

III

Toda la problemática de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ha estado sustentada en la existencia de una supuesta distinción en la naturaleza de estos derechos *vis-à-vis* los derechos civiles y políticos²⁶⁰. Es posible que en los inicios de ese debate, quizás remontables hasta hace seis décadas, la comprensión sobre los derechos humanos, y el contexto, no hayan permitido advertir que tales diferencias no existen.

Semejante afirmación no debe considerarse como una acusación a la falta de inteligencia o de sensibilidad de quienes impulsaban, alimentaban y sostenían tales debates. Simplemente es que el proceso de conocimiento, como cualquier otra manifestación de la realidad, debe ser comprendida dentro de las limitaciones que ofrece su contexto.

En particular si se toma en cuenta que durante tales épocas –consistentes con la creación de las nuevas organizaciones internacionales– el avance jurídico internacional tenía que debatirse diariamente en intensa lucha con la idea de soberanía, es de suponer que muchos entendimientos de aquella época fueron resultantes de la contradicción dialéctica apuntada. En algunas ocasiones esa contradicción dialéctica tuvo como resultado un importante avance de las –entonces– nuevas tendencias del derecho internacional emergente²⁶¹, pero en otros

²⁶⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2004, p. 21. En sus palabras, cuya claridad es valiosa en sí, se asegura: “Quienes afirman la tesis de un ‘defecto de nacimiento’ de los derechos económicos, sociales y culturales en tanto pretendidos derechos, creen ver en su naturaleza el origen de la imposibilidad de alcanzar su exigibilidad. Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten, entonces, de diferenciar la naturaleza de estos derechos con la de los derechos civiles y políticos”.

²⁶¹ Un ejemplo de ese progreso puede apreciarse en el Art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas, mediante el cual los Estados *acuerdan* aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad, de conformidad con

ámbitos la resultante de la relación dialéctica no se decantó precisamente en el mismo sentido, sino en su opuesto²⁶². En ese entendimiento, un error central de esta publicación sería trasladar los argumentos que se han invocado como demostrativos de la diferencia de naturaleza entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales²⁶³; al contrario

el texto de la Carta. Sin embargo, debe apreciarse que el lenguaje de la época da cuenta de una noción de soberanía exponencialmente fuerte, ya que la obediencia a las decisiones del Consejo de Seguridad se hace como resultado del voluntarismo de los Estados, pues es el resultado de un pacto entre ellos; además, la falta de una norma similar en lo que atañe a los restantes órganos de Naciones Unidas, se ha traducido como un entendimiento que sus decisiones no son obligatorias *per se* más que acatables por la *buena fe* estatal; y precisamente su falta de obligatoriedad es consecuencia de la noción de soberanía –nada por encima del Estado, a menos que el Estado lo autorice–.

262 Un buen ejemplo sobre tal punto se apreció con el debate relacionado con las reservas formuladas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, donde se hacía imperar el principio de integralidad del tratado, reflejo fiel de una soberanía superlativa, que se oponía a la vigencia de este instrumento que conceptualizaba un nuevo orden internacional en el entendimiento y conciencia jurídica. Ese tensionamiento dialéctico tuvo que ser resuelto –valerosamente– por la Corte Internacional de Justicia, y sirvió posteriormente como base para la creación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que codificó muchos aspectos del derecho internacional general sobre la materia, pero que recepcionó nuevos paradigmas que aminoraban el influjo de una dominante visión de soberanía superlativa, como el principio de universalidad del tratado –precisamente en el ámbito de las reservas– o como la tendencia interpretativa de buscar el sentido objetivo de la norma, y el reconocimiento sobre la existencia de las normas del *ius cogens*. Ver: Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, *El derecho internacional y el derecho interno en el ámbito de los derechos humanos: La construcción del derecho de los derechos humanos*, en I Certamen Literario sobre Derecho Constitucional, Penal y Social, San Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia de El Salvador, 2006, pp. 84-91.

263 Ver: Van Boven, Theodoor C., “Distinguishing Criteria of Human Rights”, en: *The International Dimensions of Human Rights*, Volume I, Karel Vasak, 1982, p. 49. En palabras del brillante profesor holandés Van Boven: “The concept of human rights is very much the product of history and of human civilisation and as such is subject to evolution and change. In fact, the development of human rights has gone through various stages [...]”

una revisión crítica de estos con el propósito de discernir su grado de actualidad, se impone como condición necesaria para la fundamentación de la propuesta final sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.

A. Los argumentos de la distinción

Para fundamentar la distinción entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, y afirmar que ambos son de una naturaleza diferente, se utilizaron los siguientes argumentos: los derechos civiles y políticos son de realización inmediata, justiciables, no implican erogaciones estatales, y son generadores de obligaciones negativas; los derechos económicos, sociales y culturales serían, *contrario sensu*, de realización progresiva, no justiciables, implicaban erogaciones estatales, y son generadores de obligaciones positivas²⁶⁴.

