

Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales

Victor Abramovich y Christian Courtis

1. Los derechos sociales en tanto derechos

Gran parte de la tradición constitucional iberoamericana en materia de derechos sociales (1) se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes nacionales, han demostrado ser prejuicios de tipo ideológico, antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica. Así, aunque la gran mayoría de las Constituciones de América Latina, la de España y la de Portugal estén alineadas dentro del denominado constitucionalismo social, se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables. De este modo, se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles -o derechos de autonomía, o derechos-libertades-, que sí se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica.

Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla. La supuestas distinciones entre derechos civiles y derechos sociales no son tan tajantes como pretenden los partidarios de la doctrina tradicional (2). La principal diferencia que señalan los partidarios de dicha doctrina reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo a esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado -por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada- mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo -por ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda- (3). En el primer caso, se dice, el Estado cumpliría su tarea con la mera abstención, sin que ello implique la erogación de fondos, y por ende, el control judicial se limitaría a la anulación de aquellos actos realizados en violación a aquella obligación de abstención. Contra la exigibilidad de los derechos sociales, aun cuando tengan reconocimiento constitucional, se dice que como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer.

La distinción, sin embargo, es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo (4), y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación -destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos-, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho. Baste repasar mentalmente la gran cantidad de recursos que destina el Estado a la protección del derecho de propiedad: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera. Todas estas actividades implican, claro está, un costo para el Estado, sin el cual el derecho no resultaría inteligible, y su ejercicio carecería de garantía. Esta reconstrucción puede replicarse con cualquier otro derecho -piénsese, en materia de derechos políticos, la gran cantidad de conductas positivas que debe desarrollar el Estado para que el derecho de votar puede ser ejercido por todos los ciudadanos-. Amén de ello, muchos de los llamados derechos civiles se

caracterizan justamente por exigir la acción y no la abstención del Estado: piénsese, por ejemplo, en el derecho a contar, en caso de acusación penal, con asistencia letrada costeadada por el Estado en caso de carecer de recursos suficientes, o en el derecho a garantías judiciales adecuadas para proteger otros derechos.

En sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos -salud, vivienda, educación, seguridad social- el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten. El Estado afectará el derecho a la salud, o a la vivienda, o a la educación, cuando prive ilícitamente a sus titulares del goce del bien del que ya disponían, sea dañando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, del mismo modo en que afecta el derecho a la vida, o la libertad de expresión, o la libertad ambulatoria, cuando interfiere ilegítimamente en el disfrute de esos bienes. Ciertamente, algunos derechos sociales se caracterizan principalmente por exigir del Estado acciones positivas -v. gr., los llamados derechos-prestación, es decir, aquellos que requieren la distribución de algún tipo de prestación a sus titulares, como el servicio educativo o la asistencia sanitaria-, pero como hemos visto, esto también sucede con los derechos civiles - que exigen prestaciones de la administración de justicia, o de los registros civiles, o del registro de la propiedad, o de las fuerzas de seguridad-. Otros derechos sociales, sin embargo -en especial aquellos caracterizados por regir aun en las relaciones entre particulares-, difícilmente puedan conceptualizarse de modo adecuado sólo como derechos prestacionales: piénsese en el derecho de huelga, o en el derecho a a negociación colectiva. Estos derechos requieren expresamente abstenciones del Estado: no interferir en la huelga, no interferir en las tratativas ni en el resultado de la negociación.

Todo derecho, entonces, requiere para su efectividad obligaciones positivas y negativas. En línea con esta idea, autores como Fried van Hoof o Asbjørn Eide (5) proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de "niveles" de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles o al de derechos sociales. De acuerdo a la propuesta de van Hoof, (6) por ejemplo, podrían discernirse cuatro "niveles" de obligaciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *asegurar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *asegurar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

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

Estas notas están destinadas a mostrar que la distinción entre uno y otro tipo de derechos es mucho menos tajante de lo que se afirma habitualmente, pero no pretende negar la existencia de algunos obstáculos que se han interpuesto históricamente a la exigibilidad de los derechos sociales. Muchos de estos obstáculos, sin embargo, tampoco son ajenos a la naturaleza de los derechos civiles, y ello no ha sido óbice para considerar que éstos son derechos justiciables. Otros obstáculos reflejan algunas particularidades de los derechos sociales, aunque ello tampoco es un argumento para desconsiderarlos como derechos: exigen, más bien, imaginación a los juristas y a los jueces (7), en aras de ofrecer protección eficaz a aquellos bienes que el constituyente ha decidido priorizar.

