mental (art. 12, PIDESC) dejando en claro la cada vez más difícil separación entre ambas categorías de derechos³².

En el caso "Airey"³³ 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 art. 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 demandado no había hecho nada para ayudar a la Sra. Airey a promover su juicio de divorcio, tampoco había hecho nada para impedirlo. El TEDH sostuvo en relación a este punto:

"El Gobierno trata de distinguir al asunto presente del caso Golder. 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 "Golder" del 21 de febrero de 1975 -Serie A, nº 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, nº 31, p.1 5 par. 31, y "De Wilde, Ooms y Versyp" de 10 de marzo de 1972, serie A, nº

³² Sobre la desaparición de los límites entre derechos económicos, sociales y culturales y derechos civiles y políticos ver Viljamen, Ver, Abstention or Involvement? The Nature of State Obligations Under Different Categories of Rights, en Drzewicki, K., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), cit., ps. 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 vincula con algunos derechos civiles fundamentales, como el derecho a la vida privada, a la protección de la familia y del ámbito familiar.

³³ Caso "Airey" del 9/10/1979 (Pub. TEDH, Serie A, nº 32), que puede consultarse en castellano en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, ps. 563-577.

15, p. 10 par. 22). *El deber de asegurar el derecho a un efectivo acceso a los Tribunales entra en esa categoría de deberes*¹³⁴.

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 interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio"*¹³⁵.

Finalmente, el TEDH estimó que si bien 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). En el caso concreto de la Sra. 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 art. 6.1 del CEDH.

B. El derecho a no ser discriminado como forma de judicializar derechos económicos, sociales y culturales

³⁴ *Ibíd.*, p. 25, p. 572.

³⁵ El voto en disidencia del Juez Thor Vilhjalmsson 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 art. 6.1, inclinándose por una posición conservadora: "He llegado a la conclusión sin grandes dudas aunque con pesar, que la demandante no se puede apoyar en lo dispuesto por el art. 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 art. 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". *Ibíd.*, p. 577.

Como veremos en la última parte de este trabajo, uno de los mayores problemas que deben superarse en orden a alcanzar una mayor justiciabilidad 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, la necesidad o el interés social o económico tutelado por el derecho, debe ser satisfecho. 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 art. 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 art. 2.1 del PIDCP. Sin embargo el art. 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 se refiere 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 vs. Países Bajos" y "Broeks vs. Países Bajos"³⁶ relativos a la legislación holandesa sobre prestaciones por desempleo. Según 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 beneficio se partía de la presunción de que la mujer casada habitualmente no es el sostén de la familia. La relevancia del art. 26 del PIDCP como 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:

"Aunque el art. 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 art. 26 del Pacto"³⁷.

C. La garantía del debido proceso como medio alternativo de protección de los derechos económicos, sociales y culturales

³⁶ Ver Comunicaciones n° 182/1984 y 172/1984, respectivamente.

³⁷ Caso "Zwaan de Vries", pág. 12.4.

Como ha señalado Scheinin³⁸, si la cláusula de no discriminación del art. 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 art. 6.1 del CEDH. 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. Ha sido por lo demás el punto de partida para el trabajo de interpretación más importante en pos de brindar resguardo a algunos derechos económicos y sociales.

En el caso "Airey" hemos revisado cómo el TEDH vinculó el contexto social y económico del sujeto con la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho consagrado en el art. 6.1 del Convenio, pero no era materia de discusión 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. La cuestión fue analizada por el TEDH en los casos "Deumeland" y "Feldbrugge".

En el caso "Deumeland"³⁹ 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 denunciándose al Estado alemán por violación del art. 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 art. 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 Sr. Deumeland no fue afectada en sus relaciones con la autoridad pública como tal, actuando en virtud de facultades discrecionales, sino en su capacidad personal como particular. Reclamaba en virtud de un derecho que tenía su causa en las normas concretas establecidas por la legislación vigente. Su derecho era de naturaleza personal, patrimonial y subjetivo, 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. Sobre la base de estos razonamientos sumariamente expuestos consideró por nueve votos contra ocho de sus miembros, que el art. 6.1 era aplicable al caso y que el Estado había violado la norma.

³⁸ Scheinin, M., *Economic and Social Rights as Legal Rights*, en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), cit., ps. 41-62.

³⁹ Caso "Deumeland" del 29/5/1986 (Pub. TEDH, Serie A, nº 100). Versión en castellano en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Jurisprudencia 1984-1987*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, ps. 470-498.