No es sintomático advertir que los argumentos reseñados hayan podido tener cierto grado de asertividad en el momento de su formulación. No obstante, el progreso del Derecho observado desde entonces, y en particular la creciente evolución e instauración de una visión antropocentrista como elemento de validez jurídica, hacen que en la actualidad estos argumentos tengan, al menos en la visión más conservadurista y originalista, que ser sometidos a cierta criticidad.

1. Realización inmediata *versus* realización progresiva

La realización de un derecho humano quiere señalar si los deberes generados por la obligación se satisfacen. Un derecho se ha realizado cuando tales obligaciones se cumplen, y mientras no se cumplan se dirá que tal derecho no se ha realizado. Hablar de una realización inmediata o progresiva implica una reflexión sobre la modalidad de la realización, *i. e.*, si el cumplimiento de

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 50. Ver: Eide, *supra* nota 56, p. 10.

las obligaciones se hace de una sola vez, o si se hace gradual y escalonadamente, lo primero es una *realización inmediata* y lo segundo, una *realización progresiva*.

Sin embargo, lo que la reflexión jurídica no menciona es que la realización inmediata o progresiva de un derecho está condicionada al carácter abierto de sus obligaciones, es decir, a que el contenido de estas no se encuentre desarrollado con conceptos herméticos, sino más bien con conceptos que se modifican según las circunstancias.

Los partidarios de la distinción entre derechos a partir de la idea de la realización sugieren que los derechos civiles y políticos son de realización inmediata. Quiere decir esto que el contenido de la obligación es cerrado, y una vez logrado y alcanzado, la obligación se extingue por su cumplimiento. En oposición, los derechos económicos, sociales y culturales, al ser de realización progresiva, suponen obligaciones persistentes en el tiempo que gradualmente avanzarán hasta lograr el cumplimiento pleno de la obligación.

Esta distinción tendría bases sólidas, si la realidad fuera estática. El entendimiento de los derechos humanos se actualiza en el tiempo, de donde no es posible afirmar que un derecho se cumplió –o que se satisficieron las obligaciones que lo integraban– sino que gradual y progresivamente tendrá que ir observándose, conforme avance el estándar de su realización. Normativamente esto se traduce en la técnica de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, que permiten que con el avance histórico, bajo el mismo concepto se integren nuevas obligaciones específicas.

Finalmente, la noción de la realización progresiva –que se atribuye exclusivamente a los derechos económicos, sociales y culturales– puede estar asociada a si los derechos se cumplen en un sentido programático, es decir, gradualmente²⁶⁵. Pero aún así, los derechos civiles y políticos también necesitan, para su

²⁶⁵ Eide, *supra* nota 56, p. 10.

debida observancia, que existan programas gubernamentales que generen las condiciones que permitan esa debida observancia. Esto es así ya no por la naturaleza civil o política, o económica, social o cultural, que tenga un derecho, es así porque el fenómeno jurídico como tal tiene esa particularidad. Precisamente es así la realidad –tan ampliamente conocida en su dinámica por los Estados– que en materia de derechos humanos existe el deber de garantía que es aplicable a todos los derechos, sin distinción alguna, como lo demuestran el artículo 2 de la Convención Americana, y el artículo 2 del Protocolo de San Salvador, según el cual en ausencia de la debida garantía a los derechos, los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos, cualquiera sea el carácter que tales medidas requieran. Y el deber de garantizar es de tal importancia que ante una violación de un derecho humano que genere responsabilidad del Estado, una de las consecuencias jurídicas derivadas de tal responsabilidad, además del restablecimiento del derecho conculado –en caso de ser posible–, es justamente la observancia del deber de garantía en todo su alcance.

El carácter trascendental del deber de garantía –que es presupuesto de observancia de los derechos, y consecuencia derivada de la responsabilidad del Estado– precisamente se aprecia en las medidas de reparación que la Corte Interamericana despliega en los casos tutelados de derechos civiles y políticos, lo que evidencia que su plena observancia no es un asunto de realización inmediata, pues requieren, *inter alia*, esfuerzos de capacitación²⁶⁶,

266 *Inter alia*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gutiérrez Soler contra Colombia Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 12 de septiembre de 2005. Serie C, N° 132, párrs. 106-110, con relación al estudio de la jurisprudencia interamericana dirigido a la formación del personal de justicia militar y al personal militar, y con relación a la utilización de Protocolo de Estambul en la formación del personal que ejerce la función de medicatura forense y otras funciones en el ámbito de la justicia. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso William Vila García y otros contra Colombia (Masacres de Ituango). Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C, N° 148, párr. 409, con relación al estudio de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario respecto de las fuerzas armadas colombianas; Corte Interamericana de

dotación de recursos adecuados a entidades estatales²⁶⁷, modificaciones legislativas,²⁶⁸ e incluso modificaciones de índole constitucional²⁶⁹. Estos elementos, citados únicamente con un propósito ilustrativo, acreditan que la observancia adecuada de los derechos civiles y políticos es, por autonomía, de realización progresiva, como la que se acredita a los derechos económicos, sociales y culturales.