2. El problema de la exigibilidad de los derechos sociales

Parece claro que, de acuerdo al diseño institucional de las democracias occidentales, los poderes encargados de cumplir con las obligaciones que se desprenden del establecimiento de la mayoría de los derechos son, primariamente (8), los denominados poderes políticos, es decir, la Administración y la Legislatura. Esto vale tanto para los derechos civiles como para los derechos sociales: a estos poderes les corresponde la regulación normativa y la actuación administrativa destinada a velar por la efectividad de derechos tales como el derecho a casarse, a asociarse con fines útiles, a disponer de la propiedad, a la educación primaria, a la asistencia sanitaria, a gozar de condiciones dignas de trabajo, etcétera. Al Poder Judicial le cabe un papel subsidiario: le corresponde actuar cuando los demás poderes incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho (9), o por incumplir con las acciones positivas debidas.

Este recurso a la protección judicial en caso de afectación del bien que se pretende tutelar constituye un elemento central en la definición de la noción de "derecho" -aunque, como lo hemos sugerido, no el único-: *la existencia de algún poder jurídico de reclamo de su titular en caso de incumplimiento de la obligación debida* (10). El reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho (11). De modo que, aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no puede afirmarse que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que -al menos en alguna medida- el titular/acreedor esté en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho (12).

Si, como hemos venido diciendo, no existen diferencias de sustanciales entre las obligaciones correspondientes a derechos civiles y derechos sociales, debe cuestionarse vigorosamente la idea de que sólo los derechos civiles resultan justiciables. Cabe, en ese sentido, referir la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenida en su Opinión General Nro. 9 ("La aplicación interna del Pacto"), de 1998 (13):

"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 ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los

siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. 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). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. 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 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" (punto 10).

Entendiendo que también los derechos sociales generan al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brindan la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial.

Por un lado, en muchos casos las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado -ligadas, en muchos casos, a la violación de obligaciones de *respeto*-. Además de algunos de los ejemplos mencionados más abajo, resulta útil recordar que uno de los principios liminares establecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cfr. art. 2.2 del PIDESC), que de hecho establece importantes obligaciones negativas para el Estado. El incumplimiento de este tipo de obligaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos. Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulte discriminatoria. En estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios. La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la acción o a la manifestación de voluntad del Estado viciada, obligándolo a corregirla de manera de respetar el derecho afectado.

Por otro lado, nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o adoptar medidas de protección y aseguramiento de los derechos en cuestión. Este es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta

sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las habituales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas dado que otras personas afectadas por el mismo incumplimiento no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, etcétera.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe señalar algunas matizaciones a estas objeciones. En principio, resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho social. Como hemos dicho párrafos atrás, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, *a priori* (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o *a posteriori* (a través de la fiscalización). De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho. Las posibilidades son más evidentes cuando el Estado presta efectivamente un servicio en forma parcial, discriminando a capas enteras de la población. Pueden subsistir, evidentemente, dificultades procesales y operativas en el planteo de casos semejantes, pero difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable.

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la falta de producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona, o por el establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la educación o a la vivienda, o en el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social. La habilidad del planteo radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho social, sobre el goce de un derecho civil. Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de *derechos o intereses individuales homogéneos*, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en el próximo párrafo.

En tercer lugar, aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos sociales. Las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de *lobby* o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo de Lima Lopes, "el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos

de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre" (14). No cabe duda de que la implementación de derechos sociales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos. Ahora bien, uno de los sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se "recuerde" a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos sociales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que "comunique" a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es "puesto en mora" por el Poder Judicial, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Por último, como veremos en el próximo acápite, algunas objeciones dirigidas contra la justiciabilidad de los derechos sociales son circulares, ya que lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales -surgidos en el contexto de litigios que tenían como medida el interés individual, el derecho de propiedad y una concepción abstencionista del Estado- resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos. Esta limitación no es absoluta: en muchos casos las acciones existentes pueden emplearse perfectamente para reclamar individualmente el cumplimiento de una prestación, y en otros puede reconducirse la exigencia de derechos sociales al reclamo de derechos civiles.

Al respecto, es pertinente recordar la línea argumentativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, plasmada en la ya mencionada Opinión General Nro. 9. El Comité interpreta la obligación de adoptar medidas de orden interno para dar plena efectividad a los derechos establecidos en el PIDESC, contenida en el art. 2.1 del Pacto, a la luz de dos principios: a) la obligación de los Estados de modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte, y b) el "derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley", establecido por el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Articulando ambos principios, el Comité señala que

"los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son "medios apropiados" según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales" (punto 3).

De modo que, lejos de entender que los derechos económicos, sociales y culturales no son justiciables, el Comité establece la fuerte presunción de que la falta de recursos judiciales adecuados, que permitan hacer justiciables estos derechos, constituye una violación autónoma del Pacto.

En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación (15). En

palabras de Alexy: "Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución" (16).