En el caso "Feldbrugge"⁴⁰ 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 fallas de procedimiento imputables a los organismos públicos, entre ellas limitaciones a su facultad de participar en el proceso, y por el carácter restrictivo de los recursos disponibles, no había gozado del acceso a un procedimiento que cumpliera con la totalidad de las garantías del art. 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 privado, como su naturaleza personal y económica, su vinculación con un contrato individual de trabajo, el hecho de que la prestación tenía 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 público para el derecho holandés, en función del principio de autonomía interpretativa tal circunstancia no se estimó relevante. Finalmente se entendió que se trataba de un derecho comprendido en el art. 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 vs. Italia" y "Schuler-Zraggen vs. Suiza" la aplicación del art. 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 o la asistencia social o la prestación remita a características de derecho privado (principalmente, que pueda vincularse con un contrato de empleo) o 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"⁴¹ el TEDH aplicó el art. 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 art. 38 de la Constitución Italiana según la cual todos los ciudadanos que no estuvieran en condiciones de trabajar y necesitaran el sustento básico para vivir debían ser provistos de los medios para su subsistencia y asistencia social. Por lo demás el servicio lo prestaba exclusivamente el Estado italiano. En este caso el TEDH señala que su interpretación del art. 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.

⁴⁰ Caso "Feldbrugge" del 29/5/1986 (Pub.TEDH, Serie A, nº 99). Versión en castellano en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987, cit., ps. 499-518.

⁴¹ Caso "Salesi vs. Italia" del 26/2/1993 (Pub. TEDH, Serie A, nº 257-E).

En "Schuler-Zraggen"⁴², 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 art. 6.1 era aplicable a los seguros sociales, incluyendo la asistencia social. En este caso la garantía del debido proceso se combina con la violación del art. 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 madre⁴³.

En el sistema interamericano de derechos humanos no existen obstáculos a priori para aplicar la garantía de debido proceso del art. 8 de la CADH 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 aun más rigurosa que la del art. 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 interpretando 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 art. 8 de la CADH en relación con la imposibilidad de acceso a la justicia por motivos económicos, al momento de dilucidar el sentido del art. 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 internos⁴⁴.

Algunos de los elementos que componen la garantía del debido proceso tal como se formula en el artículo 8 de la CADH resultan de inestimable valor para la efectividad de los derechos sociales. 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. En ese contexto el "proceso con las debidas garantías"⁴⁵ y la "revisión judicial amplia de las

⁴² Caso "Schuler- Zraggen vs. Suiza" del 24/6/1993 (Pub. TEDH, Serie A, nº 263). Afirma el TEDH: "Article 6.1. does apply in the field of social insurance, including even welfare assistance".

⁴³ Este argumento fundado "en la experiencia de la vida cotidiana" fue utilizado como justificación de su fallo del 21 de junio de 1988 por la Federal Insurance Court y consta en el pár. 29 del fallo del TEDH: "At the time the contested decision was taken... the child... was just under two years old, and accordingly, on the balance of probabilities... it must be assumed that the applicant, even if her health had not been impaired, would have been occupied only as a housewife and mother".

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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: "la 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", pár. 28.

⁴⁵ Ver la cuestión de fondo sobre las debidas garantías aun en los procedimientos administrativos en el caso "Feldbrugge".

decisiones administrativas"⁴⁶ son cuestiones que deben generar un minucioso trabajo de la jurisprudencia a nivel interno e internacional. En igual sentido debe avanzarse en relación a 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 de los procesos puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos que, como se sabe, se rigen por la urgencia⁴⁷.

D. Los derechos económicos, sociales y culturales como límite al ejercicio de los derechos civiles

Otra situación en la cual los derechos económicos, sociales y culturales resultan indirectamente amparados a través de la implementación de los tratados que consagran derechos civiles y políticos es el caso en que el ejercicio de un derecho protegido por el Tratado resulta en cierta medida interferido o limitado por el ejercicio de un derecho económico, social y cultural. Este supuesto resulta evidente según Scheinin⁴⁸ en el caso "James y otro vs. Reino Unido"⁴⁹.

En este complejo caso los demandantes 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 art. 1 del Protocolo nº 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

⁴⁶ Ver, entre otras decisiones del TEDH, los casos "Bentham", del 23/10/1985. Versión en castellano en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987, cit., ps. 413-429, y Pudas y Boden, op. cit., ps. 1193-1211.

