

V. Estrategias de seguimiento

Los derechos sociales en perspectiva: posibilidades de empleo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para su protección*

*Christian Courtis***

I

La cuestión de las garantías de los derechos sociales es un tema complejo, en la medida en que aún hay pocas certezas vinculadas a cómo abordarlo conceptualmente. En general, en nuestra región, los derechos sociales, reconocidos tanto en instrumentos constitucionales como internacionales, han tenido un valor más bien declarativo: existen grandes carencias en el modo en que se han traducido en mecanismos concretos de garantía¹.

* El origen de este texto es la transcripción de una presentación oral en el IV Curso Interamericano realizado en noviembre de 2004 por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San José, Costa Rica. El autor revisó y ajustó la versión a un formato más compatible con la de un artículo escrito, sin eliminar completamente el tono coloquial.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

1 Para una discusión más extensa de este problema, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, capítulo 1, Trotta, Madrid, 2002.

Para explicar esa situación, partiré del señalamiento de algunos problemas que me parecen importantes.

El primero es la idea de que el paradigma de los derechos sociales es todavía un modelo incompleto. ¿Qué significa esto? La noción de “derecho social” no es nueva: tiene ya más de un siglo. Surge a fines del siglo XIX y, gradualmente, se va incorporando a constituciones, a leyes locales, a pactos internacionales, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX.

Para afirmar que se trata de un paradigma incompleto la cuestión es, claro, con qué paradigma se lo compara². Sucede que el paradigma que informa el núcleo de la formación de los juristas, de los jueces, de los abogados, corresponde a una tradición mucho más antigua que la del derecho social: se trata de la tradición del derecho patrimonial, el derecho privado. Lo que aprenden los abogados en la universidad es básicamente el derecho relacionado con los negocios, con los contratos, con el patrimonio, con la propiedad. Esto sucede en la mayor parte de nuestra región. Se trata de un paradigma que ha tardado cuatro o cinco siglos en madurar, y que ha girado centralmente sobre las ideas de propiedad, de contrato y de responsabilidad civil.

2 Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 47-64; Luigi Ferrajoli. “Estado social y estado de derecho”. En: Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comp.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2002, pp. 11-21.

Gran parte de los elementos alrededor de los cuales se piensa el derecho, ha tenido que ver con este modelo patrimonialista, moldeado a partir de un sujeto que es propietario, y que tiene ciertas relaciones con otros propietarios. De modo que, aunque en las constituciones o en los pactos de derechos humanos se establezcan derechos sociales, todavía no se ha generado un paradigma completo sobre cómo dar contenido a estas categorías, por lo menos no en una medida comparable a la que sí ha desarrollado el modelo del derecho privado. Las preguntas que debemos contestarnos son: ¿cómo diseñar las relaciones entre los sujetos que son titulares de los derechos? ¿Cuáles son los alcances de estos derechos? ¿Cuáles son las obligaciones que surgen de estos derechos? ¿Quiénes son los sujetos deudores de estos derechos? ¿Cuáles y cómo deberían ser sus instrumentos de garantía o de protección?

Estas herramientas conceptuales han sido generadas en otros campos por la dogmática o doctrina, es decir, por las teorizaciones y categorías que producen los juristas, y que funcionan, esencialmente, como instrumentos pedagógicos de socialización en el mundo del derecho. Pues bien, buena parte de nuestra dogmática, de nuestra academia, se ha dedicado a aquellas áreas del derecho que son las tradicionales: el derecho privado, el derecho de los negocios. Para verificarlo, es bueno preguntarse qué producción local existe con respecto al contenido de algunos derechos sociales, como los derechos a la salud, vivienda, educación o alimentación. La respuesta, en general, es

que muy poco, si se la compara con los libros que se publican sobre responsabilidad civil, sobre contratos mercantiles o sobre juicios ejecutivos. La disparidad, la asimetría de la producción, es enorme, porque gran parte de los recursos simbólicos del derecho se ha dedicado a proteger los intereses de los propietarios, a proteger el derecho de propiedad, y no los derechos sociales que, pese a estar establecidos en una constitución, casi no han tenido desarrollo. Así, por ejemplo, no es nada extraño que en América Latina, cuando se nombra a un abogado, la gente se asuste por su fama de “ave negra”. ¿De dónde viene esta idea? De que a los abogados se los relaciona habitualmente con sucesos trágicos: sucesiones, muertes, accidentes de tránsito, reclamos por daños y perjuicios, incumplimientos contractuales, desalojos, divorcios, situaciones por el estilo. Ver a un abogado, a un jurista, como alguien que encarna la defensa o el acceso a derechos sociales aún resulta lejano. Este parece ser todavía un papel secundario del abogado. En las categorías que se enseñan en las facultades de derecho, la noción de que los derechos sociales son derechos, y de que los abogados pueden colaborar en la defensa de derechos sociales, son aún nociones débiles, fragmentarias, incompletas. Esto no significa que estén completamente ausentes de la enseñanza del derecho, pero hasta el momento han sido insuficientemente articuladas.

Una segunda premisa importante tiene que ver con otra dificultad. Como dije, el paradigma del derecho social es un paradigma joven en comparación con el

del derecho privado. Pero a eso se suma otro problema. La primera manifestación del derecho social, como tal, está relacionada con los derechos vinculados con la situación del trabajo asalariado³. Desde el punto de vista histórico, la primera etapa de consolidación de estos derechos ha tenido que ver con la idea de la centralidad del trabajo, que es una idea muy poderosa, y que atraviesa gran parte de las teorías emancipatorias del siglo XIX y siglo XX, entre ellas el marxismo. El trabajo se utiliza como categoría central para entender la sociedad, las divisiones de clases, las luchas de emancipación, la explotación. Y por ende, el nacimiento y desarrollo del derecho social están marcados a fuego por el intento de codificar en términos jurídicos los conflictos relacionados con el trabajo asalariado.

Esta idea está estrechamente relacionada con un cierto modelo de sociedad, que correspondió especialmente al período de oro del Estado de bienestar en los países desarrollados, desde la segunda posguerra hasta mediados de los años setenta. De acuerdo con ese modelo originario del derecho social, si el trabajo es el lugar central de integración social, las formas de redistribución de la riqueza deben ir vinculadas a la situación del trabajador asalariado.

3 Ver François Ewald, “Le droit du travail: une légalité sans droit?” En: *Droit Social* No.11, 1985, pp. 723-728, y “A concept of social law”. En: Günther Teubner (ed.). *Dilemmas of law in the welfare state*, Walter de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 40-75; Bob Hepple (comp.). *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

Ciertamente, este modelo jamás se correspondió demasiado con las condiciones del mercado de trabajo de América Latina, en la medida en que el mercado asalariado formal siempre fue minoritario. Gran parte del mercado de trabajo de nuestros países ha sido y sigue siendo informal, de modo que este modelo de redistribución deja fuera paradójicamente a las mayorías, a las que, en teoría, deberían estar destinados los derechos sociales, ya que son quienes están en peor situación socioeconómica.

Sucede que hoy, desde hace casi dos décadas, la idea de un mercado de trabajo asalariado que integre a la gran mayoría de la población, a partir del esquema de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, también está en crisis en los países desarrollados. Dada la historia anterior, casi todo el esfuerzo que se había hecho hasta entonces para conceptualizar los derechos sociales, partió de la idea de su vínculo con el trabajo asalariado. Esto nos coloca, tanto a los latinoamericanos como a los europeos, frente a un problema común, ya que durante gran parte del siglo XX, muchas políticas sociales también estuvieron destinadas a asignar derechos ajenos a la relación laboral –como los vinculados con la educación, la salud, la alimentación, la vivienda, la protección familiar– por la vía de asignarle derechos al trabajador y, por cascada, a sus familiares y dependientes⁴.

4 Ver Alain Lipietz, *Elegir la audacia. Una alternativa para el siglo XXI*, Trotta, Madrid, 1997; Rubén Lo Vuolo, “A modo de presentación: los contenidos de la propuesta del ingreso ciudadano”.

Veamos, por ejemplo, cómo están estructurados los sistemas de seguridad social de nuestros países. En gran medida, estos se financian sobre la base de impuestos al trabajo asalariado: con los aportes del empleador y de un trabajador que cotiza porque está integrado en el mercado formal del trabajo. Si no se está en el mercado asalariado, no se forma parte de ese sistema. Por esto, el desafío de pensar sobre derechos sociales hoy en día tiene que ver con el desarrollo de una manera de conceptualizarlos, independientemente de la posición de trabajador asalariado de su titular. Esto, claro, no significa abandonar las luchas en el espacio del trabajo, que por supuesto son importan- tísimas, sino entender que un gran porcentaje de los habitantes de nuestros países no tienen ni tendrán un trabajo estable, y a veces ni siquiera un trabajo formal.