3. Algunos obstáculos a la exigibilidad judicial de los derechos sociales

Sintéticamente, y sin ánimo de agotar la cuestión (17), referiremos algunos obstáculos de índole práctica -aunque a veces también van acompañados de objeciones teóricas- para hacer plenamente exigibles los derechos sociales establecidos en una Constitución por vía judicial ante, claro está, el incumplimiento de los poderes obligados primariamente, es decir, los poderes políticos.

a) La determinación de la conducta debida

Un primer obstáculo a la justiciabilidad de los derechos sociales está vinculado con la falta de especificación concreta del contenido de estos derechos. Cuando una Constitución o un tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas. Evidentemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento, extremo que se torna imposible si la conducta debida no resulta inteligible.

Este obstáculo sugiere, sin embargo, varios comentarios. En primer lugar, no se trata de un problema ligado exclusivamente a los derechos sociales: la determinación del contenido de *todo* derecho de raigambre constitucional se ve afectado por el mismo inconveniente, que radica, en el fondo, en la vaguedad característica del lenguaje natural en el que se expresan las normas jurídicas (18). ¿Qué significa "propiedad"? ¿Cuál es el tipo de "expresión" protegida por la prohibición de censura previa? ¿Cuál es el alcance de la noción de "igualdad"? Sin embargo, esta dificultad jamás ha llevado a la afirmación de que los derechos civiles no sean derechos, o no sean exigibles judicialmente, sino más bien a la tarea de especificación de su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado -principalmente, la *reglamentación legislativa y administrativa*, la *jurisprudencia* y el desarrollo de la *dogmática jurídica* (19)-.

Resulta claro que la tarea de definición del alcance del derecho corresponde primariamente al legislador, y -por vía reglamentaria- a la Administración. En este sentido, la codificación civil puede ser vista como un claro ejemplo de especificación -que llega a niveles de detalle casi obsesivos (20)- del alcance del derecho de propiedad. Nada impide una tarea de especificación similar del contenido del derecho a la atención sanitaria, o a la educación, o a acceder a la vivienda, sobre bases universales, generales y abstractas. Un buen ejemplo de este empeño, en materia de derecho a la salud, es, en la Argentina, el desarrollo de una tendencia a la especificación de las prestaciones mínimas debidas por las distintas instancias que forman parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud -por mayor reparo que pueda generar su regulación concreta- (21).

En el plano internacional, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen otro ejemplo de esta tarea de especificación del contenido de los derechos establecidos en el Pacto Internacional respectivo (22). Lo mismo puede predicarse del desarrollo de prácticas de exigibilidad de derechos sociales por la vía judicial ante los

tribunales nacionales. El desarrollo de una dogmática de los derechos sociales, tanto en sede nacional como internacional, constituye una tarea en muchos casos pendiente, que ofrecerá elementos de especificación más detallada del contenido de los derechos sociales. La existencia de un cuerpo dogmático considerable en materia de derecho laboral y de derecho del consumo son buenas demostraciones de esta posibilidad.

En segundo lugar, y en el mismo sentido de la primera observación, cabe señalar que los problemas de falta de especificación del contenido de un derecho son típicos de las normas constitucionales o de tratados de derechos humanos, dado que se trata de las normas de mayor nivel de generalidad del orden jurídico. Múltiples razones militan a favor de esta generalidad: permite mayor flexibilidad y adaptabilidad a instrumentos normativos cuya modificación es normalmente más gravosa que la de la legislación ordinaria, ofrece a los órganos encargados de especificar el contenido de los derechos contenidos en esos instrumentos un margen de elección compatible con la prudencia y necesidad de evaluación de la oportunidad que requiere la toma de cualquier decisión política, preserva la brevedad y concisión que hacen de estos documentos el catálogo de principios fundamentales del Estado de derecho (23). Del reconocimiento de la deseable generalidad del texto de una Constitución o de un tratado de derechos humanos, sin embargo, no se sigue la imposibilidad absoluta de señalar casos en los que, pese a la inexistencia de especificación ulterior de su contenido, un derecho resulta violado: si ello fuera así, sería imposible decir que la reglamentación de un derecho es inconstitucional, y ello equivaldría a privar completamente de significado al lenguaje en el que se expresan una Constitución o un tratado de derechos humanos. La existencia de una tradición de revisión judicial de constitucionalidad en la Argentina, en los Estados Unidos y en muchos otros países es un ejemplo patente de la posibilidad -y no de la imposibilidad- de verificar la compatibilidad de una conducta activa u omisiva, o bien de una norma inferior, con un derecho reconocido en una Constitución o en un tratado de derechos humanos. Si esto es así ante un derecho civil, no se vé por qué no pueda serlo en el caso de un derecho social. En cualquiera de los dos supuestos, la tarea será -por supuesto- mucho más fácil cuando el contenido del derecho resulte especificado por la legislación inferior. Pero en muchos casos, cuando de la cláusula respectiva de la Constitución o el tratado de que se trate resulte posible derivar la conducta debida por el Estado, la objeción fundada en la indeterminación también carece de sentido. Para dar ejemplos provenientes del PIDESC, en supuestos tales como el derecho de la mujer a "salario igual por trabajo igual" (art. 7 a.i), o el derecho de la mujer embarazada a obtener "licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social" (art. 10.2) tienen un sentido suficientemente inteligible como para determinar que, en el caso en el de una mujer que, a igual trabajo que un hombre, recibe una paga inferior, o en el de una mujer embarazada que no recibe licencia remunerada ni prestación alguna de la seguridad social, el Estado incumple con el Pacto.