⁴⁷ Sobre tiempo razonable en procesos vinculados a derechos sociales ver el análisis del fondo del asunto en el caso "Deumeland" y en particular los precedentes "Buchholz" del 6/5/1981, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983, cit., ps. 684-694. Sobre tiempo razonable en general, ver caso "Zimmermann y Steiner" del 13/7/1983, en op. cit., ps. 972- 979, "Pretto y otros" del 8/12/1983, op. cit., ps. 1000-1010, y "Guincho" del 10/7/1984, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987, cit., ps. 175-185.

⁴⁸ Scheinin, M., cit., nota 36, p. 50.

⁴⁹ Caso "James y otros" del 21/2/1986 (Pub. TEDH, Serie A, nº 98). Versión en castellano en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987, cit., ps. 431-467.

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 considerado como un legítimo propósito para justificar la restricción del goce pacífico de la posesión en el caso "Mellacher y otros vs. Austria"⁵⁰, en el cual se alegó que una considerable reducción de la renta resultaba violatoria del art. 1 del Protocolo nº 1. El TEDH entendió infundada la petición pues sostuvo que la legislación interna de los Estados tienen un amplio margen de apreciación en relación a las políticas económicas y sociales.

De la reseña de jurisprudencia efectuada surge con claridad que ya no puede afirmarse que exista un tipo de obligación que corresponda a la naturaleza de una determinada categoría de derechos, pues las pautas más modernas de interpretación de los instrumentos en materia de derechos civiles y políticos ponen a cargo de los Estados cada día mayores obligaciones, y muchas de ellas implican directamente la necesaria adopción de acciones positivas. Queda claro también que en opinión de estos órganos de aplicación, resulta relevante no sólo la libertad entendida en sentido formal, sino el ejercicio efectivo de esa libertad y de esos derechos, por lo que el deber de garantizar el ejercicio de algunos derechos civiles conlleva ineludiblemente el deber del Estado de superar los obstáculos de índole económica y social que estorban su goce en plenas condiciones, y en consecuencia, se aproximan los espacios de la acción estatal en relación a una y otra categoría de derechos. La interdependencia resulta en ese marco no una mera aspiración teórica, sino el fundamento de una interpretación integradora de los textos legales a partir de la cual algunos conceptos que definen derechos civiles extienden su sentido hasta emparentarse con definiciones tradicionales de derechos económicos y sociales. Por último, es obvio destacar que estas líneas de aplicación de los instrumentos de derechos civiles brindan un enfoque interesante para afrontar la cuestión ya planteada de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales tanto a nivel de los sistemas internacionales de derechos humanos, cuanto a nivel de los tribunales locales.

IV. Principios 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 de dos pactos distintos ha reflejado la intención de establecer obligaciones de alcance diferentes en relación a cada categoría de derecho. Estas asimetrías se manifiestan en la diferente redacción de los artículos 2.2 del PIDCP y 2.1 PIDESC: mientras que en el primer caso se consagra incondicionalmente la obligación de adoptar medidas para hacer

⁵⁰ Caso "Mellacher y otros" del 19/12/1989 (Pub. TEDH, Serie A, nº169).

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 art. 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 PIDESC. 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 5.

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 y sigs.). 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, existen dos cuestiones que interfieren la definición de contenidos concretos justiciables de las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales que son, 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 a 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 nacional⁵¹. 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 derechos⁵², triunfando quienes propiciaban el sistema de informes periódicos

⁵¹ "Annotations on the text of the draft international covenants on human rights", UN Doc. A/2929 (1955), p. 7, p. 13-19.

⁵² El único sistema de derechos humanos que consagró en un mismo instrumento los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos es el africano. La Carta Africana de Derechos Humanos

por 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 contencioso⁵³. 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 1988⁵⁴.

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 aplicación⁵⁵, 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 ha asumido la práctica de emitir Observaciones Generales⁵⁶ (al igual que su homólogo en materia de derechos civiles y políticos), procurando 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. Con el fin 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 organismos no gubernamentales (ONG) como medio alternativo para tomar conocimiento de la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados parte⁵⁷.

y de los Pueblos, fue adoptada por la Organización de la Unidad Africana el 27/7/81. Ver "Revista Jurídica de Buenos Aires", n° 1, 1987, ps. 138-162.

⁵³ Annotations, cit., p. 10-12.

⁵⁴ Cançado Trindade, A., La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en Estudios de Derechos Humanos I, San José, 1994, ps. 39-62, ver en especial p. 50.

⁵⁵ 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).