Los ejemplos citados manifiestan que la observancia debida y adecuada de los derechos civiles y políticos también se condiciona a la creación y generación de condiciones que favorezcan su realización completa, las que no se logran de una manera inmediata, sino que presuponen diferentes actos orientados hacia ese propósito de manera razonable. La idea de

Derechos Humanos, *Caso Hugo Muñoz Sánchez y otros contra Perú (La Cantuta). Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C, N° 162, párrs. 239-242, respecto del uso de la fuerza y los derechos humanos en situaciones generales, de conflicto armado y de terrorismo, y al personal asociado a la administración de justicia en cuanto a la protección judicial de los derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Jaime Bardale Rengifo contra Perú (Penal Castro Castro). Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C, N° 160, párrs. 451-452; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Montero Aranguren y otros contra Venezuela (Retén de Catia)*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C, N° 150, párrs. 147-149, con relación al ejercicio de funciones penitenciarias; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yean y Bosico contra República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C, N° 130, párr. 242, sobre el principio de igualdad y no discriminación dirigido a los funcionarios encargados de la inscripción de nacimientos.

267 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ticona Estrada contra Bolivia. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C, N° 191, párr. 173, para facilitar la investigación de casos de desaparición forzada de personas.

268 *Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica*, supra nota 290, párrs. 165-167 y 198.

269 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Juan Pablo Olmedo Bustos y otros contra Chile (La Última Tentación de Cristo). Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, N° 73, párrs. 72 y 98.

la realización progresiva como nota distintiva de los derechos económicos, sociales y culturales es errónea, toda vez que esa característica es igualmente predicable de los derechos civiles y políticos. En realidad, más que hablar de una realización progresiva como característica de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, habría que hablar de un deber general de garantía de los derechos humanos, que se integra de variadas obligaciones de medio, las cuales no pueden ser enumeradas taxativamente, pero sí pueden ser medidas, en su naturaleza de obligaciones de medio, por el grado de pertinencia que presentan para lograr la realización del derecho.

2. Justiciabilidad *versus* no-justiciabilidad

Aunque el propósito central de esta publicación es la demostración del carácter justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales, igual que la de los derechos civiles y políticos, la discusión con relación a la justiciabilidad directa de estos se hace a lo largo de todas sus páginas. Sin embargo, es útil hacer algún tipo de comentarios puntuales que manifiestan y desvirtúan la idea de la justiciabilidad como categoría exclusiva de los derechos civiles y políticos o, dichas las cosas *contrario sensu*, que manifiestan y desvirtúan el carácter no justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales.

La primera de esas manifestaciones se encuentra en los propios desarrollos logrados en las dinámicas judiciales en el interior de los Estados. No interesa hacer un recuento pormenorizado de estas –por otra parte ya realizado en diferentes publicaciones–, solo destacar que ellas sostienen la idea de su justiciabilidad²⁷⁰. La segunda de esas manifestaciones se proyecta ya en el plano internacional, y concretamente con la reciente aprobación por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos

²⁷⁰ Múltiples ejemplos son citados en: International Commission of Jurists, *Courts and The Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights – Comparative Experiences of Justiciability*, Human Rights and Rule of Law Series, N° 2 (ICJ ed., 2008), pp. 23-64.

Económicos, Sociales y Culturales (en adelante se lo denominará “Protocolo Facultativo”, y al instrumento sustantivo “Pacto Internacional”).

Uno de los elementos más destacables del Protocolo Facultativo es que atribuye competencia *ratione materiæ* al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el ámbito de Naciones Unidas, para recibir y examinar comunicaciones²⁷¹ en las que personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de violaciones a cualquier de los derechos económicos, sociales y culturales que se enuncian en el Pacto Internacional²⁷², y con la observancia de varios requisitos de admisibilidad, incluyendo el previo agotamiento de los remedios domésticos²⁷³, denuncien el comportamiento estatal en búsqueda de medidas de reparación del derecho²⁷⁴. La actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consiste en considerar hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado, teniendo presente que puede adoptar una amplia gama de medidas, no existiendo necesariamente una sola medida que deba ser adoptada²⁷⁵. En ese sentido se tratará de una valoración sobre la pertinencia de las medidas que el Estado haya adoptado, lo que pone de manifiesto que la justiciabilidad de estos derechos no sólo es posible, sino que, como anteriormente quedó expresado, se debe realizar atendiendo a la naturaleza de obligaciones de medio que integran el deber de garantía de los derechos humanos.

La aprobación por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas del Protocolo Facultativo es uno de los hitos que deberán agregarse a las efemérides de los derechos humanos. Así como en su oportunidad la aprobación de la Convención Internacional

271 Art. 1 del Protocolo Facultativo.

272 Art. 2 del Protocolo Facultativo.

273 Art. 3, inciso 1 del Protocolo Facultativo.

274 Art. 9, inciso 1 del Protocolo Facultativo. Cabe advertir que su texto no menciona la obligación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de establecer medidas de reparación, pero siguiendo la práctica de otros Comités, es predecible que al menos ciertas modalidades de reparación adoptarán la forma de recomendaciones al Estado.