En buena parte de las sociedades de nuestra región, la mitad de la población vive en condiciones de pobreza y en una situación de precariedad frente al trabajo. De modo que seguir asignando derechos sociales por vía de la situación de trabajador asalaria- do, cubre apenas las necesidades de la “aristocracia” de los trabajadores, es decir, de aquellos que ya están integrados socialmente, pero no las de aquellas personas que están excluidas, que son las que en realidad merecerían un mayor porcentaje de la redistribución

En: Rubén Lo Vuolo (comp.), *Contra la exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano*, CIEPP-Miño y Dávila, Buenos Aires, 1995, pp. 1-46; Pablo Miravet, “El ingreso ciudadano”. En: Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comp.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2002, pp. 385-411.

de riqueza. Este es un problema sobre el que todavía no existen categorías conceptuales demasiado sólidas: el pensamiento y la capacidad de reacción de los juristas y de los reformadores sociales han sido en general lentos, y han quedado muy rezagados con respecto a una realidad que parece alejarse irreversiblemente del ideal del empleo pleno y estable. Es bueno recordar que esta lentitud no es una dificultad que solo sea achacable al derecho social: la maduración del paradigma del derecho privado, del derecho patrimonial, ha sido un proceso de cuatro o cinco siglos. El hecho de que la idea de derecho social tenga apenas un siglo, y que aún dentro de esa historia se haya producido una ruptura, un quiebre, relativo a la pérdida de la centralidad del mundo del trabajo, genera la urgente necesidad de crear categorías para pensar los derechos sociales que se adecuen a la realidad en la que nos toca vivir.

Quisiera ofrecer algunos ejemplos que conlleva ese desafío de pensar a los derechos sociales por fuera de la relación de trabajo. Existen algunas particularidades de los derechos sociales que los diferencian de la noción tradicional de los derechos patrimoniales, que estaban pensados únicamente en función individual. ¿Por qué? Primero, porque gran parte de las formas en que las que el Estado satisface derechos sociales requiere una proyección de carácter colectivo: el diseño de servicios concebidos a partir de una noción de escala. Es difícil pensar en la asignación de derechos sociales desde un punto de vista exclusivamente individual, a diferencia de los derechos patrimoniales

tradicionales, que estaban pensados desde la perspectiva del individuo propietario. La satisfacción de derechos sociales, como el acceso a servicios de salud, vivienda, educación, exige necesariamente una planificación de carácter colectivo, una planificación de escala: es imposible pensar en la asignación de un maestro por niño, o de un médico por persona. Se necesita pensar en servicios destinados a cubrir necesidades a partir de dimensiones grupales o colectivas. Esta es una cuestión que no ha sido tematizada por los cultores del derecho privado tradicional, del derecho patrimonial tradicional, y requiere un esfuerzo de conceptualización importante en materia de derecho social.

Otra cuestión vinculada es la de la distribución de recursos, que siempre son escasos. Mientras que en el caso de los derechos patrimoniales tradicionales, se pensaba sobre la base del interés individual y egoísta del propietario, lo que enfrentamos en el caso de los derechos sociales es la situación de un Estado con recursos escasos, y la necesidad de decidir criterios de priorización para la asignación de esos recursos. Las necesidades son infinitas, los recursos pocos. ¿Cómo generar, entonces, categorías que permitan establecer prioridades en la asignación de esos recursos? Ese es un tema completamente ausente en la tradición del derecho privado y del derecho patrimonial tradicional.

Otro indicio del carácter incompleto del paradigma de los derechos sociales se relaciona con la forma en que está organizado el Estado en estas materias. En

América Latina, hemos dejado librada a la discrecionalidad administrativa del Estado la gestión de aquellos servicios que satisfacen la mayoría de los derechos sociales, tales como el acceso a educación, atención médica, vivienda, alimentación, asistencia social. En muchos de estos casos, en lugar de normas que establezcan propiamente derechos, tenemos normas que organizan y otorgan competencia a la administración⁵. Mientras los derechos relacionados con el mundo del trabajo han generado mecanismos de participación y de control de otros actores -piénsese, por ejemplo, en la estructura de OIT: patronal, sindicatos y Estado-, en áreas relativas a derechos sociales no relacionados con el trabajo, el margen de discrecionalidad del Estado ha sido prácticamente total. Esa discrecionalidad del Estado ha generado prácticas de carácter selectivo y clientelista, que caracterizan la forma en que se ha asignado el acceso a esos derechos sociales en la mayoría de nuestros países.

Todas estas son cuestiones que revelan la necesidad de pensar categorías que nos sirvan para articular seriamente la relación entre derechos sociales y políticas públicas destinadas a satisfacerlos, de generar estándares que permitan evaluar en términos jurídicos esas políticas y, por ende, de plantear casos en los que

5 Ver Juan Antonio Cruz Parcerio, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”. En: Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcerio y Rodolfo Vázquez (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-UNAM, México, 2001, segunda edición, pp. 89-112.

se puedan exigir a los poderes públicos aquellos derechos incluidos en constituciones y pactos de derechos humanos. Como veremos, un problema a resolver, a la luz de las cuestiones que ya he señalado, es el de colaborar en la tarea de completar el paradigma de derecho social, a través del desarrollo de los elementos mínimos que deben estipularse para hablar propiamente de un derecho: definir cuál es el titular, cuál es el deudor, cuál es su alcance y cuáles son los mecanismos adecuados de garantía de ese derecho.

Pero quisiera introducir una premisa más, relacionada con el trabajo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos: se trata de la cuestión de la complejidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, que incluyen ahora fuertes conexiones con el ordenamiento internacional. Todos ellos están compuestos por capas o escalones distintos: en general, en nuestros ordenamientos, el reconocimiento de derechos sociales se encuentra en las constituciones o pactos de derechos humanos, que tienen una jerarquía privilegiada en la pirámide del ordenamiento jurídico. Pero es evidente que entre ese reconocimiento declarativo en instrumentos privilegiados y la realidad, hay una brecha enorme. Desde el punto de vista técnico, porque la sola inclusión de un derecho en una constitución o en un pacto de derechos humanos no asegura su completa operatividad: esto en la medida en que casi todo derecho requiere de alguna reglamentación, y de la puesta en marcha de actividades destinadas a satisfacerlo y garantizarlo. La reglamentación incluye la especificación del contenido del derecho, el

establecimiento de las formas en las que uno puede ejercer el derecho, y las garantías del derecho.

Este es un desafío que plantea esa noción de complejidad. La cuestión no se limita al tema de los derechos sociales, pero también lo incluye. El incorporar pactos de derechos humanos al derecho local agrega más complejidad al asunto. Un sistema jurídico con fuentes diferentes, con una apertura al ordenamiento internacional, obliga a preguntarse cómo trasladar las nociones, conceptos, estándares que vienen del derecho internacional y aplicarlas en el derecho interno. Se trata de problemas técnicos que se les plantean a los juristas de formación tradicional, porque en los sistemas jurídicos de la región la tendencia había sido la cerrazón, la clausura, la escasa relación con la incorporación de nociones provenientes del derecho internacional. El derecho internacional era tradicionalmente un derecho limitado al cuerpo diplomático de un Estado, al manejo de las relaciones exteriores; basta ver el lugar secundario que tiene la enseñanza del derecho internacional en las carreras de derecho. Los abogados que litigaban en el foro local apenas tenían contacto con el derecho internacional, y la invocación de normas internacionales en su labor cotidiana era extrañísima.

La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos internos -en muchos casos, con jerarquía similar a la de la constitución, o al menos superior a la de la ley común- ha modificado sustancialmente ese panorama. Esto

también implica un aprendizaje por parte de los operadores del derecho -jueces, fiscales, abogados- que no fueron formados en esta escuela, y que no acostumbraban lidiar con la invocación de normas internacionales.

Dentro del sistema internacional también hay factores que agregan complejidad, como el hecho de contar con varios sistemas que se superponen: casi todos los países de la región son al mismo tiempo parte del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Esto plantea algunas preguntas: ¿cuándo invocar las normas de uno, y cuándo las de otro? ¿Cómo se compatibilizan? ¿Cómo se articulan? En el momento que nos toca vivir, este problema no se aborda en las facultades, ni los jueces o los abogados están entrenados para resolverlo.

Otro tema decisivo vinculado con la cuestión de la complejidad es la relación entre sede interna y sede internacional, derecho interno y derecho internacional, acción a nivel interno y acción a nivel internacional. Pese a la globalización, a la regionalización, a la adopción de instrumentos internacionales de derechos humanos, a los intentos de establecer acuerdos de libre comercio, la regulación de los derechos sociales sigue siendo, primordialmente, de carácter nacional y, en alguna medida, hasta de carácter local. Es preciso pensar, entonces, en cómo se trasladan esos criterios internacionales a sede interna, cómo exigir del gobierno nacional, o de los gobiernos locales, la realización de los derechos y la aplicación de los estándares

que provienen de esos instrumentos del derecho internacional.