La tercera observación está dada por la necesidad de considerar un doble orden de condicionamientos vinculado con la determinabilidad de la conducta debida cuando se trata de derechos sociales. Hasta aquí, nos hemos referido a la determinabilidad *semántica* del contenido de estos derechos. Como hemos dicho, la especificación de la conducta debida por vía reglamentaria, jurisprudencial o dogmática constituye un recurso para la determinación de ese contenido. Sin embargo, cabe considerar otra forma de determinabilidad, es decir, de estrechamiento o exclusión de alternativas posibles ante el establecimiento de un deber legal por parte de una constitución o un pacto de derechos humanos. Se trata de la determinabilidad *fáctica*: en muchos supuestos, pese a que la conducta debida por el obligado no resulta específicamente reglada por un texto normativo, fácticamente sólo existe uno o un número limitado de cursos de acción determinables para el respeto, garantía o satisfacción del derecho de que se trate. Por ejemplo, en el contexto del derecho a la asistencia sanitaria, en materias vinculadas con el desarrollo de tratamientos médicos, producción de medicamentos o vacunas ante cuadros concretos de enfermedad, la discrecionalidad del Estado para optar entre cursos de acción alternativos resulta claramente limitada.

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

b) La autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas

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

Por lo demás, el margen de discrecionalidad de la Administración es mayor -y por lo tanto, es menor la voluntad de contralor judicial- cuando el acto administrativo se adopta sobre la base de un conocimiento o pericia técnica que se presume propio de la Administración y ajeno a la idoneidad del órgano jurisdiccional.

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

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

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

Cabe, sin embargo, aún teniendo presente esta dificultad, formular algunas observaciones. En primer término, no hay definiciones esenciales o absolutas acerca del carácter "político" o

"técnico" de una cuestión, de modo que la línea demarcatoria entre estas cuestiones y las cuestiones cabalmente "jurídicas" es una frontera movediza. Durante muchos años, en la tradición constitucional estadounidense y, por reflejo, en la Argentina, el Poder Judicial se negó a la revisión constitucional de las denominadas "cuestiones políticas no justiciables", cuyo contenido, sin embargo, fue variando cualitativamente: muchas de las cuestiones antes consideradas "políticas" dejaron de serlo con el tiempo, y el Poder Judicial amplió así sus poderes de revisión ante actos u omisiones inconstitucionales de los poderes políticos (24).

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

Por último, el obstáculo apuntado tampoco resulta insalvable: a partir de la propia conducta estatal, resulta posible "juridificar" una cuestión de "política pública" o "técnica", de modo que la cuestión jurídica y fáctica sobre la cual deba juzgar el tribunal quede demarcada de manera clara.

c) La inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de derechos sociales

Otro obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos sociales es la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para su tutela. Las acciones judiciales tradicionales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles clásicos. La cuestión remite a una de las discusiones medulares en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, tiene directa relación con la estrecha vinculación de la noción tradicional de derecho subjetivo, la noción individual de propiedad y el modelo de Estado liberal (25). Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental surgen del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas que se articulan frente a la posible justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los derechos sociales.

Para verificar las dificultades que genera el marco teórico en el que se fundan las acciones tradicionales para proteger adecuadamente derechos sociales (26) basta señalar algunos ejemplos:

- a. la incidencia colectiva de la mayoría de los derechos sociales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales (27). Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales;
- b. Las violaciones de los derechos sociales requieren al mismo tiempo satisfacción urgente y amplitud de prueba, pero estas dos cuestiones son excluyentes para la elección de los mecanismos tradicionales de tutela. Acciones tales como la de amparo, tutela, protección u otras similares requieren un derecho líquido, y las medidas cautelares un derecho verosímil, y en ambos tipos de procedimiento el ordenamiento procesal y la jurisprudencia restringen al mínimo el marco probatorio del proceso;
- c. Las sentencias que condenan al Estado a cumplir obligaciones de hacer no cuentan con resguardos procesales suficientes y resultan por ello de dificultosa ejecución.