⁵⁶ Hasta la fecha ha emitido 6 Observaciones Generales: OG n° 1 (1989) "Presentación de Informes de los Estados partes"; OG n° 2 (1990) "Medidas de Asistencia Técnica Internacional -art. 22 del Pacto"; OG n° 3 (1990) "La índole de las Obligaciones de los Estados Partes - párrafo 1 del art. 2 del Pacto"; OG n° 4 (1991) "El Derecho a la Vivienda Adecuada - párrafo 1 del art. 11 del Pacto"; OG n° 5 (1994) "Personas con Discapacidad"; OG n° 6 (1995) "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad".

⁵⁷ 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". Ver Craven, M., Towards an Unofficial Petition Procedure: A Review on the Role of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, en Drzewicki, K.; Krause, C., y Rosas, A. (eds.), Social Rights, cit., ps. 91-113.

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 a determinados derechos⁵⁸.

El sentido de las obligaciones de los Estados ha sido clarificado además, en numerosos aspectos, por los llamados 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 Unidas⁵⁹. Estos principios no son obligatorios para los Estados⁶⁰, pero proveen la mejor guía para la comprensión de los deberes jurídicos que contraen desde la ratificación del PIDESC⁶¹.

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 art. 31 de la Convención de Viena 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 relevantes⁶².

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 estas interpretaciones 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?

⁵⁸ Como sucedió en el ya citado caso de la República Dominicana frente a la 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° 4. Ver "Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. República Dominicana", cit. en nota 12. 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, pár. 135, citado por Craven, M., op. cit., p. 102).

⁵⁹ UN Document E/C 4/1987/17.

⁶⁰ Constituyendo lo que en doctrina internacional se denomina soft law.

⁶¹ Sobre este concepto de guía de comprensión de los Principios puede consultarse, E. V. O. Dankwa, E. V. O. y Flinterman. C., *The Significance of the Limburg Principles*, en Waart, Peters y Deuters (eds.), *International Law and Development*, Dordrecht, Londres, Boston, 1988, ps. 275-281.

⁶² Eide, A., *Human Rights and the Elimination of Poverty*, en Kjonstad, A., y Wilson, J. (eds.), *Law, Power*, cit., ps. 118-136. Ver en especial p. 126.

Resulta obvio que más allá de la labor de interpretación por parte de los organismos internacionales, debido a la ausencia de mecanismos internacionales de judicabilidad directa de estos derechos, y –aun cuando éstos existieran– a las dificultades materiales y temporales que supone acudir ante un órgano internacional, resulta necesario profundizar un nuevo cauce en la utilización de este derecho para fortalecer aún más la protección judicial de las garantías y las libertades. 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 el reconocimiento progresivo que hacen los tribunales locales de la letra 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 definitivamente la visión clásica que los distinguía radicalmente⁶³. 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 interno⁶⁴.

Es un principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado en el Derecho argentino que, una vez ratificados, los tratados internacionales se constituyen en fuente autónoma del ordenamiento jurídico interno⁶⁵. 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 art. 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". La incorporación al orden 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

* N. del comp.: al respecto ver, en este mismo ejemplar, Bidart Campos, Germán J., El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; y Dulitzky, Ariel, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado.

⁶³ Albanese, S., Interacción entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el ámbito interno, en "El Derecho", 9/2/91, p. 1; Morello, A. M., El pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho interno argentino, en "El Derecho", t. 135, p. 888; Carrillo Bascary, M., Los pactos sobre derechos humanos: reflexión sobre su utilidad para el ejercicio profesional, "Zeus", t. 53, p. 2; Gozaini, O., Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno, en "La Ley", t. 1990-D, p. 567.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Ver Vanossi, J. R., Régimen constitucional de los tratados, Buenos Aires, 1969; Goldschmidt, W., Los tratados como fuente del derecho internacional público y el derecho interno argentino, en "El Derecho", t. 110, p. 955; Vinuesa, R., Moncayo, G. y Gutiérrez Posse, H., Derecho internacional Público, t.1, Buenos Aires, 1977.

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 internacional⁶⁶.

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 la Argentina en materia de derechos humanos, incluidas las incorporadas en el PIDESC, por parte de los tres 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"⁶⁷.

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 materia"⁶⁸.

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 la Justicia de la Nación 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 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

⁶⁶ Cf. Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, t. I: Fundamentos, Buenos Aires, 1996, p. 187.