275 Art. 8, inciso 4 del Protocolo Facultativo.

para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, no sólo emergía como primer tratado explícito de derechos humanos, sino que contaba con un mecanismo de supervisión internacional que podría operar para recibir quejas individuales por su incumplimiento –reconociendo al ser humano una especie de *jus standi*–, y rompía con abultados paradigmas relacionados con la soberanía estatal; el Protocolo Facultativo hace lo propio respecto de las argumentaciones que históricamente han conspirado en contra de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

A este respecto es importante, además, hacer ciertas aclaraciones cuya ausencia –o falta de análisis crítico–, puede llevar a una confusión sobre las posibilidades de justiciabilidad en el sistema interamericano. Particularmente se trata de la utilización de los diferentes elementos interpretativos desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus diferentes Observaciones Generales, llamadas en inglés “General Comments”. La utilización de tales criterios debe hacerse teniendo en cuenta las especificidades de los sistemas, de manera que su traslación y uso al Sistema Interamericano debe hacerse *con beneficio de inventario*. En su esfuerzo interpretativo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha identificado que la obligación de adoptar medidas que contempla el artículo 1 del Pacto Internacional –equivalente a la del artículo 2 del Protocolo de San Salvador y a la del artículo 26 de la Convención Americana– puede escindirse en dos tipos de medidas, unas de efecto inmediato y otras ligadas a la realización progresiva de los derechos²⁷⁶, y dentro de las primeras se encuentran *al menos dos*²⁷⁷, que implican, la obligación de

276 U.N Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *The Nature of States Parties Obligations (Art. 2 pr. 1 of the Covenant)*, General Comment N° 3, E/C.12/1990/8 Annex III, p. 83, pr. 1. En sus palabras textuales: “[While] the Covenant provides for progressive realization and acknowledges the constraints due to the limits of available resources, it also imposes various obligations which are of immediate effect”.

277 *Ibidem*. No son *sólo dos* como erradamente puede pensarse. En la lectura del texto transrito en el párrafo que antecede se aprecia que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a “varias obligaciones que son de efecto inmediato”. Sin embargo *dos de ellas* son

garantizar no discriminación en el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Pacto Internacional²⁷⁸, y la obligación de adoptar medidas²⁷⁹. Lo que no encuentra un asidero jurídico es el entendimiento de que sólo las obligaciones de efecto inmediato son justiciables²⁸⁰, sustentándose en que las vinculadas más directamente con la realización progresiva, se adoptan por los órganos políticos del Estado, como el poder legislativo o el poder ejecutivo, lo que resultaría en una actualización de la doctrina de *political questions*, cuyo último punto de soporte es la separación de poderes.

En las modernas teorías constitucionales las *political questions* no son ya un límite para la intervención del poder judicial como mecanismo de control de la separación de poderes. Al contrario, lo que resulta evidente es que dejar ciertas áreas de la actuación estatal en la completa inmunidad frente a la actuación del poder judicial, es una desnaturalización de la separación de poderes, porque implicaría que uno de los poderes separados –el poder judicial– debe adoptar una postura inercial o pasiva frente a las actuaciones –o ciertas actuaciones– de los restantes poderes estatales. Aún cuando se reconozca que los denominados poderes políticos poseen importantes márgenes de apreciación para cumplir con sus mandatos –en especial mandatos de índole constitucional– las posibilidades de intervención del poder judicial no son nulas, sino más bien limitadas, incluso a criterios como el de la razonabilidad²⁸¹.

de particular importancia para comprender la naturaleza exacta de las obligaciones de los Estados Partes.

278 *Ibidem*.

279 *Ibidem*, párr. 2.

280 Cfr.: *Courts and The Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights – Comparative Experiences of Justiciability*, nota 300, p. 26. La Comisión Internacional de Juristas afirma: “This distinction is also relevant for justiciability, because it means that compliance with immediate obligations can directly be assessed by adjudicatory bodies, thereby refuting the idea that the whole content of [economic, social and cultural] rights is left to the discretion of the political branches of the State”.

281 Supóngase que en un Estado cualquiera el Poder Ejecutivo ha decidido modificar el sistema procesal civil y mercantil, para lo cual ha elaborado

De esta forma, aunque se acepte la escisión de obligaciones que plantea el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, no es posible afirmar que haya obligaciones ausentes de la posibilidad de ser residencias, para su control, dentro de la técnica y metodología jurisdiccional, aunque por supuesto, la posibilidad de decidir por la vía del método judicial el contenido ideal de las obligaciones sujetas a control jurisdiccional puede variar, llegándose en algunos casos a un control de límites o extremos, y no a un control de perfectibilidad de la conducta. Así, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano, puede implicar, respecto de las obligaciones de efecto inmediato, un pronunciamiento correctivo o de perfectibilidad de la conducta, mientras que, respecto de las obligaciones asociadas a la realización progresiva, un control de límites o extremos.