Aun advirtiendo esta dificultad -que por supuesto genera límites en la justiciabilidad de algunas obligaciones que surgen de derechos económicos, sociales y culturales- es perfectamente posible, como hemos visto, deslindar distintos tipos de situaciones en las que la violación de estos derechos resulta corregible mediante la actuación judicial con los instrumentos procesales hoy existentes. Cabe señalar, además, que de la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertas obligaciones que tienen como fuente derechos económicos, sociales y culturales no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. El argumento de la inexistencia de acciones idóneas señala simplemente un estado de cosas (28), violatorio *prima facie* del PIDESC -de acuerdo a la ya citada opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- y susceptible de ser modificado. La actual inadecuación de los mecanismos o garantías judiciales no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos sociales, sino que más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos (29).

Por otro lado, aunque algunas de las cuestiones mencionadas ciertamente plantean inconvenientes, lejos están de constituir una barrera insuperable para discutir judicialmente la violación de derechos sociales. Parte de la tradición del derecho procesal contemporáneo ha comenzado hace tiempo a hacerse cargo de estas dificultades de inadecuación del instrumental procesal heredado, tributario de una tradición individualista y patrimonialista, señalando las necesidades de adaptación de las acciones judiciales previstas por los códigos de procedimiento a problemas tales como la incidencia colectiva de ciertos ilícitos, o la necesidad de atender urgentemente violaciones irreparables de bienes jurídicos fundamentales. Las nuevas perspectivas de la acción de amparo individual y colectivo, los recientes desarrollos en materia de medidas cautelares, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, los avances de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, la acción civil pública y los *mandados de segurança* y *de injunção* brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esa tendencia. La evolución constitucional y legislativa de los últimos años es notoria en países como la Argentina y Brasil: por ejemplo, el desarrollo de la interpretación jurisprudencial del amparo colectivo incorporado en la Argentina por la reforma constitucional de 1994 ha sido sorprendente (30). En Brasil, el empleo de acciones tales como la denominada "acción civil pública" en materia ambiental y de protección del consumidor se ha generalizado, habilitando la tutela judicial frente a tipos de ilícitos que, de otro modo, hubieran sido ejecutados impunemente (31). Pese a las dificultades que toda innovación supone, la evaluación doctrinaria e institucional de estos instrumentos procesales novedosos ha sido manifiestamente laudatoria. Baste decir aquí que muchas de las señales que se perciben en esta materia hoy en día son, por lo menos, alentadoras (32).

El tercer comentario se refiere a las dificultades de ejecución de las condenas contra el Estado y, en general de la particular posición del Estado ante los tribunales nacionales. También ha sido típico de la tradición administrativa continental otorgar al Estado ventajas procesales que serían impensables en pleitos entre particulares. Aunque en algunos casos estas ventajas puedan estar justificadas, en muchos otros la jurisprudencia internacional ha comenzado a señalar que la discrecionalidad absoluta, la falta de imparcialidad o la ruptura de la igualdad de armas constituyen violaciones al debido proceso.

d) La escasa tradición de control judicial en la materia

Por último, debemos señalar otro obstáculo de índole cultural, que potencia algunos de los anteriores: la ausencia de tradición de exigencia de estos derechos -en especial en los casos de derechos que se definen fundamentalmente por una prestación, como los derechos a la salud, educación, vivienda, entre otros- a través de mecanismos judiciales (33). Pese a la existencia de normas de jerarquía constitucional que consagran estos derechos, concepciones conservadoras acerca del papel institucional del Poder Judicial y de la separación de poderes, han provocado

una escasa práctica de exigencia judicial de estos derechos, y un menosprecio de las normas que los instituyen.

A este problema se suma, en algunos casos, la falta de percepción de ciertos conflictos vinculados con la violación de derechos sociales, en términos de violación de derechos por las propias víctimas. En otros casos, aun cuando el conflicto sea percibido en términos jurídicos, las víctimas de estas violaciones dirigen su lucha hacia otras estrategias de reclamo -como la protesta pública, las campañas de divulgación y de presión, entre otras-, a partir de su desconfianza, en gran medida justificada, de la actuación del Poder Judicial y de los abogados.

Sin menospreciar esta dificultad, no existen razones que nos fueren a pensar que las cosas no puedan cambiar: una tradición, con todo el peso que ella pueda tener, no es más que un conjunto arraigado de actitudes y creencias contingentes (34). La manera de revertirla es, justamente, avanzar en el planteo de casos judiciales sólidos, en los que se reclame ante la violación de derechos sociales. La gradual acumulación de precedentes judiciales, que permita extraer principios de actuación operables en contextos análogos, hará posible un cambio de actitud por parte de los tribunales, y una mayor visibilidad de la posibilidad de reclamo judicial por parte de las propias víctimas (35).