⁶⁷ Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, p. 346.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-14/94 del 9/12/94, p. 9.

incumplimiento de un tratado⁶⁹, e implementen las obligaciones internacionales de la Nación a través de las sentencias judiciales⁷⁰, 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 de nuestro tribunal supremo puesto a interpretar el alcance de algún derecho tutelado en los tratados internacionales⁷¹, este camino, que se iniciara hace ya varios años, tuvo un 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 CSJN 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)–"⁷².

Posteriormente, la Corte Suprema, en opinión vertida en el caso "Giroldi, H. D. y otros/recurso de casación" del 7 de abril de 1995⁷³ 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 nuestro máximo tribunal: "(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 de la Nación y el 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 internacionales de aplicación. Una razón de peso para sustentar esta idea se funda en la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos

⁶⁹ Cf. CSJN, in re "Fibraca Constructora S. C. A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", del 7 de julio de 1993, considerando 3º. En el mismo sentido, in re "Cafés La Virginia S. A. s/apelación (por denegación de repetición)", del 13 de octubre de 1994, considerandos 8º y 9º.

⁷⁰ Cf. CSJN, in re "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", del 7 de julio de 1992, considerando 22º: "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".

⁷¹ Ver, por ejemplo, Fallos 310:1476 y 312:249.

⁷² Ver revista "Jurisprudencia Argentina" del 29/7/92.

⁷³ Ver revista "El Derecho", t. 163, ps. 161 y siguientes.

establecida por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, y en general a la filosofía que justifica la adhesión de la Argentina a mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, establecen en general diversos mecanismos internacionales a través de los cuales se monitorea 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"⁷⁴. 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 subsidiaria⁷⁵, parece razonable que los tribunales locales tengan en consideración las opiniones de los órganos internacionales que juzgarán eventualmente la conformidad de las prácticas estatales con las disposiciones de los respectivos tratados.

Aunque no existan mecanismos que acepten la presentación de 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

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Asunto de Viviana Gallardo y otros", decisión del 13 de noviembre de 1981, n° G 101/81, Serie A, párrafo 26.

⁷⁵ Ver por ejemplo, la calificación que la propia CADH 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, párrafo 2 in fine. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4, párrafo 61.

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.

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

Como última cuestión, trataremos de analizar 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. Sin pretender agotar la posible enumeración de obligaciones genéricas de los Estados y al sólo efecto expositivo, consideraremos las siguientes: a) obligación de adoptar medidas inmediatas; b) obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; c) obligación de progresividad y prohibición de regresividad.

Es evidente que otra obligación genérica de los Estados en la materia es la de no discriminar. Sin embargo, por la complejidad de la cuestión, consideramos apropiado no analizarla en el marco de este trabajo. De todos modos, procuraremos mencionar algunas medidas que los Estados deben adoptar de manera inmediata y que se vinculan con su deber de no discriminar.

A. Obligación de adoptar medidas inmediatas

El art. 2 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 realizado progresivamente, existen obligaciones con "efecto inmediato", entre las que 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, pár. 1), compromiso que no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. (Observación General nº 3, punto 1).

Cuando 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 nº 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 porqué no ha marchado, porqué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o porqué no ha marchado más rápido. 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 70 a 74).

El tipo de medidas que el Estado adopte queda a su elección, pues el Pacto refiere expresamente el Pacto la utilización de "todos los medios apropiados" (art. 2.1). 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 nº 3, punto 4). Algunas de estas medidas a adoptar son:

1) 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 impiden la formación de sindicatos, hacen imposible la afiliación a ellos, gravan con impuestos elevados artículos de primera necesidad y consumo masivo, no consagran la obligatoriedad de la educación primaria⁷⁶ o la condicionan a pago, o permiten de alguna forma el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

También está la de eliminar cualquier discriminación de iure, debiendo derogar 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). 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). 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 nº 5, punto 16)⁷⁷.

⁷⁶ Si bien el art. 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.

⁷⁷ 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 nº 2, punto 9, y OG nº 3, puntos 12 y 13, y, en relación a las personas con discapacidad y ancianos, de las OG nº 5, punto 9 y OG nº 6, punto 17, respectivamente. La OG nº 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 e incapacitados físicos, enfermos terminales, pacientes VIH 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 la OG nº 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 se consideran en los Principios de Limburgo (Principios 14 y 39).