Creo, en todo caso, que el sistema internacional debe pensarse básicamente como sistema subsidiario. Será útil únicamente en la medida en que pueda lograr efectos a nivel local, porque no es de esperar que todos los problemas planteados a nivel local sean llevados y resueltos en el sistema internacional. Esto supone pensar de manera estratégica las relaciones entre los recursos de carácter local y los de carácter internacional. Para el tema que nos interesa, una estrategia posible consiste en acudir a estándares internacionales, en aquellos casos en que la generación de categorías dogmáticas, de conceptos de interpretación, de categorías para trabajar sobre derechos sociales en el nivel interno ha sido muy pobre: esto será útil en la medida en que se pueda mostrar que la legislación o la práctica interna no se ajusta a los parámetros establecidos internacionalmente. El ámbito internacional funciona muy bien como una fuente de ideas, conceptos, estándares, para considerar la práctica nacional desde el punto de vista jurídico. Debido a que estamos vinculados por los tratados internacionales, podemos decir que estos estándares son obligatorios y sostener, así, opiniones que la dogmática local no había generado, sobre una base de autoridad reconocida normativamente: la de los órganos internacionales de interpretación de los tratados sobre derechos humanos.

II

Entraré ahora en la cuestión de cómo puede emplearse el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para defender derechos sociales⁶. Desde ya, es necesario decir que este se ha preocupado tradicionalmente por los derechos civiles y políticos, y recién ahora comienza a tener en consideración la protección de los derechos sociales. La falta de tradición no impide, sin embargo, evaluar las potencialidades que para esta tarea ofrece el Sistema Interamericano.

Para empezar, hay que preguntarse qué instrumentos del Sistema son útiles para identificar derechos sociales. Muy sucintamente, los instrumentos más importantes al respecto son la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Casi todos estos instrumentos reconocen derechos sociales, pero plantean algunos inconvenientes, que explican en gran medida la falta de desarrollo de la protección de

6 Para ampliar, ver Tara Melish. *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2004; Julieta Rossi, “Mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”. En: Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comp.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 341-383.

derechos sociales en el Sistema Interamericano. Pasaré una breve revista a los respectivos reconocimientos e inconvenientes.

La Declaración Americana reconoce explícitamente derechos sociales⁷ –aún más: es la fuente de la Declaración Universal en esta materia⁸– pero, como se sabe, para los países que son parte de la Convención Americana, el valor de la Declaración aparece desplazado por la Convención en cuanto instrumento de identificación de derechos justiciables ante el Sistema. En estos casos, la Declaración cobra apenas el valor de un instrumento interpretativo, pero para que ese valor tenga pleno efecto, es necesario antes haber identificado en un instrumento justiciable el derecho en cuestión, de modo que la identificación del derecho se desplaza a otro instrumento. Paradójicamente, para los países de la región que no son miembros de la Convención, la Declaración funge como instrumento principal para identificar los derechos humanos que esos países deben proteger y garantizar, de modo que, para esos países, los derechos sociales reconocidos por la declaración serían fuente directa de justiciabilidad. Lamentablemente, los países que no son miembros de la Convención Americana no aceptan la jurisdicción

7 Para un tratamiento más detallado de la cuestión, ver Denise Hauser. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre”. En: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comp.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 123-146.

8 Ver, por ejemplo, Mary Ann Glendon. *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, Nueva York, 2001.

contenciosa de la Corte Interamericana, y por ende los mecanismos de justiciabilidad de esos derechos sociales se limitan a la Comisión. Desde el punto de vista práctico, esto ha significado un escasísimo empleo de la Declaración Americana como instrumento de identificación de derechos sociales.

La Convención Americana, que sigue constituyendo el instrumento central del Sistema Interamericano, tiene alguna potencialidad en la materia, y también algunos inconvenientes⁹. Entre las potencialidades se encuentran:

a) El reconocimiento de algunos derechos sociales, o con modulaciones de carácter social, en su plexo normativo. Es el caso de los derechos del niño, del derecho a la protección de la familia, y de la función social de la propiedad. La Corte Interamericana ha dado algunos pasos en este sentido, en especial en el denominado “Caso de los Niños de la Calle”¹⁰, y en su Opinión Consultiva OC-17¹¹.

9 Para un tratamiento detallado, ver Tara Melish. *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2004.

10 Ver Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, par. 191-198.

11 Ver Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, par. 80-91.

b) La aplicabilidad de cláusulas generales de la Convención, y de algunos derechos instrumentales de su plexo, también a derechos sociales. Es el caso, por ejemplo, de las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial, del derecho de propiedad, del principio de igualdad ante la ley, y de la prohibición de discriminación. Esta ha sido, sin duda, la fuente de desarrollos más interesante en materia de derechos sociales en el Sistema Interamericano: así, la Corte Interamericana ha protegido por conexidad con derechos civiles establecidos en la Convención Americana, derechos sindicales (en el caso Baena¹², por conexidad con el derecho de asociación), el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de la tierra (en el caso Awas Tingni¹³, por interpretación extensiva del derecho de propiedad) y el derecho a la seguridad social (en el Caso de los Cinco Pensionistas¹⁴, por conexidad con el derecho a la propiedad y a la protección judicial). De modo similar, la Corte ha aplicado de manera muy amplia

12 Ver Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, par. 153-173.

13 Ver Corte IDH, Caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, par. 148-154.

14 Ver Corte IDH, Caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, par. 107-121 y 127-140. Puede verse un comentario crítico en Christian Courtis. “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista de Derecho Público Mexicano* No. 6, ITAM, México, 2004.

la prohibición de discriminación a los derechos laborales de los migrantes indocumentados, en su Opinión Consultiva OC-18¹⁵.

- c) La cláusula del artículo 26, que establece obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de un modo muy similar al del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶.

Entre los respectivos inconvenientes se encuentran: con respecto al punto a), el escaso desarrollo interpretativo que han tenido aún estas cláusulas, más allá de la Opinión Consultiva apuntada. Con relación a b), en sentido similar, y más allá de los precedentes mencionados, la escasa cantidad de casos en los que se han planteado problemas de interconexión entre derechos civiles y derechos sociales, de aplicación de cláusulas generales de la Convención a situaciones que involucran derechos sociales, y de interpretación en clave social de derechos civiles establecidos en la Convención. En cuanto a c), el inconveniente mayor es la remisión que efectúa el artículo 26 a la Carta de la OEA según modificación efectuada por el Protocolo de

15 Ver Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, Serie A No. 18.

16 Sobre las posibilidades de interpretación del artículo 26 de la Convención, puede verse Christian Courtis. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comp.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 1-66.

Buenos Aires, de modo que los derechos a los que se refiere ni siquiera quedan identificados en ese artículo, y es necesaria una puntillosa tarea de interpretación para identificar esos derechos y determinar su contenido. Aunque esa tarea no es imposible¹⁷, los órganos del Sistema Interamericano han mostrado cierta renuencia en llevarla a cabo, de modo que, desde el punto de vista práctico, ha habido muy poco avance al respecto. De paso, señalo aquí que esta es la conexión con la Carta de la OEA como instrumento de identificación de derechos sociales: el artículo 26 de la Convención Americana se refiere a los “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura” de la Carta de la OEA, y uno puede encontrar en ese instrumento derechos sociales propiamente dichos -por ejemplo, el derecho a la educación- y normas de fin u objetivos de política social, de las que se pueden derivar derechos.

El Protocolo de San Salvador es el instrumento más extenso del Sistema Interamericano referido a derechos sociales. Esa es su mayor ventaja; en gran medida, el Protocolo es la versión regional del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con algunos agregados, en especial referidos a grupos sociales en situación de vulnerabilidad. En términos de mecanismos de supervisión de su cumplimiento, el Protocolo ha presentado algunos inconvenientes. Primero, el mecanismo general de supervisión,

17 Ver las sugerencias interpretativas del trabajo citado en la nota al pie anterior.

el sistema de informes, similar al de los tratados del sistema universal, nunca se ha puesto en funcionamiento. Y segundo, la justiciabilidad de los derechos del Protocolo está limitada, en el propio instrumento, a los derechos sindicales y al derecho a la educación, y no se extiende al plexo entero de derechos consagrados por ese instrumento; de modo que, para hacer justiciables otros derechos, es necesaria una tarea de interpretación o de integración hermenéutica con otros derechos justiciables. A esos inconvenientes se ha sumado el menor número de ratificaciones que ha tenido el Protocolo con respecto, por ejemplo, al número de ratificaciones de la Convención Americana; aunque la situación ha ido mejorando, y a la fecha el número de ratificaciones es ya considerable.