Notas

1. Baste aquí con estipular que por derechos sociales entendemos el catálogo de derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), v. gr., derecho al trabajo, derechos laborales individuales y colectivos, incluyendo el derecho de huelga, derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la familia, derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a participar de la vida cultural. Para una discusión crítica de la categoría de derechos sociales, y su comparación con la de derechos civiles, ver Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid (en prensa), Cap. 1. En la tradición constitucional se habla de "derechos sociales", y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se habla de "derechos económicos, sociales y culturales". Emplearemos indistintamente las dos expresiones.

2. Para un desarrollo más extenso de esta cuestión, v. Abramovich, C. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., Cap. 1.; "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Abregu, M. y Courtis, C., *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Bs. As., 1997, pp. 283-350.

3. Gran parte de estas distinciones reproduce casi textualmente las ideas de un partidario del Estado mínimo, Friedrich von Hayek. V. Hayek, F. v., *Derecho, legislación y libertad*, ("El espejismo de la justicia social"), Ed. Unión, Madrid, 1979, vol. 2, cap. 9.

4. El argumento es la tesis central de Holmes, S. y Sunstein, C. R., *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, Nueva York-Londres, 1999.

5. Eide sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa su provisión provocaría indefectiblemente un desproporcionado crecimiento del aparato estatal. Entiende que es el individuo el sujeto activo

de todo desarrollo económico y social tal como lo establece el art. 2 de la "Declaración sobre el Derecho al Desarrollo" -Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986- y que por lo tanto en un primer nivel en relación a los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra la obligación del Estado de *respetar* la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo -o de colectividades como las indígenas- en pos de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. En un segundo nivel existe una obligación estatal de *proteger* esa libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros. Esta función de tutela que ejerce el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales es similar al papel que cumple como protector de los derechos civiles y políticos. En un tercer nivel existe una obligación de *asistencia* que puede asumir formas diversas -por ej. el art. 11.2 del PIDESC-, y una obligación de *satisfacción* -que puede consistir en la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida o recursos de subsistencia cuando no existan otras posibilidades-. De tal modo, afirma el autor, el argumento de que garantizar los derechos civiles y políticos, a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, no requiere utilizar recursos públicos, resulta sólo sostenible si limitamos las obligaciones estatales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales sólo al tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas con los derechos civiles y políticos sólo al primer nivel (respeto). Ver Eide, A., "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights" en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer, Dordrecht, Boston, Londres, 1995, págs. 21-49, en especial págs. 36-38. V. también Eide, A., "Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Nro. 43, 1989.

6. van Hoof, G. H. J., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984, pp. 97-110. V. también de Vos, P., "Pious wishes or directly enforceable human rights?: Social and Economic Rights in South African's 1996 Constitution", *13 South African Journal on Human Rights*, pp. 223 y ss., 1997. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue. V. Shue, H., "Rights in the Light of Duties", en Brown, P. G. y MacLean, D. (eds.), *Human Rights and the US Foreign Policy: Principles and Applications*, D.C. Heath Co., Lexington, 1980; *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1980, y "Mediating Duties", en *Ethics*, nro. 98, 1988, pp. 687-704. Pese a alguna diferencia terminológica -la autora habla de distintos "derechos" y no de distintos niveles de "obligaciones", las conclusiones de Cécile Fabre son similares. V. Fabre, C., *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 45-49 y 53-57. En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la distinción fue asumida -con alguna corrección, que reduce la enumeración a tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento- en los principales documentos interprescriptivos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general (OG) Nro. 3 (1990) "La Indole de las Obligaciones de los Estados Partes - párrafo 1 del art. 2 del Pacto", OG Nro. 4 (1991) "El Derecho a la Vivienda Adecuada -párrafo 1 del art. 11 del Pacto-", OG Nro. 5 (1994) "Personas con Discapacidad", OG Nro. 6 (1995) "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad"; "Principios de Limburgo" (1986); "Principios de Maastricht" (1997); CIJ, "Declaración y Plan de Acción de Bangalore" (1995); Encuentro Latinoamericano de Organizaciones de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Declaración de Quito" (1998).

7. Cfr. la opinión de Luigi Ferrajoli: "Hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [los derechos sociales] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y

las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo". La tarea de los juristas consistiría, de acuerdo al reputado autor italiano, en "descubrir las antinomias y lagunas existentes y proponer *desde dentro* las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir *desde fuera* nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección". V. Ferrajoli, L., "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 28-30.