2) Relevamiento de información y formulación de plan

En algunas materias, como el derecho a la vivienda adecuada, se reconoce expresamente la obligación del Estado de implementar en forma inmediata una vigilancia eficaz de la situación de la vivienda en su jurisdicción, para lo cual debe realizar un relevamiento del problema y de los grupos que se encuentran en situación vulnerable o desventajosa, personas sin hogar y sus familias, personas alojadas inadecuadamente, personas que no tienen acceso a instalaciones básicas, personas que viven en asentamientos ilegales, personas sujetas a desahucios forzados y grupos de bajos ingresos (OG nº 4, punto 13). En relación al 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). Estas obligaciones de vigilancia, reunión de información, y preparación de un plan de acción para la implementación progresiva, son extensibles, como medidas inmediatas, al resto de los derechos consagrados en el Pacto (OG nº1, puntos 3 y 4).

3) 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 art. 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 art. 2.1 del PIDESC, y que se trata de una de las medidas apropiadas que el Estado debe adoptar (OG nº 3, punto 5). Esta interpretación concuerda con los Principios de Limburgo (Principio 19).

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 art. 2.1 se refiere a la totalidad de los derechos consagrados en el Pacto.

Existen algunas disposiciones del Pacto que el Comité entiende 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 nº 3, punto 5). Sobre ellas expresa que "parecería difícilmente sostenible sugerir que son intrínsecamente no autoejecutables." Sin embargo, es obvio que tal consideración en modo alguno significa negar a priori la existencia de aspectos justiciables del resto de los derechos que no se encuentran expresamente enumerados. En apoyo de tal conclusión puede mencionarse que en

sucesivos instrumentos, el Comité ha extendido a otros derechos –como por ejemplo, el derecho a la vivienda– la obligación de brindar recursos judiciales.

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 uno de los obstáculos a la judiciabilidad 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.

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 nº 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 personas y hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados" (OG nº 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 insalubre 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 nº 4, punto 17).

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 del 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 nº 5, punto 30).

B. 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 nº 25; OG nº 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 art. 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 nº 3, punto 10)⁷⁸.

Sin duda que tal evaluación debe considerar la limitación de recursos pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que se disponga. Sin embargo, para que un Estado puede atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, debe 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.

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. 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, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado⁷⁹.

⁷⁸ 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. Dicho informe se publica en este mismo volumen. 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.

⁷⁹ 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. Ver al respecto Tomasevski, K., Indicators, en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), Economic, Social, cit., ps. 355-380. Ver también al respecto International Human Rights Internship Program, Una onda, cit., Cap. 2.

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 económica⁸⁰.

C. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales

Por último, y como ejemplo específico de estándares de justiciabilidad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, proponemos una breve referencia a la obligación de progresividad establecida por el PIDESC, centrándonos sobre la prohibición de regresividad que importa dicha obligación.

1) Noción general

El art. 2.1 del PIDESC establece que "(c)ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen 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° 3 que "(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" –continúa la Observación General– "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

⁸⁰ Ver nota 77.

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 nº 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 una vez adoptado el tratado internacional respectivo. Resulta evidente que, 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 existentes. 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 nº 3, "Más 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 línea con lo dicho hasta ahora, el goce de los derechos económicos, sociales y culturales reclama 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 artículo, 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 la Constitución y los tratados de derechos humanos pertinentes 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 toda 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 ciudadano, 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 extraña a nuestra tradición jurídica: responde a características similares que el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos, que tiene su base en la norma del art. 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 nacional 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 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 al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos un nuevo criterio a ser tenido en cuenta. 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, etcétera–. 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 vigentes⁸¹. En este sentido, la prohibición de

⁸¹ Cf., en el mismo sentido, el ya referido voto separado del juez Piza Escalante, en la Opinión Consultiva OC-4/84, 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 art. 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

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 estándar para guiar al Tribunal, y el estándar debe aplicarse según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de opinión pública donde el acto tiene efecto. ... Si la cuestión fuera de 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 estándar"⁸².

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 fundamentales⁸³.

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 constitucional de regresividad en materia de derechos sociales.

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.

⁸² Pound, R., *The Administrative application of legal standards*, en S. E., IV, 76, citado por Linares, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1989, p. 28, nota 4.

⁸³ 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 *ius liberal individualista*" (Linares, 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 la teoría sociológica de los modernos juristas, 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 (Warren, C., *The Supreme Court in the United States History*, Boston, 1937, citado por Linares, cit., p. 73, nota 10).

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 hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente 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"⁸⁴. 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 a crear derecho dentro del límite o del marco de contenidos posibles de la norma constitucional o de rango constitucional (art. 28 de la CN, art. 4 del PIDESC). Esta regla de subsunción es aplicable también a las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2º, CN).