Por último, el Sistema Interamericano cuenta con el primer tratado internacional referido a las personas con discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁸. Desde ya, es necesario subrayar la importancia de este instrumento pionero, que ha colaborado en gran medida para generar un debate –que actualmente tiene lugar en el seno de Naciones Unidas– sobre la conveniencia de la adopción de una convención universal sobre el tema. La Convención Interamericana tiene algunos importantes

18 Puede verse, al respecto, Christian Courtis. “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: Claudia Martín, José Antonio Guevara Bermúdez y Diego Rodríguez-Pinzón, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2004.

logros, como la definición de discriminación empleada, que ha servido de fuente para algunas legislaciones nacionales. En términos de derechos, sin embargo, la Convención es débil: el lenguaje empleado habla más bien de medidas a ser adoptadas por el Estado, y de áreas en las que deben adoptar medidas, que de derechos en sentido propio. El mecanismo de supervisión establecido –el mecanismo de informes ante un Comité creado por la Convención– debería haber comenzado a funcionar desde marzo de 2003, y todavía no lo ha hecho.

En todo caso, y a partir del empleo de todas estas fuentes, hay que destacar la importante tarea de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección del derecho a la salud de las personas que padecen de VIH/SIDA, en especial a través de la emisión de medidas cautelares¹⁹.

Pero pongamos esta información en el contexto de la ya apuntada complejidad de los ordenamientos jurídicos. La situación típica en nuestros países es que existen derechos sociales reconocidos en la constitución, a veces presentados como fines o metas de políticas públicas, o como deberes del Estado. A esto se agrega la cantidad de tratados internacionales que

19 Ver, al respecto, Ignacio Álvarez. “Suministro de medicamentos para personas con VIH/SIDA mediante medidas cautelares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comp.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 347-369.

han ratificado nuestros países, que ofrece una muy buena base para saber a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de derechos sociales.

Para ilustrar la cuestión de la complejidad, tal vez sea un buen ejercicio el de elegir un país cualquiera de la región, y dedicarse a identificar los derechos sociales establecidos en todas las fuentes de derechos fundamentales: la constitución, los instrumentos del Sistema Interamericano y los instrumentos del Sistema Universal de los que el país sea parte. Así, por ejemplo, en el Sistema Interamericano, pueden identificarse derechos sociales al menos en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En el Sistema Universal, los instrumentos clave son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial y la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias. Existen además otros tratados a tener en consideración: obviamente, en materia laboral y de seguridad social -y en otras materias, como los derechos de los pueblos indígenas- los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo; la Convención

sobre el Estatuto de los Refugiados, que se refiere al trato equivalente que debe brindar el Estado que acepta un refugiado, con respecto a los ciudadanos o habitantes del país, en materia de derechos sociales, etcétera.

Este conjunto de instrumentos internacionales cumple claramente con la función de identificar los derechos sociales. La lista incluye derechos relacionados con el trabajo, en su aspecto individual y colectivo, y además el derecho al trabajo; es decir, al establecimiento por parte del Estado de políticas que favorezcan el acceso al trabajo; los derechos vinculados con la seguridad social, con la educación, el derecho a la salud, a la vivienda, a la alimentación. En la última Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se avanzó en la identificación del derecho al agua, como un derecho independiente, vinculado con el derecho a un nivel de vida adecuado. Se podría decir que la idea del derecho a un nivel de vida adecuado es un resumen de estos componentes, que serían aquellos que señalan cuáles son los parámetros necesarios para hablar de un nivel de vida adecuado. Los ejes a partir de los cuales se mide este nivel de vida son alimentación, vestido, agua, vivienda, salud, educación. Esto parece identificar algo parecido a lo que los autores de la teoría del desarrollo y algunos economistas llaman bienes o necesidades básicas.

Dentro de los instrumentos que enumeran derechos sociales se encuentran también algunos derechos culturales,

y también aquellos vinculados con la protección de ciertos grupos sociales. Algunos son derechos especiales grupales, como los de los pueblos y comunidades indígenas, que se han configurado como derechos colectivos. Otros son derechos específicos de protección a personas vulnerables o en situación de vulnerabilidad, sobre la base de la pertenencia a una categoría. Los mayores desarrollos en este sentido se han producido en el campo de la protección de los derechos de mujeres, niños, personas con discapacidad y adultos mayores; y, en menor medida, de personas pertenecientes a pueblos indígenas.

Retomemos el tema de la complejidad. Los propios criterios de interpretación que las normas internacionales han fijado para dar cuenta de esta complejidad apuntan a que, cuando existen varios tratados, o varias normas que versan sobre el mismo derecho, debe preferirse la más extensa a favor del titular del derecho. Este principio hermenéutico se denomina principio *pro homine*²⁰, y se encuentra reflejado, por ejemplo, en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pero, más allá de ese reflejo específico, se trata de un principio de interpretación general de los tratados internacionales sobre derechos

20 Ver Susana Albanese. “La primacía de la cláusula más favorable a la persona”. En: *Revista La Ley*, Buenos Aires, tomo 1996-C-518; Mónica Pinto. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En: Martín Abregú y Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163-171.

humanos. Cuando coexisten varias normas que se refieren al mismo derecho, el principio *pro homine* marca la necesidad de articular normas distintas sobre la base del principio de preferencia de los contenidos de mayor extensión, de modo que le da al intérprete la posibilidad de seleccionar y articular diferentes componentes o partes del mismo derecho que surjan de distintas fuentes.

Supongamos que hayamos identificado los derechos sociales a los que refieren la constitución y los instrumentos internacionales aplicables en un país determinado. Para poder operar jurídicamente con ellos es necesario, sin embargo, avanzar en un segundo nivel, que es el de la definición del *contenido* de esos derechos, es decir, el de determinar en qué consiste el derecho, quiénes son sus titulares, a quién obliga, cuál es su alcance. Por ejemplo, cuando se habla del derecho a la salud, uno debe poder definir cuál es la expectativa que está respaldada legalmente, cuál es el titular de ese expectativa, cuál es el deudor que debe cumplir con esa expectativa. También es necesario aclarar qué se puede pedir y qué no, qué queda fuera del alcance del derecho, y qué herramientas de garantía existen, en el caso de que no se cumpla con él.

La reunión de estos elementos hace posible hablar de “derechos” en sentido propio, en un sentido jurídico. Un gran desafío, referido a lo que ya denominé el carácter incompleto del paradigma de los derechos sociales, tiene que ver con que los derechos sociales

están declarados como tales, pero hay una escasa labor de construcción sobre cuál es su contenido, su titular, su alcance, sus herramientas de protección.

Pues bien, sobre el contenido de estos derechos, aunque el Sistema Interamericano aún no ha producido gran cosa, el Sistema Universal resulta muy útil, especialmente a partir de los desarrollos que ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque es un tema sobre el cual no sabíamos demasiado. Este Comité, y algunos otros que lo han seguido, como el Comité sobre los Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, han avanzado en una tarea de especificación del contenido, de las obligaciones y de situaciones típicas de violación de aquellos derechos sociales que no están vinculados con el trabajo, dado que sobre los derechos laborales, tanto en su faz individual como en la colectiva, sí había una larga experiencia de regulación y estandarización, sobre todo a partir de convenios de OIT, de modo que su contenido no planteaba tantas dudas. De modo similar, en la mayoría de los países sí existía regulación, jurisprudencia y desarrollos dogmáticos sobre derechos vinculados con el trabajo, y en menor medida sobre seguridad social. Sin embargo, en temas vinculados con derecho a la salud, a la vivienda, o a la educación, el vacío con respecto al contenido era enorme. Casi no hay dogmática producida; el contenido de estos derechos no se enseña en las facultades ni aparece regulado claramente.

De modo que el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos puede fungir como herramienta para suplir en parte esta falta, porque al menos el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha producido material sustantivo, a partir de sus Observaciones Generales, y de los comentarios o recomendaciones finales a los informes estatales. En este sentido, se han producido avances importantes sobre la definición del contenido de los derechos a la educación, vivienda, salud, alimentación y derecho al agua. Si no se cuenta, en el nivel local, con un desarrollo del contenido de estos derechos, y el país es parte del Pacto Internacional –como es el caso de la gran mayoría de los países de América Latina– se cuenta con una gran fuente de ideas sobre cómo llenar ese contenido, tanto para los derechos reconocidos en la constitución local, como para la aplicación local del Pacto Internacional.

Pese a que, como dije, el Sistema Interamericano aún ha producido poco material en esta materia, es importante reconocer que existen formas de conexión conceptual entre los Sistemas. Así, cuando la Comisión o la Corte Interamericana quieren interpretar un término de la Convención Americana, por lo general acuden a lo dicho por otros órganos internacionales del Sistema europeo o del Sistema Universal. Esto significa que, cuando sea necesario interpretar el alcance de los derechos sociales que uno pueda identificar en la Convención Americana, en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana o en el Protocolo de San Salvador, los órganos del Sistema Interamericano

acudirán casi seguramente a los desarrollos ya efectuados por órganos de otros sistemas. Y, dado que los desarrollos más consistentes en esta materia se encuentran en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es posible que estas cobren un peso importante en la tarea de definición de los derechos.