Así, al suponer la existencia de un Estado X que garantiza la gratuitidad de la educación primaria, y un niño W que iniciará su primer contacto con el sistema de educación formal, y que procede de una familia de escasos recursos, no se encontraría nada de extraño que por la vía de una actuación judicial –por ejemplo, la Corte Interamericana– se anule una directriz educativa regulatoria del uniforme escolar como condición de ingreso al centro de enseñanza si, en las condiciones concretas de la familia de W,

un anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles que ha presentado al cuerpo legislativo para su discusión y aprobación. El cuerpo legislativo, en su potestad, decide establecer que la notificación de las sentencias dictadas en primera instancia se hará los días viernes de cada semana, entre las 9:00 a.m. y las 11:00 a.m., en el Estado Nacional. Es evidente que el margen de apreciación legislativo encuentra límites en la razonabilidad de las circunstancias. En la actualidad si existen vías y mecanismos que pueden garantizar la fiabilidad de las comunicaciones judiciales con su destinatario –buzón judicial, fax, correo electrónico con certificado digital, etc.– qué razón justifica adoptar un mecanismo que establece un estándar menor de fiabilidad. El Poder Judicial, en el caso del ejemplo, quizás no podría sustituir la voluntad legislativa y enmendar el vicio de razonabilidad, pero podría, al menos, restar la validez a la voluntad legislativa irrazonable. Sin embargo, en la reflexión teórica como práctica del derecho procesal constitucional se observan cada vez más sentencias que tienen un efecto normativo correctivo de la voluntad legislativa.

no hay posibilidad de adquirir los uniformes reglamentarios, o incluso se obligue al Estado a proveer directamente al niño W de los uniformes reglamentarios. Cualquiera de las dos soluciones es perfectamente válida y cualquiera de ellas, además, es correctiva de la actuación estatal.

Ahora bien, si el niño W vive en el asentamiento poblacional A, separado del asiento poblacional B por 25 Kilómetros sin que existan vías ni medios de transporte entre uno y otro, existe además el asiento poblacional C comunicado con A por una carretera de 175 kilómetros, de forma que el único centro de enseñanza se encuentra en C, lo que hace que la escuela sea inaccesible materialmente a W, ante la situación el Estado X decide habilitar una escuela en B, lo que reduce la distancia en 150 kilómetros, aunque mantiene la ausencia de vías y medios de transporte entre A y B; en tal escenario no se encuentra nada que inhiba al poder judicial a actuar, sólo que en este caso no podrá adoptar la decisión correctiva –habilitar una escuela en A, o paralelamente a la habilitación de la escuela en B abrir una vía de comunicación entre A y B e implementar transporte público por ella– sino una decisión meramente de límites al indicarle a la administración pública que la apertura de la escuela en B no corrige en nada el problema de accesibilidad educativa de W.

Los ejemplos anteriores ponen de manifiesto que no hay nada en la naturaleza de las obligaciones de los derechos económicos, sociales y culturales que permita inhibir su justiciabilidad. Al contrario, las experiencias del Sistema Interamericano dan cuenta de situaciones en las que determinadas conductas estatales son analizadas como un juicio de límites –es decir, precisandose que la conducta está dentro de ciertos límites aceptables por la norma– obligándose al Estado a ajustarse a estos, sin indicarle cuál sería la conducta que provea el ajuste perfecto –lo que equivaldría a un ajuste de perfectibilidad²⁸². Entre ambos tipos de obligaciones

282 *Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica*. Op. Cit. En este caso, por ejemplo, la Corte Interamericana señaló que el recurso de casación contra la sentencia penal condenatoria no se ajustaba a los límites del Art. 8, inciso 2, *h* de la Convención Americana, en el sentido de facilitar una revisión integral de la sentencia, estableciéndole como obligación la

no hay una naturaleza que haga excluir la justiciabilidad de estas, aunque sí existen maneras o metodologías jurisdiccionales diferentes para poder abordarlas. En todo caso, lo que resulta como conclusión es que los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables como los son los derechos civiles y políticos²⁸³.

adecuación del sistema recursivo a esos límites, sin indicarle cómo sería la regulación ideal de un sistema recursivo conforme con la Convención Americana. Por contraste, al tratar de casos de niños desaparecidos forzadamente en contextos de conflicto armados internos, la Corte Interamericana ha indicado que una medida pertinente para satisfacer la obligación del Estado de investigar el paradero de los niños, lo constituye un banco de huellas genéticas, ordenando su establecimiento, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Molina Theissen contra Guatemala. Reparaciones y costas*. Sentencia del 3 de julio de 2004. Serie C, N° 108, párrs. 90 y 91, inciso b; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 1 de marzo de 2005. Serie C, N° 120, párrs. 192-193.

283 *Caso Yean y Bosico*, Op. Cit. párrs. 239-241. Un valioso ejemplo se plasma ahí que evidencia cómo la tutela de un derecho civil y político –el derecho a la nacionalidad– puede llevar a la Corte Interamericana, incluso, a determinar minuciosamente la conducta del Estado, en algunos puntos, y otros dejarlos librados a su margen de apreciación:

Esta Corte considera que la República Dominicana debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas. Además, debe existir un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud [...] al fijar los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento, deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. Los requisitos exigidos no deben constituir un obstáculo para obtener la nacionalidad dominicana y deben ser solamente los indispensables para establecer que el nacimiento ocurrió en la República Dominicana. Al respecto, la identificación del padre o de la madre del niño no puede estar limitada a la presentación de la cédula de identidad y electoral, sino que el Estado debe aceptar, para tal fin, otro documento

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado la misma conclusión con la siguiente línea argumentativa²⁸⁴:

En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada [...] por la naturaleza de los derechos [...] A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones) [...] A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles

público apropiado, ya que la referida cédula es exclusiva de los ciudadanos dominicanos. Asimismo, los requisitos deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurrían a este procedimiento, y para una efectiva garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención [Americana] [...] el Estado debe adoptar las medidas necesarias y permanentes que faciliten la inscripción temprana y oportuna de los menores, independientemente de su ascendencia u origen, con el propósito de reducir el número de personas que recurrían al trámite de inscripción tardía de nacimiento.