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 proporcionadas 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 (art. 28, 31 y 75, inc. 22, CN). El art. 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 reglamentado⁸⁵.

⁸⁴ Linares, cit., p. 31.

⁸⁵ Ver al respecto la doctrina de la CSJN en "Rolón Zapa, Víctor Francisco" del 30/10/1986 sobre inconstitucionalidad de una ley reglamentaria del derecho a jubilaciones móviles del art. 14 bis de la Constitución Nacional 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 16/12/1993 , se constató que la utilización del salario mínimo vital y móvil establecido por la res. 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 Cirilo y otros c. Coplinco Compañía Platense de la Industria y Comercio S. A." del 16/12/93, 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 7/8/1984 , la Corte estableció que si no se calcula el monto de la indemnización del art. 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 arts. 14, 17 y 14 bis de la

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 aún 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 (art. 67, inc. 28, CN, actual art. 75, inc. 32, CN, 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 Nación⁸⁶. Sin embargo, el art. 4 del PIDESC establece en relación a 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 la 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 norma⁸⁷ y a los fines que la justifican⁸⁸. En consecuencia, el

CN. Más recientemente, en relación a 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 19/7/1996, estableciendo que la protección contra el despido arbitrario prevista por el art. 14 bis de la CN 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 al 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 art. 245 LCT 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 25/2/1969.

⁸⁶ El cambio de orientación surge al admitir la Corte la constitucionalidad de las leyes de prórroga de los alquileres –"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" 171:366 (1934), "Inchauspe Hnos c. Junta Nacional de Carne" 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 art. 67, inc. 16, de la CN (art. 75, inc. 18, según texto de 1994).

⁸⁷ 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

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 sociales⁸⁹.

3) Inversión de la carga probatoria y criterio de interpretación

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 ley 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 propuesta. La doctrina de la inversión de la carga de la prueba de la razonabilidad de las leyes no ha sido, por ejemplo, ajena a la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos⁹⁰.

Desde el punto de vista procesal, corresponde entonces al demandante demostrar en un primer paso el carácter regresivo de la norma, verbigracia 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 inválida, y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable a partir de su potencialidad protectora de otros derechos.

Sin embargo, las posibilidades de prueba del Estado no son libres, ni mucho menos. En cuanto al estándar de interpretación, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, corresponde al juez emplear el criterio denominado en interpretación constitucional 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. La situación guarda analogía con las denominadas categorías

11.747, con la cual el Congreso se propuso impedir el monopolio, las maniobras y los procedimientos arbitrarios de la 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.

⁸⁸ En el caso "Nordenshol, Gustavo Jorge c. Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado" del 2/4/1985, 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 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.

⁸⁹ Por ejemplo, en "Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", del 7/8/90, se estableció que el art. 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, CN) puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad.

⁹⁰ Cf. Linares, cit., p. 213.

sospechadas en caso de discriminación: cuando el Estado decide establecer distinciones normativas a partir de categorías prohibidas a priori (sexo, color, raza, religión, idioma, opinión política, posición económica, nacimiento o cualquier condición social), la ley se presume inválida y corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción. Lo mismo sucede en derecho del consumo para el predisponente de una cláusula en un contrato de adhesión, con las denominadas cláusulas grises. Dado que estas categorías resultan poco habituales para la práctica jurisprudencial y de la doctrina argentina, creemos que resulta útil abundar brevemente en la cuestión.

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 de ilegitimidad de la medida 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 obstáculo absoluto de trato, actuaba como una presunción de irracionalidad de ciertas prohibiciones⁹¹.

El Tribunal Constitucional Español ha sido consciente de que, en su lectura unitaria del art. 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 art. 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"⁹², y ello, por lo menos, debe implicar 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 más 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 art. 14, es constante en las decisiones del Tribunal Constitucional Español, traduciéndose 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 desigualdad⁹³. 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

⁹¹ Ver Barbero, A., *Manuale di Diritto Pubblico*, Bologna, 1984, p. 308.

⁹² Ver sentencia del S. Tribunal Constitucional Español 83/1984 del 24 de julio –BOE del 14 de agosto de 1984- FJ 5.

⁹³ 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.

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 enumera⁹⁴.

En el plano internacional, en relación a la alegación –destinada a justificar una diferencia de trato– de factores de diferenciación expresamente vedados, el TEDH se pronunció en el caso de "Irlanda vs. Reino Unido", sentencia del 18 de enero de 1978, en el que se analizaba el carácter discriminatorio de diferencias en el trato de 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 art. 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". Como ha sostenido en relación al fallo "Alonso García", 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 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 suponen"⁹⁵.