Es esencial, claro, señalar que en materia de derechos sociales, este proceso aún no está suficientemente definido. El Sistema Interamericano se encuentra en los albores del reconocimiento de que, además de los derechos civiles y políticos clásicos, existen en el plexo normativo que lo rige derechos sociales. En alguna medida, los primeros casos que están entrando en el sistema deberían implicar por lo menos efectuar esa conexión: ver qué dijo al respecto el que, hasta ahora, es el órgano más autorizado para interpretar derechos económicos, sociales y culturales, que es el Comité.

Sobre el empleo de documentos tales como las Observaciones Generales y las Consideraciones Finales de los Comités, uno podría, apoyado en el derecho internacional, señalar que se trata de opiniones vinculantes, o al menos de opiniones que el Estado no puede dejar de tomar en consideración cuando se trata de interpretar los derechos en cuestión. La pregunta es ¿cuán efectivas pueden ser esas opiniones a nivel local? ¿Qué va a hacer un juez local, un juez de distrito, un juez de paz, con esta normativa internacional, que no conoce? Antes de deprimirnos por esta

constatación, la pregunta pertinente a formular es cuáles son los mecanismos para traducir estos estándares al nivel local. Porque la idea de convertir todo lo que a primera vista aparece como una violación de un derecho social de acuerdo con estándares internacionales en un caso judicial, si los operadores del sistema judicial doméstico no están preparados para ello, es una invitación al fracaso. De modo que, en principio, la utilización local de estos criterios que provienen de órganos internacionales de derechos humanos debe estar vinculada con una estrategia de varios frentes dirigida, entre otras cosas, a incidir en la formación de políticas públicas en esta materia. Si sirve, además, para sostener un caso, pues mucho mejor.

Para pensar esa estrategia de varios frentes, es útil tener en vista el panorama de garantías posibles para saber en qué espacios se podría incidir a través de la invocación de estándares internacionales. A ello dedicaré el próximo apartado.

III

Tener identificados los derechos sociales y sus contenidos nos sitúa ya en un terreno algo más sólido. Pero para determinar los potenciales alcances de su protección, es preciso establecer cuáles son las herramientas que permiten asegurar la efectividad de esos derechos. Esto nos conduce a la cuestión de la garantía de los derechos. La noción de garantía se refiere, justamente, a aquellos métodos, mecanismos o

dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible. La experiencia histórica demuestra claramente que la efectividad de un derecho no puede estar librada solo a la voluntad de un único órgano estatal, de modo que es necesario pensar las garantías en un sentido múltiple.

Emplearé aquí una clasificación básica de las garantías, de acuerdo a quién sea el encargado de hacerlas efectivas²¹. En este sentido, pueden pensarse en garantías de dos tipos. Por un lado, las *garantías de carácter social*, que son aquellas en las cuales el instrumento o mecanismo de aseguramiento del derecho se confía al titular del derecho, sea éste individual o colectivo. Las garantías de carácter social están vinculadas centralmente con la propia tutela que hacen

21 Ver Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales”. En: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 37-72 y *Garantías*. En: *Revista Jueces para la Democracia* No. 38, Madrid, julio 2000, pp. 39-46; Gerardo Pisarello. “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”. En: Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 23-53; *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria/Observatorio DESC, Barcelona, 2003, pp. 137-262, y “Los derechos sociales como derechos exigibles: virtualidades y límites de una consigna”. En: *Estudios sobre Derechos Humanos*, FESPAD ediciones, San Salvador, 2004, pp. 363-386. En sentido similar, Manuel Aragón. *Constitución y control del poder: introducción a la teoría constitucional del control*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 67-89; Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales en el debate democrático*, capítulo 3, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2005.

los titulares de su derecho. Por otro lado, pueden distinguirse *garantías de carácter institucional*, que confían a una institución, especialmente de carácter público, la protección de un derecho. En este marco pueden distinguirse *garantías de carácter político*, es decir, aquellas confiadas a los poderes políticos del Estado, y las *garantías jurisdiccionales*, es decir, aquellas en las que la protección del derecho se pone en cabeza del Poder Judicial, o de cuerpos cuasi-judiciales autorizados a dirimir demandas o denuncias. Estas distinciones pueden ser adecuadas a las garantías que ofrece el sistema internacional; la diferencia central en materia de derechos humanos es la de los mecanismos políticos y la de los mecanismos jurisdiccionales de protección de derechos.

Comencemos con las *garantías sociales*. En este campo se hace visible la cuestión de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Las garantías sociales consisten, en gran medida, en el ejercicio de derechos que hacen posible expresarse en la esfera pública y participar en la esfera política. Es decir que un grupo importante de los llamados derechos civiles y políticos tiene una conexión especial con los derechos sociales, en tanto tales derechos, como la libertad de expresión, la libre manifestación, la libertad de prensa, la libertad de asociación -y su manifestación particular en el campo sindical, es decir, la libertad de agremiación-, el derecho a formar partidos políticos y sindicatos, el derecho al voto, el derecho de petición, son derechos que funcionan como instrumentos de incidencia en el

ámbito de la determinación y control ciudadano de las políticas sociales, es decir, de las políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales. Esto hace especialmente relevante su protección para los militantes sociales y sindicales, para las personas que llevan a cabo el seguimiento de las políticas públicas en materia social, porque funcionan como instrumento de crítica al poder, al gobierno. No es raro que América Latina sea uno de los continentes con mayor cantidad de muertos entre sus dirigentes sindicales o dirigentes indígenas. Esto marca una conexión clara entre el carácter instrumental de ciertos derechos civiles y políticos tradicionales, y la posibilidad de garantizar el ejercicio de derechos sociales, que –como dije– ha sido subrayada en algunos casos llevados ante el Sistema Interamericano.

Hay una dimensión un poco más contemporánea, que está vinculada con lo que a veces se denomina derecho a la participación. Se trata de una serie de mecanismos que acrecientan las posibilidades de los miembros de una comunidad de incidir más directamente en el diseño y ejecución de políticas públicas, por vías distintas. Entre ellos se encuentran los llamados mecanismos semi-directos de participación, como la iniciativa popular, el referéndum o el plebiscito. En un plano similar se encuentran el derecho a ser consultado antes de la toma de ciertas decisiones (como las que afectan, por ejemplo, a pueblos indígenas), el derecho a participar en audiencias públicas también previas a la toma de decisiones políticas, y el derecho a participar en la formulación del presupuesto

(es el caso de las experiencias del denominado “presupuesto participativo”). También hay que destacar el ejercicio de un derecho desarrollado en los últimos años, relacionado con la publicidad de los actos de gobierno, que es el derecho de acceso de información pública: el derecho de todo ciudadano a saber qué hace el gobierno en materias determinadas, en especial cuando emplea el dinero que sale del bolsillo de los contribuyentes²². Se trata de una herramienta de gran utilidad como instrumento o garantía de monitoreo de las políticas públicas del Estado en materia social.

Frente a todas estas garantías, el papel de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, incluidos aquellos generados por el Sistema Interamericano, es fundamental. El fortalecimiento de la interpretación de estos derechos tiene el efecto de robustecer los mecanismos de participación y control ciudadano de las políticas sociales del Gobierno, que son uno de los instrumentos privilegiados de satisfacción de derechos sociales. Entre los avances que es importante mencionar se encuentra la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derecho a la asociación y libertad de expresión, y el trabajo de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre acceso a la información pública.

22 Ver, al respecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis. “Acceso a la información y derechos sociales”. En: Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comp.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 321-340 y “El acceso a la información como derecho”. En: *Anuario de Derecho a la Comunicación* No. 1, Siglo XXI, Buenos Aires, 2000, pp. 223-255.

Estos derechos son los que ejerce uno como ciudadano, como miembro de una comunidad política: se trata de formas de protección del interés ciudadano frente a la gestión pública. Pero, además, existe la noción de la auto-tutela de derechos, la garantía del derecho llevada a cabo por su propio titular. El ejemplo paradigmático de estos mecanismos de tutela es el derecho de huelga; es decir, aquel que está vinculado con la iniciativa de los trabajadores para bloquear decisiones de la patronal, que pueden ser contrarias a sus intereses. En este campo el Sistema Interamericano no han producido aún estándares sustantivos, de modo que la referencia más importante sigue siendo la de los convenios de la OIT en la materia.