284 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La aplicación interna del pacto*, Observación General N° 9, E/C.12/1998/24, p. 4, párr. 10.

e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

3. Gratuidad versus erogaciones

Uno de los argumentos más notoriamente falsos e infundados es el de la pretendida gratuidad de la realización de los derechos civiles y políticos en comparación con la necesaria erogación de fondos públicos que supone la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los ejemplos que se han mencionado con anterioridad dan información suficiente para desvirtuar esta supuesta nota distintiva entre los derechos referidos. La observancia de los derechos civiles y políticos no puede analizarse al margen de la obligación de garantizar que en todos sus supuestos implicará erogaciones con cargo a los fondos públicos estatales. Así, la actividad que pudiera parecer más básica, como emitir una legislación, sólo puede lograrse mediante el financiamiento del poder legislativo. E incluso, una obligación de simple abstención, como la de abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a alguien, sólo puede cumplirse si, por ejemplo, el personal policial recibe la capacitación e instrucción suficiente sobre el uso de armas de fuego. Y vistas las cosas desde el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, igualmente es necesario advertir que la realización de estos no está siempre condicionada a la idea de tumultuosas erogaciones de fondos estatales, como si la responsabilidad de realizar el derecho fuera exclusiva del Estado, así, por ejemplo, el derecho al trabajo no implica la obligación del Estado a ser empleador, y por ende a ser creador de fuentes de empleo; en ocasiones, su obligación se puede cumplir con opciones de poco costo económico directo para el Estado, como por ejemplo las implementación de algunas opciones de implementación de política monetaria que le permiten mantener condiciones estables para la inversión pública y privada, y que aseguren su crecimiento, como la reducción de las tasas de referencia para operaciones bancarias –con el resultado de disminuir o incrementar la liquidez, lo que

permite mantener condiciones estables de precios– o incluso el establecimiento de beneficios fiscales como la exoneración de impuestos, para la importación de bienes intermedios que favorezcan el crecimiento de algunos rubros dentro del sector industrial.

Esta idea de la gratuidad contrastada con la erogación de fondos públicos se origina, además, en un profundo error en la comprensión de las dinámicas sociales y económicas, inspiradas y estáticas, en un momento particular de *boom* del reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, asociado al cambio de paradigma del Estado abstencionista con el de Estado interventor que creció paralelamente con la noción de Estado social de derecho. Conforme esta idea errada los derechos económicos, sociales y culturales deben ser satisfechos por el Estado²⁸⁵. En realidad la observancia plena de los derechos económicos, sociales y culturales está muy fuertemente ligada al desarrollo económico y social, del cual el ser humano, visto en su expresión más individual, es el actor protagónico²⁸⁶. Pretender que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales dependa exclusivamente de la realización que de estos pueda hacer el Estado es una postura que, en definitiva, tiende al nihilismo antropológico. Se trataría de una sustitución del ser humano por el Estado, una inversión de la lógica deontológica fundacional de la concepción democrática del Estado moderno.

El Estado es un contexto dentro del cual se realizan múltiples actividades entre seres humanos. Los seres humanos, antes de la creación del Estado, autosatisfacían muchas de sus necesidades básicas, lo que demuestra que, al menos desde una visión evolutiva, el Estado no está llamado *per se* a realizar los derechos económicos, sociales y culturales. Por el contrario, la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, descansa en la labor de los seres humanos, o en sus relaciones. El Estado realiza los derechos económicos, sociales y culturales de una manera subsidiaria. Aun en los esquemas de economía de planificación centralizada, las prestaciones directas que el Estado

²⁸⁵ Eide, nota 56, p. 23.

²⁸⁶ *Ibidem*.

brindaba, como alimentación, vestido, vivienda y educación, estaban respaldados por el trabajo de los seres humanos. Eran las relaciones de trabajo, principalmente en el ámbito de la producción, las que permitían generar la riqueza socioeconómica suficiente que el Estado redistribuía bajo un pretendido sentido de igualitarismo.

La garantía de los derechos civiles y políticos, como la de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre implica la movilización de recursos estatales, no es cierto que los primeros son gratuitos para el Estado.

4. Obligaciones negativas versus obligaciones positivas

Un último argumento empleado para pretender advertir una diferencia en la naturaleza de los derechos civiles y políticos frente a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en la idea de que los primeros son generadores de obligaciones negativas o de abstención, mientras que los segundos lo son de obligaciones positivas. Sin embargo, Abramovich y Courtis afirman con absoluta claridad que²⁸⁷:

Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa. 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.