8. La afirmación, por supuesto, no es absoluta. Algunos derechos se refieren, primariamente, a la actuación del Poder Judicial: así, justamente, el derecho a la protección judicial, al debido proceso judicial, a la presunción de inocencia, a la obtención de sentencia en plazo razonable. A esto cabe agregar que también la actuación del Poder Judicial puede incumplir obligaciones de respeto de muchos otros derechos, por ejemplo, imponiendo censura previa. Sin embargo, debido a su organización y estructura de funcionamiento -en general, a través de casos provocados por partes litigantes-, resulta más frecuente que sean los poderes políticos los que afecten derechos por acción.

9. El incumplimiento de las llamadas "obligaciones de protección" por parte del Estado supone la conducta de otro particular que afecte indebidamente ese bien, y la ausencia o inidoneidad de las medidas estatales destinadas a prevenir esa afectación. Es evidente que, si se refiere la violación a la conducta de los particulares, el papel del Poder Judicial es actuar cuando un particular afecta indebidamente un bien tutelado por el derecho correspondiente a otro particular, v. gr., cuando daña su integridad física, su propiedad, su estabilidad laboral, etcétera.

10. Cfr. al respecto, la posición clásica de Kelsen: "Tal derecho en el sentido subjetivo sólo existe cuando en el caso de una falta de cumplimiento de la obligación, la sanción que el órgano de aplicación jurídica -especialmente un Tribunal- tiene que dictar sólo puede darse por mandato del sujeto cuyos intereses fueron violados por la falta de cumplimiento de la obligación... De esta manera, la disposición de la norma individual mediante la que ordena la sanción depende de la acción -demanda o queja- del sujeto frente al cual existe la obligación no cumplida... En este sentido tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja." (Kelsen, H., *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994, pp. 142-143). En nuestros días, y en sentido similar, Ferrajoli afirma que "(e)l segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión" (Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 917).

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

12. Alexy recalca la necesidad de distinguir conceptualmente entre el nivel de enunciados sobre derechos (tales como "a tiene un derecho a G") y enunciados sobre protección (tales como "a puede reclamar la violación de su derecho a G a través de una demanda"). Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 180-183. En el mismo sentido, Canotilho, J. J. G., "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nro. 1, 1988, p. 252. Es probable que ambos tipos de proposiciones no sean coextensos: tener un derecho parece además connotar un fundamento legítimo para realizar una acción o acceder a un bien, mientras que poder reclamar es sólo un aspecto vinculado con la protección de esa posibilidad. De todos modos, el problema conceptual es el de la relación entre ambos niveles: si el poder de reclamar la protección forma *necesariamente* parte de la noción de derecho. Sin pretender resolver el problema, señalemos que la noción de derecho subjetivo debe comprender al menos algún

poder de reclamo. Exigir estipulativamente poder de reclamo en *todo* caso de violación del derecho llevaría a conclusiones paradójicas: ninguno de los derechos estipulados en las constituciones de países occidentales reuniría esta característica. El derecho de propiedad, por ejemplo, que constituye la imagen o modelo alrededor de la cual giran las teorizaciones modernas sobre el derecho subjetivo, sufre restricciones en las posibilidades de reclamo cuando el que afecta el derecho es el Estado: en la tradición administrativa continental, las sentencias contra el Estado sólo tienen efecto declarativo y carecen de ejecutabilidad. Puede enumerarse otras restricciones a la posibilidad de reclamo ante la afectación del derecho de propiedad: insolvencia del deudor, protección de los bienes del deudor por el régimen de bien de familia, situación de emergencia económica, etcétera. Nadie en su sano juicio, sin embargo, negaría al derecho de propiedad el carácter de derecho por estas restricciones.

[13.](#) Para una discusión más extensa de esta Observación General, v. Fairstein, C. y Rossi, J., "Comentario a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Nro. 0, 2001, pp. 327-349.

[14.](#) Lopes, J., "*Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito*", en Faria, J. E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiros, San Pablo, 1994, p. 136.

[15.](#) Cfr., para el caso del derecho a la salud, Leary, V., "Justiciabilidad y más allá: Procedimientos de quejas y derecho a la salud", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Nro. 55, 1995, pp. 91-110, con interesante citas jurisprudenciales.

[16.](#) Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 497.

[17.](#) Dedicamos un espacio mucho más extenso al señalamiento de estrategias concretas para superar estas obstáculos en Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., Capítulo 3.

[18.](#) V., por todos, Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1963, Cap. VII, 1.; "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", en *Derecho y Moral; Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 25 y sigs; Carrió, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1964, pp. 45 y sigs.

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

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

[20.](#) El Código Civil dedica, por ejemplo, dieciséis artículos para definir a quién pertenece un tesoro (!!).

[21.](#) V., al respecto, Leyes 23.660 y 23.661, Decretos 492/95 y 1615/96, Resolución Ministerial del Ministerio de Salud y Acción Social 247/96 y modificatorias (542/1999, 157/1998, 939/2000 y 1/2001).