El molde del derecho de huelga puede reconocerse en otra serie de formas de auto-tutela que no están vinculadas a la situación de trabajo: por ejemplo, los boicots de consumidores, la toma de espacios públicos, la toma de tierras, la ocupación de viviendas ociosas. El ejercicio de formas de auto-tutela sólo se justifica en la medida en que constituya la respuesta a situación grave, como por ejemplo, la falta de acceso a un bien que constituye el objeto de un derecho social, como vivienda, alimentación o trabajo.

Esta cuestión nos lleva a otra dimensión, que está cobrando cierta importancia en el Sistema Interamericano, que es la de la criminalización de la protesta social. En un panorama continental caracterizado por la exclusión y la marginación social, y por el crecimiento de las diferencias entre ricos y pobres, gran parte de estas manifestaciones de auto-tutela son

la única respuesta que tienen los colectivos excluidos, ante el incumplimiento, por parte de las autoridades, de las obligaciones contraídas en materia de derechos sociales, o ante la gran corrupción o inefficiencia que caracteriza a las políticas sociales que deberían estarles destinadas. En muchos casos, la respuesta del Estado es criminalizadora, penalizadora: se hace uso del aparato represivo del derecho penal para reprimir la protesta social²³. La Comisión Interamericana ha tenido ya varias audiencias especiales sobre esta cuestión, que parece ser un tema que atraviesa todos nuestros países. Ante los incumplimientos, ante falta de efectividad de las políticas sociales, la reacción de parte de la población es la de organizarse y ejercitar formas de auto-tutela, que en la medida en que los incumplimientos son más graves, afectan más derechos o intereses de terceros. Pero estas acciones constituyen una de las pocas herramientas de los colectivos excluidos para participar en política. En este sentido, algunos de los estándares internacionales de protección de derechos humanos también son útiles, por lo menos en un sentido defensivo, para vedar o limitar el uso de la fuerza penal del Estado.

Además de las garantías sociales, existen *garantías de tipo institucional*. Básicamente, quienes llevan a cabo su articulación son instituciones públicas,

23 Ver Roberto Gargarella, *Expresión cívica y 'cortes de ruta'*, Felipe González y Felipe Viveros (ed.), *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales No. 10, Santiago, pp. 285-293; "El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema". En: Roberto Gargarella (ed.), *El derecho de resistir al derecho*, Miño y Dávila, Buenos Aires, en prensa.

aunque exista alguna instancia de iniciativa por parte de los actores sociales. Entre ellas, comenzaré por las llamadas *garantías políticas*, que son las que están en cabeza de aquellos poderes que, en la tradición constitucional occidental, se denominan poderes políticos: el Legislativo y el Ejecutivo.

Una primera consideración importante es que buena parte de los derechos sociales está constitucionalizada, lo cual significa la aplicación de algunas técnicas de garantía desarrolladas tradicionalmente para derechos civiles y políticos, a los derechos sociales. ¿Cuáles son estas técnicas de garantía? Una es la idea de que, cuando un derecho está establecido en la constitución, tiene un contenido mínimo esencial que no puede ser violado por el legislador ni por las autoridades políticas²⁴. Que un derecho esté incorporado a una constitución implica la obligación, puesta en cabeza del cuerpo legislativo e, indirectamente, de la Administración, de respetar este contenido mínimo esencial, por debajo del cual cualquier política, por acción u omisión, puede ser violatoria del derecho.

24 Ver, por ejemplo, Juan Carlos Gavara de Cara. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Antonio Luis Martínez-Pujalte. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; Javier Jiménez Campo. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 66-80; Luis Prieto Sanchís, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 217-260.

Dada la ya mencionada escasez de desarrollo doctrinario local en materia de contenido mínimo esencial de los derechos sociales, la apelación a los estándares elaborados, por ejemplo, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, constituye un elemento imprescindible para dotar de sentido a los derechos sociales establecidos en nuestras constituciones.

Una segunda garantía vinculada con la constitucionalización de los derechos sociales tiene que ver con las condiciones para su reglamentación: concretamente, con la denominada reserva de ley²⁵, es decir, con la obligación de desarrollo del contenido de cualquier derecho fundamental establecido en la constitución o en un pacto de derechos humanos, por una ley en sentido formal. Este momento, que es el legislativo, requiere de la incidencia de la comunidad, de los actores civiles, por la vía del empleo activo de las garantías sociales. Si no se hace transparente y se fiscaliza el momento de conversión de ese derecho - que aparece de forma más o menos genérica en la constitución o en un pacto de derechos humanos- en una ley y, especialmente, en su reglamentación, se pierde el nivel de incidencia central. La utilización de

25 Ver, por ejemplo, Francisco Rubio Llorente. “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución), y Principio de legalidad”. En: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 319-332 y 333-367, respectivamente; Javier Jiménez Campo. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 46-48 y 61-66.

las garantías sociales tradicionales, que están vinculadas con la participación política, debería estar dirigida a la discusión sobre cuáles y cómo son las leyes que garantizan y reglamentan el contenido de esos derechos.

En muchos de nuestros países, este momento se ha abandonado, porque hay una cierta renuencia por parte del movimiento social a participar activamente en el proceso de fijar a los poderes políticos el marco de discusión sobre cómo van a garantizar estos derechos. ¿Qué ideas están vinculadas con la noción de reserva de ley, o con la noción de reglamentación de los derechos por vía legal? Primero, la de generalidad y universalidad de la ley²⁶. Nuevamente, se trata de una noción que surge de la concepción liberal burguesa del siglo XIX, con respecto a la seguridad jurídica, pero que debe ser aprovechada también para los derechos sociales, para evitar, en la mayor medida posible, que las técnicas para satisfacer derechos sociales se limiten a la generación administrativa de programas focalizados, asignados de acuerdo a criterios clientelistas, que en realidad no contienen derechos, sino más bien prestaciones discretionales, reversibles o revocables.

De modo que, si se desprecia el valor de la garantía de la reserva de ley y, en general, el valor de la ley, lo que encontramos –en lugar de la disciplina de un

26 Ver, por ejemplo, Carlos de Cabo Martín. *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 47-60.

derecho en sentido general y universal— es un mar de pequeños programas que no están vinculados entre sí, y que le conceden a una Administración gestionada de acuerdo a criterios partidistas la discrecionalidad de otorgar o quitar prestaciones según su arbitrio. En consecuencia, así no tenemos derechos, sino planes o programas sin mecanismo de fiscalización alguno, destinados a cubrir discrecionalmente ciertas necesidades. Subrayar la utilidad de la noción de la generalidad y universalidad de la ley es esencial para discutir también el contenido de nuestros derechos sociales. Parte de la legislación que es la base de nuestros países en el siglo XIX, la codificación civil —que, como dije, sigue constituyendo el pilar de la formación de los abogados en nuestras facultades de derecho— puede ser interpretado como el intento de establecer, por vía de una ley general y abstracta, el contenido de un derecho: el derecho de propiedad. Deberíamos tener la capacidad de hacer lo mismo para discutir el contenido de derechos sociales, tales como el derecho a la salud, a la vivienda, a la educación.

¿Qué aportes de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos pueden ser útiles para robustecer esta garantía? En mi opinión, de la insistencia de los pactos internacionales de derechos humanos —tanto los del sistema universal, como los regionales— en la importancia de las medidas de carácter legislativo para asegurar la plena efectividad de los derechos, incluidos los derechos sociales, pueden desprenderse algunas herramientas concretas de incidencia. Para ello, es útil revisar la tendencia de casi

todas las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referidas a derechos sociales en particular, la cual remite a la necesidad de plasmar esos derechos en normas legislativas que aseguren su contenido. En sentido similar pueden destacarse la Opinión Consultiva OC-6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que subraya la importancia de la ley en sentido formal, como instrumento de garantía de los derechos humanos establecidos por la Convención Americana²⁷.

Frente a estas dos garantías –la del contenido mínimo esencial de los derechos sociales, y la de la reserva de ley en la reglamentación de derechos sociales– es necesario desarrollar herramientas de análisis capaces de evaluar la concreción o el incumplimiento de principios fundamentales en materia de derechos sociales: la prohibición de discriminación, el principio de preferencia por los grupos que se encuentran en peor situación, y la prohibición de regresividad o de retroceso social. En todos estos casos, el empleo de los estándares desarrollados por el Sistema Universal y –al menos en materia de prohibición de discriminación²⁸– por el Interamericano de protección de los derechos humanos es imprescindible.

27 Ver Corte IDH, “La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6; *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, par. 159.