287 Abramovich y Courtis, *supra* nota 1, p. 23.

De manera que se trata, como en las anteriores ocasiones, de una distinción de bases falsas o aparentes. En el ámbito de los derechos civiles y políticos se reconoce la existencia de obligaciones positivas²⁸⁸, e igualmente en el dominio de los derechos económicos, sociales y culturales el Estado hay obligaciones que son meramente de abstención²⁸⁹. Consecuentemente, no es posible trazar una línea divisoria exitosa entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, sobre la base del análisis de las obligaciones negativas o positivas.

B. El abandono de la visión interamericana

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos tienen una tendencia hacia la complementariedad. Todos ellos se miran recíprocamente y, de una forma u otra, hay un intercambio de influjos que favorecen el crecimiento y desarrollo de cada uno de ellos. Las actuales posibilidades del intercambio de información y de la comunicación han estrechado las distancias que solían separar y aislar en antiguos momentos a los sistemas internacionales.

Es normal, por tanto, que con relación a los diferentes derechos, se dirija la mirada hacia los desarrollos que, principalmente por la vía jurisprudencial, se han ido produciendo en otros sistemas internacionales. Al fin de cuentas, el operador judicial no se encuentra inhibido, para los efectos de un mejor entendimiento en la interpretación normativa, de acudir a las técnicas comparativas del fenómeno jurídico.

Lo que no debería suceder es que un modelo de interpretación y entendimiento adoptado por un sistema internacional sea obviado, y en su lugar, sustituido por un modelo nacido en otro sistema internacional, que tiene una dinámica histórica y política

288 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) contra Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63, párrs.144-145.*

289 En esta perspectiva, el Art. 14, inciso 3 del Protocolo de San Salvador, claramente supone un nivel esencialmente de abstención.

diferente. Es decir, la complementariedad de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos debe hacerse sin perder la individualidad de cada sistema que lo hace único y diferenciable frente a los demás.

No es sorpresivo que el Sistema Interamericano haya mantenido un amplio silencio histórico en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Y ese silencio quizás es la justificación que permite la licencia para tomar el modelo de interpretación y entendimiento que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha ido elaborando para explicar el sistema universal en lo que ataña a los derechos económicos, sociales y culturales. Este modelo fue planteado inicialmente desde una visión doctrinaria²⁹⁰, para luego ser asumido como modelo jurisprudencial de análisis en el marco del sistema universal²⁹¹.

290 Abramovich y Courtis, nota 1, pp. 28-29. Atribuida a Van Hoof, la propuesta tendría cuatro niveles de obligaciones, a saber: respetar, proteger, garantizar y promover, y así afirman: “Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien”. (Las cursivas son agregadas.)

291 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a una alimentación adecuada (Art. II)*, Observación General N° 12, E/C.12/1999/5, p. 5, párr. 15. En su texto se lee:

[Cualquier derecho humano], impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *realizar*. A su vez, la obligación de *realizar* entraña tanto la obligación de *facilitar* como la obligación de *hacer efectivo*. La obligación de *respetar* [un derecho humano] requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado [afectar tal derecho]. La obligación de *proteger* requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del [derecho]. La obligación de *realizar* (*facilitar*) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida [...]. Por último, cuando un individuo o un grupo sea

Sin embargo, este modelo de análisis es innecesario en el ámbito del sistema interamericano, donde se han identificado claramente dos obligaciones generales que, por ende, son aplicables a todos los derechos reconocidos por sus instrumentos normativos. Se trata de las obligaciones de respeto y de garantía.

La *obligación de respeto*, en el esquema del sistema universal, es coincidente con la *obligación de respeto* en el esquema del sistema interamericano. Se resume en el sentido de que el Estado –los actos que le son imputables– no violente un derecho humano. Sin duda alguna, la obligación mucho más estratégica es la *obligación de garantizar*, porque su ámbito de cobertura, en la perspectiva del sistema interamericano, es sumamente abarcadora. En el ámbito del sistema interamericano, la *obligación de garantizar* implica un nivel preventivo que proyecta sus efectos tanto en la relaciones Estado-individuo, como en las relaciones individuo-individuo, pero además busca la investigación de una violación, la deducción de consecuencias jurídicas para los responsables de estas, así como las posibilidades de reparación en caso de violaciones; en este punto, la *obligación de garantizar* del Sistema Interamericano implica los alcances de la llamada *obligación de protección* empleada en el sistema universal.