Como quedó dicho, 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: conduce a la necesidad de realizar un escrutinio estricto o un severo control de la razonabilidad y legitimidad de la medida y el propósito de la norma y conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad del trato diferencial acordado, quedando a cargo del Estado la prueba de la justificabilidad de la medida. Tampoco resulta este criterio ajeno a la tradición jurídica de nuestros tribunales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que, en materia de derechos sociales, rige la regla hermenéutica in dubio pro justitia socialis, a la que asigna raigambre constitucional. En el fallo "Berçaitz, Miguel Angel s/jubilación", del 13 de septiembre de 1974, la Corte consideró que:

"tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia 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 persegue, lo que impide fundamentar una interpretación restrictiva" (Fallos: 263:400;

⁹⁴ Ver sentencia STC 81/1982, del 21 de diciembre –BOE del 15 de enero de 1983– FJ 2.

⁹⁵ Ver Alonso García, M., La Interpretación de la Constitución, Madrid, 1984, p. 388.

*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.

En cuanto a las posibilidades probatorias, tampoco puede el Estado argumentar acerca de la racionalidad de la legislación propuesta sobre cualquier base. La OG n° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fija los términos del posible marco argumentativo del Estado: la medida regresiva "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". Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto. Esta limitación resulta sumamente importante, 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. Como se ha dicho, en caso de duda, habrá que estar en contra de la validez de la ley, ya que la demostración concreta de retroceso en el goce de un derecho hecha por el demandante no logró ser 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 ley, el juez deberá realizar lo que la doctrina constitucional alemana denomina ponderación de derechos, aunque en el caso la posibilidad de ponderación queda limitada estrictamente al campo de los derechos económicos, sociales y culturales, excluyendo a cualquier otro.

4) Criterios para determinar la regresividad

Conforme a la posición que sustentamos en este trabajo en relación a 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 art. 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.

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 que en principio el Estado ha violado la prohibición de regresividad en la tutela jurídica de un derecho social, trasladándole 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 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 comparadas⁹⁶.

El análisis por instituciones parece ser el que brinda la solución más adecuada para determinar cuándo una norma es regresiva, circunscribiendo tanto la prueba de la regresividad como la consiguiente impugnación de irrazonabilidad al contenido concreto de la norma que regula una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho. Este procedimiento o criterio de comparación limitado a contenidos concretos de la norma y no a su totalidad, resulta además claramente compatible con la regla pro homine* y con el principio de que la inconstitucionalidad opera como ultima ratio, debiendo siempre circunscribirse su declaración a los aspectos particularmente impugnados, sin perjuicio de la validez del resto de la norma.

⁹⁶ 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 art. 6° de la ley 14.250 y es el que adopta el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ver López, J.; Norberto O.; Centeno, N., y Fernández Madrid, J. C., Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Buenos Aires, 1987, t. 1, p. 36. Ver, además, Goldín, A., Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo, "Derecho del Trabajo", t. 1986-B, ps. 934 y siguientes.

* N. del comp.: ver al respecto, en este mismo ejemplar, Pinto, Mónica, El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.

5) Alcance de la aplicación de la prohibición de regresividad

¿A qué derechos se aplica la obligación de no regresividad? Dada la incorporación del principio de progresividad a partir de la adopción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su elevación a principio de 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 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales? ¿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 agrega una importante serie de derechos económicos, sociales y culturales a la enumeración prevista por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, por ejemplo, el art. 14 bis de la Constitución Nacional 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.

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 complementario⁹⁷ que la Constitución otorga a los tratados de jerarquía constitucional con respecto a su parte dogmática. Esta complementariedad supone, como primer corolario, no contradicción⁹⁸. En este 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

⁹⁷ Cf. Constitución Nacional, 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".

⁹⁸ 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 art. 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."

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.

Esta interpretación coincide con la efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", del 27 de diciembre de 1996⁹⁹. En efecto, tanto el voto de la mayoría, como el del Dr. 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 art. 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 social¹⁰⁰.

* N. del comp.: cf. en este mismo ejemplar, Bidart Campos, Germán J., El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

⁹⁹ Ver revista "La Ley", t. 1997-B, p. 247.

¹⁰⁰ CSJN, "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 Dres. Nazareno y Moliné O'Connor, Considerandos 11 y 12; voto concurrente del Dr. Boggiano, considerando 11.