28 En este sentido, los argumentos más relevantes del Sistema Interamericano provienen de la ya citada Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un problema vinculado con el de la garantía legal de los derechos sociales tiene que ver con el hecho de que la forma de satisfacer muchos derechos sociales –especialmente los que están relacionados con la seguridad social, la salud, la vivienda y la educación– requiere necesariamente la constitución de un servicio público, o de algún tipo, controlado por el Estado, que garantice ese derecho para una población determinada, es decir, que lo distribuya socialmente entre sus titulares. Por varias razones, especialmente por lo que ya he llamado razones de escala, el diseño de esos servicios en estas materias –seguridad social, salud, vivienda y educación– implica: primero, la satisfacción de estos derechos a partir de la consideración colectiva o grupal de los destinatarios del servicio; segundo, la asignación de recursos y la planificación del establecimiento y del funcionamiento del servicio no solo a corto, sino también a mediano o a largo plazo. Es difícil pensar en el funcionamiento de sistemas tales como el educativo, el de salud o el de seguridad social con una planificación que se limite al corto plazo. Uno piensa el sistema educativo como un sistema integrado que tiene fases sucesivas que pueden sumar veinte o más años, desde el preescolar a la educación superior. Lo mismo pasa con el sistema de salud, y con el de seguridad social. Se trata de sistemas que requieren un cronograma de planificación y de monitoreo bastante más largo que el corto plazo o la situación inmediata.

Y esto requiere instrumentos de seguimiento y de control distintos de aquellos a los que el derecho tradicional nos tiene acostumbrados. La forma tradicional

de control jurídico de las obligaciones del Estado o de los particulares es el litigio judicial, que abordaré a continuación. Sin embargo, este resulta poco adecuado para monitorear el funcionamiento a mediano y largo plazo de estos sistemas –el sistema de salud, la seguridad social, el sistema educativo– en cuya evaluación es necesario tener en consideración muchas variables y resultados. Para este tipo de monitoreo, el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos proporciona fuentes de inspiración bastante útiles, ya que el tipo de técnicas o destrezas que están vinculados con el sistema de informes, y más precisamente con la elaboración de contrainformes, informes alternativos o informes sombra por parte de organizaciones de la sociedad civil implica también desarrollar capacidades de monitoreo de acciones y resultados periódicos; es decir, con el seguimiento y la evaluación de la eficacia de las políticas estatales destinadas a satisfacer derechos sociales dentro de plazos temporales determinados.

Algunos conceptos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, como el principio de progresividad (y la correlativa prohibición de regresividad)²⁹ son una herramienta útil para los actores sociales que pretenden controlar una política pública. Para que ese concepto sea operativo, es necesario un seguimiento temporal que va bastante más allá de la denuncia de un caso concreto. Para llevar a cabo

29 Ver, al respecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, pp. 92-116.

ese seguimiento hay que desarrollar algunas técnicas de monitoreo, tales como el empleo de indicadores de acciones y de resultado, el establecimiento de patrones de medida o la fijación de *benchmarks* (hitos, o parámetros), capaces de medir el sentido y la eficacia de una política pública³⁰. Para ello se requiere cierta capacidad técnica y una tarea constante de recopilación y actualización de datos. El principio de progresividad en materia de derechos sociales requiere la evaluación de las acciones estatales y de sus resultados a lo largo del tiempo; de lo contrario, es imposible afirmar si la situación de un derecho tal como el derecho a la salud o a la vivienda, ha avanzado, se ha estancado o ha retrocedido. Por ejemplo, para saber si el Estado cumple con la obligación de progresividad en materia de derecho a la salud, son necesarios al menos datos relativos al nivel de cobertura del sistema sanitario –y su comparación con niveles anteriores y con niveles posteriores–, y con algunos resultados tales como los índices de mortalidad infantil, de incidencia de enfermedades endémico-epidémicas, etcétera.

Para ello, como he dicho, no basta con la formación tradicional de los abogados, que están mayormente entrenados para llevar a los tribunales casos individuales,

30 Ver, por ejemplo, Michael Kirby. “Indicators for the Implementation of Human Rights”. En: Janusz Symonides (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Ashgate-UNESCO, Aldershot, 2003, pp. 325-346; Katarina Tomaevski. “Indicators”. En: Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas. *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, pp. 389-401.

sino que es necesario un trabajo interdisciplinario para evaluar el desarrollo de las políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales, que permita medir cuáles son los recursos que se usan para lograrlo, cuáles son las metas derivadas de las obligaciones internacionales, cuáles son las metas que se ha fijado el Estado, y cómo ha cumplido con ellas en un lapso determinado. Para llevar a cabo esta tarea en materia de derechos sociales, resultan de suma utilidad las directrices desarrolladas por los distintos Comités establecidos por los Pactos del Sistema Universal –en especial, las del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las del Comité de los Derechos del Niño– para la elaboración de informes estatales: estas directrices detallan la información necesaria para evaluar la situación de un derecho. Aunque el Sistema Interamericano no ha avanzado demasiado en esta dirección, una tarea concertada en este campo por parte de las organizaciones de la sociedad civil de nuestra región podría mejorar la efectividad de algunos mecanismos de seguimiento de derechos humanos del Sistema. Así, por ejemplo, queda pendiente la tarea de puesta en funcionamiento de los mecanismos de informes del Protocolo de San Salvador y de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad; una vez puestos en marcha, su efectividad dependerá en gran medida de la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil de producir contrainformes sólidos. En el mismo sentido, sería una estrategia importante para mejorar la calidad y la efectividad de algunas de las facultades de promoción

de los derechos humanos de la Comisión Interamericana, de la elaboración de informes nacionales y temáticos, y de la realización de audiencias temáticas.

Amén de su utilidad para elaborar contrainformes destinados a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, las técnicas dirigidas a diagnosticar o informar la situación de un derecho social permiten establecer una forma de monitoreo interno permanente: un mecanismo de seguimiento de políticas públicas y de alarma para detectar e incidir en aquellos supuestos en los cuales las políticas resulten regresivas, inefficientes u ofrezcan resultados mediocres.

Esto conduce a otra cuestión estrechamente relacionada con las posibilidades de llevar adelante ese monitoreo: se trata del principio de publicidad de la actividad gubernamental y del acceso a la información pública. Desde luego, no podremos controlar las políticas sociales si no sabemos qué hace el Estado para satisfacer derechos, cómo destina partidas presupuestarias, qué resultados obtiene, qué indicadores usa para evaluar sus políticas públicas. Sin la existencia de instrumentos legales que aseguren el derecho de la población a acceder a información pública, hay pocas posibilidades de monitorear políticas públicas. Se trata de un gran desafío para las organizaciones de la sociedad civil, ya que para controlar políticas públicas, especialmente en materias complejas como vivienda, educación, seguridad social, se requiere cierta capacitación técnica y fundamentalmente contar con los datos relevantes.

Otra garantía institucional importante de todo derecho –incluyendo los derechos sociales– es el presupuesto. Está claro que ninguno de los derechos sociales que he mencionado –salud, vivienda, educación– pasa de ser una mera promesa si no existen partidas presupuestarias destinadas a hacerlos efectivos. Esto hace del procedimiento de formulación, discusión, aprobación y ejecución del presupuesto una instancia de importancia fundamental para la satisfacción de los derechos sociales, y para la fiscalización ciudadana de esa satisfacción³¹. El presupuesto es el instrumento legislativo que marca en gran medida la política pública que lleva a cabo la Administración en materia de derechos sociales. Por ejemplo, aún cuando existan garantías jurisdiccionales, y los jueces condenen al Estado a realizar obras o cubrir prestaciones sociales, la efectividad de las sentencias dependerá en gran medida de la efectiva previsión de partidas presupuestarias al efecto.

En algunos países de la región se han desarrollado instrumentos concretos que permiten la participación ciudadana en la elaboración del presupuesto, como es el caso del presupuesto participativo en muchas ciudades de Brasil³². Pero en otros casos, es necesaria

31 Ver, por ejemplo, *Promesas que cumplir. El presupuesto público como herramienta para promover los derechos económicos, sociales y culturales*, Fundación Ford-FUNDAR, México, 2002.

32 Ver, por ejemplo, sobre la experiencia de Porto Alegre, Tarso Genro y Ubiratán de Souza. *El presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre*, EUDEBA- IEF CTA, Buenos Aires, 1998. En general, Tomás Villasante y Francisco Javier Garrido (org.). *Metodologías y Presupuestos Participativos. Construyendo ciudadanía*, Cimas-IEPALA, Madrid, 2002.

la activación de las ya mencionadas garantías sociales para hacer transparente el proceso presupuestario; es decir, para impedir que ese proceso se opague y quede sujeto únicamente a la dinámica endógena del sistema político. La incidencia de estas garantías sociales es imprescindible para instalar una discusión clara acerca de las cuáles son las decisiones que se toman en materia presupuestaria para hacer efectivos aquellos derechos establecidos en la Constitución, en los pactos de derechos humanos y en la ley. Se trata de un momento fundamental para hacer visible y discutir qué prioridades asume el Estado y qué medios económicos va a destinar para asegurar la satisfacción de estos derechos. El movimiento por una fiscalización ciudadana del proceso presupuestario puede articular, además, la agenda de las organizaciones de derechos humanos con otras agendas, centradas en la demanda por una mayor transparencia de las decisiones políticas, por el acceso a la información pública y por el control de la corrupción.