[22.](#) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano al que los Estados deben remitir sus informes periódicos, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESC. Además de esta función, el Comité emite Observaciones Generales, que constituyen la interpretación autorizada de las cláusulas del Pacto por parte del propio órgano de contralor. Hasta la fecha el Comité ha emitido catorce Observaciones Generales: OG Nro. 1 (1989) "Presentación de Informes de los Estados partes"; OG Nro. 2 (1990) "Medidas de Asistencia Técnica Internacional -art. 22 del Pacto"; OG Nro. 3 (1990) "La índole de las Obligaciones de los Estados Partes - párrafo 1 del art. 2 del Pacto"; OG Nro. 4 (1991) "El Derecho a la Vivienda Adecuada - párrafo 1 del art. 11 del Pacto"; OG Nro. 5 (1994) "Personas con Discapacidad"; OG Nro. 6 (1995) "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad"; OG Nro. 7 "El derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos" (1997); OG Nro. 8 "Relación entre las sanciones económicas y el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales" (1997); OG Nro. 9 "La aplicación interna del Pacto" (1998); OG Nro. 10 "La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales" (1998); OG Nro. 11 "Planes de acción para la enseñanza primaria (art 14)" (1999); OG Nro. 12 "El derecho a una alimentación adecuada (Art. 11)" (1999); OG Nro. 13 "El derecho a la educación (Art. 13)" (1999); OG Nro. 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (2000).

[23.](#) V. Fabre, C., *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 156-157.

[24.](#) La lista de materias anteriormente denominadas "políticas" y devenidas "justiciables" es amplia: diseño de los distritos electorales, regularidad del ejercicio de facultades privativas de otros poderes, debido proceso en materia de juicio político. En la Argentina, la Corte Suprema ha llegado a declarar inconstitucional una cláusula constitucional, por violar los límites establecidos en la ley de convocatoria de la convención constituyente respectiva. Ver CSJN, caso *Fayt, Carlos S.*, 19/8/1999.

[25.](#) V., al respecto, el lúcido análisis de José Reinaldo de Lima Lopes, "*Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito*", cit., pp. 114-138.

[26.](#) Muchas de estas dificultades no se ciñen exclusivamente a la protección de los derechos sociales, sino que también se han puesto de manifiesto en el campo de las relaciones contractuales y extracontractuales contemporáneas. Así, el problema de la inadecuación de las acciones procesales tradicionales atañe a la contratación masiva, a la prevención y reparación de daños masivos provocados por productos elaborados, a la lesión de bienes colectivos tales como el medio ambiente, la salud pública o el patrimonio histórico, etcétera. Algunos autores han acuñado la noción de "derecho privado colectivo" para referirse a este novedoso campo Cfr. Lorenzetti, R. L., *Las Normas Fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

[27.](#) Basta cotejar simplemente las reglas de procedimiento que rigen la notificación, o el litisconsorcio y la acumulación de acciones, o las dificultades prácticas que pueden imaginarse a la luz de la experiencia forense, a la hora de enfrentar audiencias con multiplicidad de partes. V., en sentido similar, la observación de Bujosa Vadell, comentando las *class actions* del orden federal estadounidense: "Aun conscientes de la diversidad de contexto jurídico en el que nos desenvolvemos y con los usuales riesgos del estudio comparativo, consideramos útil un detenido

examen del procedimiento regulado en la Rule 23 FRCP, introduciéndolo en el debate español de *lege ferenda* acerca de nuevas e imaginativas soluciones para resolver los conflictos jurídicos en que intervienen masas de afectados, con el objetivo de adaptar los viejos esquemas individualistas a los nuevos tiempos, si bien respetando suficientemente las garantías individuales" (Bujosa Vadell, L., "El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América", en Revista Justicia 94, Nro. 1, 1994, p. 68).

[28.](#) Una "laguna" que determina la falta de plenitud del sistema, de acuerdo a la terminología de Ferrajoli. V. Ferrajoli, L., "El derecho como sistema de garantías", cit., p. 24. Ferrajoli señala que "(h)ay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [los derechos sociales] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como 'crisis de la capacidad regulativa del derecho'", id., p. 30.

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

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

[31.](#) V., por ejemplo, Mancuso, R. de C., *Ação Civil Pública*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1999, pp. 46-55; Leal, M. F. M., *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 1998, pp. 187-2000.

[32.](#) V., al respecto, Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, Cap. III.

[33.](#) Cabe destacar, sin embargo, la existencia de una fuerte tradición de defensa de derechos laborales y derechos vinculados con la seguridad social, fundamentalmente a partir del desarrollo de la abogacía sindical.

34. V. Gordon, R. W., "Nuevos desarrollos de la teoría jurídica", en Courtis, C., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, EUDEBA, Bs. As., 2000, pp. 333-336.

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