Por otra parte, la *obligación de garantizar* que existe en el Sistema Interamericano, es un aseguramiento de generación de condiciones para que el derecho pueda ejercerse, condiciones que pueden implicar la modificación de instrumentos legales, pero que, según las circunstancias, pueden implicar muchas otras conductas o comportamientos estatales. Es el ser humano el titular de los derechos, y el que los goza, y el Estado es garante de él, protegiéndolos y propiciando el escenario para que puedan ejercerse. En tal sentido, la *obligación de garantizar* que está contemplada en el Sistema Interamericano incluye el alcance que identifica a la *obligación de promover (o realizar/facilitar)*

incapaz, por razones que escapan a su control, de disfrutar [un] derecho [...] por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (hacer efectivo) ese derecho directamente. Esta obligación también se aplica a las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole.

que se determina en el sistema universal; por supuesto que cuando la persona por sí misma no es capaz de satisfacer sus derechos, una vez que se han generado las condiciones para ello, el Estado debe cumplir con la realización en forma directa, así la *obligación de garantizar* del Sistema Interamericano también abarca la denominada *obligación de garantizar (o realizar/hacer efectivo)* del sistema universal.

Las ventajas para la utilización de las obligaciones de respeto y garantía, en la conceptualización del sistema interamericano, para el tratamiento y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, descansan en un escenario de seguridad jurídica y de operatividad. Las obligaciones de respeto y garantía tienen un nivel de positivización del que carece el esquema de obligaciones del sistema universal. La obligación de respetar los derechos está implícita, y en la razón de ser, de cualquier instrumento de derechos humanos, mientras que la obligación de garantizar se encuentra expresamente señalada en los Arts. 1 y 2 de la Convención Americana y el Artículo 2 del Protocolo de San Salvador.

Por otra parte los órganos del sistema interamericano, están familiarizados con la utilización y los alcances de la obligación de garantizar, que como se ha visto en la jurisprudencia citada, no presenta problemas de implementación y control dentro de la noción de justiciabilidad.

Al contrario, el esquema de obligaciones del sistema universal, seguido abundantemente por la mayor parte de la doctrina y reflexiones interamericanas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, no tienen positivización en el sistema interamericano, por lo que su utilización como parámetros para la justiciabilidad causaría severos problemas de legitimidad.

C. Bases para la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano

No son pocas las ocasiones en las que al hablar de derechos económicos, sociales y culturales, y su justiciabilidad en el

sistema interamericano, concurren diferentes manifestaciones e ideas. En verdad la justiciabilidad puede adoptar dos grandes caminos: una justiciabilidad directa y una justiciabilidad indirecta. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales –que es la idea principal que anima esta publicación– es una invocación inmediata de tales derechos en la formulación de la pretensión. Por su parte, la justiciabilidad indirecta consiste en la búsqueda de una protección de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante pretensiones jurídicas formuladas a partir de otros derechos que mediatizan el objeto verdadero de la tutela. En tal sentido Abramovich y Courtis determinan seis estrategias diferentes de justiciabilidad indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales, a saber: protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de la argumentación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación²⁹²; protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de las garantías del debido proceso²⁹³; protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de la protección de derechos civiles y políticos²⁹⁴; protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de protección de otros derechos económicos, sociales y culturales²⁹⁵; protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de las limitaciones que se encuentran en los derechos civiles y políticos²⁹⁶; y protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía del acceso a la información²⁹⁷.

Sin embargo, independientemente de cualquier otra hipótesis, la Convención Americana es la base para facilitar la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Para ello se hacen indispensables los incisos *b* y *d* del artículo 29 de la Convención Americana. De conformidad con estos incisos la interpretación de la Convención Americana no puede realizarse

²⁹² Abramovich y Courtis, nota 1, pp. 169-179.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 179-200.

²⁹⁴ *Ibidem*, pp. 200-220.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 220-224.

²⁹⁶ *Ibidem*, pp. 224-235.

²⁹⁷ *Ibidem*, pp. 235-249.

de tal manera que se excluyan otros derechos reconocidos por otras fuentes jurídicas vigentes para un Estado Parte, ni tampoco excluyendo el efecto de, *inter alia*, la Declaración Americana.

En ese sentido lo que corresponde es el análisis del artículo 26 de la Convención Americana. Más allá de su texto inmediato en el sentido de que tal disposición obliga a adoptar medidas de desarrollo progresivo, se trata de un auténtico texto de reconocimiento *genérico* de derechos económicos, sociales y culturales. En el marco de su proceso de creación queda demostrado que la referencia a las *normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura* de la Carta de la OEA, fue una manera para referir a los derechos económicos, sociales y culturales.

Así las cosas, el artículo 26 de la Convención Americana es un continente, cuyo contenido proviene, esencialmente, de la Carta de la OEA, pero que, además, al ser interpretado, no puede obviar el contenido del Protocolo de San Salvador, ni el de la Declaración Americana, de manera que, las imperfecciones contenidas en las normas –ahora denominadas del desarrollo integral– de la Carta de la OEA, puedan ser interpretadas de tal forma que no excluyan los alcances de tales otras normas, e incluso, como la Declaración Americana posee un efecto integrador, ante el silencio que pueden ofrecer algunas normas, su contenido esencial y básico se encontrará en la Declaración Americana. El artículo 26 de la Convención Americana –junto con todo su amplio contenido– además forma parte de las normas que regulan la competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano. Esto permite que la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana puedan garantizar su contenido, haciendo de esta manera que los derechos económicos, sociales y culturales sean exigibles en el ámbito del sistema interamericano.