Si las organizaciones de la sociedad civil no tienen capacidad de incidencia en materia presupuestaria, se pierde la oportunidad de fiscalizar uno de los instrumentos que define en gran medida el rumbo que tomarán las políticas sociales del Estado. Para que esto no suceda, también son útiles algunas de las técnicas relacionadas con la elaboración de contrainformes para los comités del sistema universal de derechos humanos. Los lineamientos para la elaboración de informes proporcionan algunas nociones sobre cómo hacer el seguimiento presupuestario de ciertos derechos. Por

ejemplo, al menos dos nociones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –también recogidas en el texto del Protocolo de San Salvador– suponen necesariamente la evaluación de dimensiones presupuestarias: la noción de progresividad y la adopción de medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles”. La obligación de progresividad requiere del Estado una mejora constante en la situación de goce de los derechos sociales: para ello, uno de los parámetros a evaluar diacrónicamente es la previsión de partidas presupuestarias para satisfacerlos. La obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles” supone la posibilidad de evaluar el empleo de los recursos públicos, y la priorización que el Estado haga de ellos, por ejemplo, a través de la comparación del porcentaje presupuestario destinado a satisfacer derechos sociales con el destinado a otros gastos que no corresponden a la satisfacción de derechos humanos. La obligación requiere también que el Estado agote sus esfuerzos para acudir a la cooperación internacional, si no tiene capacidad de mejorar progresivamente la efectividad de los derechos sociales previstos en los pactos internacionales.

Por último, y sin ánimo de exhaustividad, algunas garantías políticas están vinculadas con formas de diseño institucional que establecen controles mutuos entre los poderes políticos, controles internos de los propios poderes, y algunas formas de control externo. En este ámbito, el del control externo, se sitúa la tendencia, verificada en gran parte de los países

latinoamericanos, de creación y asignación de funciones de control político –aparte de algunas facultades jurisdiccionales, que comentaré después– a *ombuds-persons* o instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, tales como Defensorías del Pueblo, Defensorías del Habitante y del Ciudadano, Procuradurías de los Derechos Humanos, Comisiones de Derechos Humanos, etcétera. La tarea de estas instituciones debe guiarse por los estándares producidos internacionalmente en materia de derechos humanos.

La otra cara de las garantías institucionales son las *garantías de carácter jurisdiccional*. Estas son instrumentos –que tradicionalmente adoptan la forma de acciones, recursos, demandas o quejas– que permiten que la persona titular de un derecho acuda a una autoridad independiente –habitualmente, el Poder Judicial u órganos quasi-judiciales– con poder para determinar la existencia de un incumplimiento e imponer una sanción al sujeto incumplidor: la realización de la acción debida, la anulación de la indebida, reparaciones o penas³³. Gran parte de la educación de los abogados gira en torno al modo de funcionamiento de estas garantías: cuando una persona incumple con una obligación que le impone un derecho, se inicia una demanda para que un juez certifique la existencia de una violación y le imponga una obligación determinada, como la de cumplir, o una

33 Ver, por ejemplo, Riccardo Guastini. *Distinguiendo Derechos. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 185-186.

sanción determinada, como la de reparar o ir a la cárcel. Esta es la estructura básica de las garantías jurisdiccionales.

También en torno a este tema hay que enfrentarse a una serie de obstáculos históricos vinculados con la posibilidad de articular garantías jurisdiccionales en defensa de derechos sociales. Me limitaré aquí a tratar sumariamente dos de estos obstáculos³⁴. Primero, un de carácter ideológico, ya que tradicionalmente se ha dicho que los derechos sociales no son justiciables: típicamente, se los ha considerado derechos “programáticos”, dirigidos a motivar la acción de los poderes políticos y no a ser aplicados por los jueces. El derecho internacional de los derechos humanos –especialmente el trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– ofrece buenos argumentos para refutar ese prejuicio, dando la pauta de que un componente necesario de los derechos sociales es la previsión por parte del Estado de recursos suficientes, dentro de los que se destacan los recursos de carácter judicial o equivalente³⁵ en los casos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor, que habitualmente es el Estado, aunque los deudores de derechos sociales también pueden ser de carácter

34 Para un análisis más completo, remito a Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 37-46 y 121-132.

35 Ver, al respecto Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” (1990), párrafo 5.

privado, como en los casos de privatización de ciertos servicios públicos, tales como los de salud, educación o seguridad social.

Mientras en muchos países de la región sigue primando la idea tradicional de que los derechos sociales no son justiciables, existen en varios de ellos –Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Venezuela– muy buenos ejemplos de prácticas en que los jueces hicieron justiciables derechos tales como los derecho a la salud, vivienda o educación, tendencia que marca una pauta de ruptura de la tradición dominante en esta materia. Esta tendencia confirma muchos de los desarrollos en la materia efectuados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque el Sistema Interamericano no ha avanzado aún claramente en esta dirección, existen algunos indicios de posible empleo del mecanismo de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –y, finalmente, ante la Corte Interamericana– como mecanismo de justiciabilidad en el plano internacional, en especial por vía de la protección indirecta de derechos sociales, o su interconexión con derechos civiles o políticos.

De todas maneras, más que confiar únicamente en el desarrollo de las posibilidades de justiciabilidad en el plano internacional, cuyo proceso es generalmente más lento, las organizaciones de la sociedad civil deberían poner énfasis en las posibilidades en el nivel local, a través de la articulación pro homine de estándares constitucionales, de aquellos provenientes del

derecho internacional de los derechos humanos y de los contenidos de las leyes que reglamentan derechos sociales. Si el Sistema Interamericano ayuda en la materia, mucho mejor; pero el espacio central de desarrollo de las posibilidades de justiciabilidad de los derechos sociales sigue siendo el de la jurisdicción doméstica.

Otro obstáculo común en esta materia concierne a la falta de mecanismos judiciales o mecanismos procesales adecuados para tutelar estos derechos. Ya he dicho que la satisfacción de derechos sociales requiere en algunos casos remedios o medidas de alcance colectivo. Nuestra tradición procesal sigue atada fuertemente a una tradición vinculada con el modelo de litigio individual y patrimonialista, a partir de la cual fueron diseñadas la mayoría de las acciones típicas de los Códigos procesales tradicionales vigentes en la región. La situación-tipo sobre la cual se han diseñado esas acciones es la del litigio interindividual: las acciones están pensadas sobre la base de que hay un conflicto entre dos personas, cuyos intereses agotan el sentido del pleito.

En materia de derechos sociales es evidente la necesidad de revisar este modelo y pensar en acciones procesales de carácter colectivo o de carácter supra-individual. Cuando la protección de derechos sociales exige la discusión de violaciones de alcance colectivo, la representación de un grupo en juicio, o la necesidad de tomar una medida como solución o remedio al caso que tenga impacto colectivo, las acciones individuales tradicionales presentan evidentes limitaciones. Corresponde,

en gran medida, a la doctrina sugerir modelos de acciones colectivas capaces de enfrentar estos desafíos. La doctrina procesal de la región ha trabajado en gran medida en ese sentido: resultado de ello ha sido la propuesta de una ley latinoamericana modelo de acciones colectivas, que recoge las ricas experiencias de varios países de la región, como Argentina, Brasil y Colombia³⁶. Mientras el legislador de nuestros países no dé pasos en este sentido, y no renueve el arsenal de acciones a disposición de los justiciables, la tarea de adecuación de las acciones procesales tradicionales recaerá en la imaginación de los litigantes y en la creatividad de los jueces. Aunque sobre el punto la experiencia del Sistema Interamericano es aún reciente, varios casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido sensibles a la dimensión colectiva de ciertas violaciones a los derechos humanos, y a la necesidad de adoptar remedios de alcance colectivo, que trasciendan el interés de las víctimas particulares que han iniciado los procedimientos ante la Comisión³⁷. Me parece que parte de estos desarrollos pueden ser justificados doctrinariamente a partir de una interpretación renovada de

36 Ver Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003; Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores). *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003.

37 Ver, por ejemplo, Corte IDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones* (artículo. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C No. 116, par. 48 y 110.

Los derechos sociales en perspectiva

la noción de recurso judicial efectivo, prevista por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque se trata de una obligación de los Estados parte proveer y desarrollar recursos rápidos y sencillos, u otros recursos efectivos ante la violación de derechos fundamentales, puede suponerse que el principio de efectividad jurisdiccional también debe guiar los procedimientos contenciosos de protección de los derechos humanos en sede internacional. Los desarrollos de la Corte Interamericana en este sentido permiten imaginar algunas adaptaciones de esa tendencia a las jurisdicciones domésticas.