

**PRIMER BORRADOR
(NO CITAR) ABRIL 2007**

ESTUDIO PRELIMINAR

***LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y
CULTURALES***

Nicolás Espejo Yaksic

I. INTRODUCCIÓN.

¿Puede un juez ordenar al Estado la provisión de un tratamiento médico a favor de un enfermo que reclama la violación de su derecho a la salud? ¿Incurrir en violación del derecho a la educación un Estado que, por medio de una sentencia judicial debidamente ejecutoriada, decide no sancionar a un establecimiento educacional privado que rechaza la incorporación de una niña embarazada en sus aulas? ¿Puede un tribunal establecer la violación del derecho a la vivienda adecuada de un grupo de indigentes que espera por la implementación de un plan social de acceso a la vivienda? En fin, ¿incumple sus deberes un juez que, conociendo de una acción judicial de amparo, considera que el principio de separación de los poderes del Estado le impide pronunciarse sobre una materia que posee consecuencias patrimoniales sobre el Ejecutivo? El trabajo que sigue constituye un esfuerzo por intentar dar respuesta a este tipo de preguntas. En particular, este Manual Sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "DESC") busca acompañar a jueces de distintas jurisdicciones y competencias de la región en la identificación de tres elementos claves para la debida implementación de estos derechos. Más específicamente, el Manual tiene por objeto el alcanzar los siguientes tres fines:

En primer lugar, y conscientes del escepticismo político y jurídico que generan los DESC, el capítulo introductorio de este Manual provee de algunos elementos conceptuales generales sobre este tipo de derechos, haciéndose cargo de algunas de las principales críticas que se formulan en su contra. Esta introducción busca que el lector advierta como, a pesar de algunas diferencias evidentes, existe una similitud estructural entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos. Al mismo tiempo, el capítulo introductorio busca identificar algunos criterios fundamentales en torno a la justiciabilidad de los DESC, esto es, sobre la posibilidad de reclamar ante un órgano judicial o cuasi-judicial, el cumplimiento de algunas de las

obligaciones que se derivan de estos derechos.¹ En segundo lugar, el Manual aborda con precisión el denominado “contenido normativo” de cuatros DESC en particular: el derecho a la salud, a la vivienda, a la educación y al trabajo. Con este propósito en mente, dividimos la sección central de este Manual en cuatro capítulos específicos, explicando en cada uno de ellos, el conjunto de obligaciones legales específicas que los jueces debieran tener en cuenta en esta materia. Se busca, de esta manera, derribar el mito de que los DESC carecen de obligaciones legales específicas, generando la incorrecta impresión de que tales derechos no son derechos en un sentido estricto. En tercer lugar, el Manual intenta acompañar a jueces de la Región en su esfuerzo por conocer y comprender la forma en que parte de la jurisprudencia comparada e internacional ha buscado generar una interpretación razonable en torno a la cuestión de la justiciabilidad de los cuatro derechos recién identificados. De esta manera, y luego de identificar el contenido normativo básico de tales derechos, cada capítulo se estructura a continuación en torno a una selección guiada de fallos, observaciones generales y recomendaciones de diversos órganos judiciales y cuasi-judiciales referentes a los DESC.

II. LA CRÍTICA A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Resulta indispensable iniciar este trabajo con algunos comentarios en torno a las críticas que normalmente reciben los DESC. Debido a una serie de opiniones críticas bastante extendidas por la dogmática jurídica tradicional, los DESC exhibirían ciertas características y límites que los alejarían de un modo considerable de la estructura tradicional de los derechos humanos, particularmente de los derechos civiles y políticos (en adelante “DCP”). Aunque la doctrina ha identificado una serie de diferencias entre los DCP y los DESC², a continuación nos detendremos brevemente en tres aparentes contrastes entre estos derechos y que darían cuenta de la naturaleza jurídica *sui generis* de los derechos sociales.

1. Obligaciones Positivas vs. Obligaciones Negativas.

A diferencia de lo que ocurriría con los DCP, los DESC se caracterizarían por imponer a los estados el cumplimiento de una serie de obligaciones positivas o de hacer. En otras palabras, mientras derechos tales como el derecho a la vida, a

¹ Paul Hunt, *Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives*, Aldershot, Hants: Dartmouth, 1996, pp. 24-5.

² Scott identifica, sin suscribir, diferencias vinculadas al carácter positivo, presupuestario, progresivo, vago, complejo, ideológico, no-justiciable y programático de los DESC, versus el perfil negativo, no-presupuestario, inmediato, preciso, manejable, no-ideológico, justiciable y legal de los DCP. Craig Scott, “The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights”, en 27 *Osgoode Hall Law Journal*, No. 4, 1989, p. 833.

la propiedad o a la libertad de expresión parecieran establecer obligaciones negativas o de *no-hacer*, destinadas a evitar interferencias del Estado o de particulares en los ámbitos descritos, los DESC estarían orientados a buscar el cumplimiento de prestaciones económicas y sociales por parte del Estado. Sin embargo, algunos críticos han sostenido que los únicos derechos auténticos serían aquellos que se derivan de la idea de libertad negativa –ausencia de interferencia por parte de terceros, particularmente el Estado– y no de la idea de “libertad positiva” –referida a la autorrealización o autogobierno efectivo de los individuos.³ Pues bien, al ser derechos prestacionales, los críticos señalan que los DESC tendrían únicamente sentido al interior de un esquema de libertades positivas, quedando así, fuera de la categoría de derechos propiamente tales.⁴

En nuestra opinión, la crítica recién identificada es incorrecta, tanto de una perspectiva descriptiva como prescriptiva.

En primer lugar, y desde un punto de vista *descriptivo*, esta primer crítica a los DESC da cuenta equivocadamente de los tipos de obligaciones asociadas a los derechos en general. Como señalan Holmes y Sunstein, los teóricos de los derechos –sean estos de derecha o izquierda– han tenido un acercamiento tradicionalmente ciego a los costos que los derechos conllevan. Sin embargo, una vez que advertimos los enormes costos asociados al reconocimiento e implementación efectiva de los derechos, inclusive el de propiedad, esta distinción comienza a desvirtuarse.⁵ En otras palabras, cuando un Estado se toma en serio el cumplimiento efectivo de un derecho civil y político como el del derecho a la vida, la libertad de expresión, el debido proceso, resulta fácil el advertir las fuertes consecuencias presupuestarias que siguen de los mismos.⁶ En otras palabras, y a pesar de lo que suele esgrimirse, los DCP también conllevan claras obligaciones de carácter positivo.⁷ Al mismo tiempo, a lo largo

³ Esta forma de “liberalismo conservador” es explicada y criticada en Santiago Nino, “Sobre los derechos sociales”, en M. Carbonell, J. A. Cruz Parceroy y R. Vázquez, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 137-143.

⁴ Para un feroz ataque en contra de la idea de justicia social y de los derechos sociales en cuanto garantías orientadas a obtener el cumplimiento de deberes positivos por parte del Estado, Friedrich A. Von Hayek, “Derecho, Legislación y Libertad”, en *El Espejismo de la Justicia Social*, Unión Editorial, Madrid, Vol. 2, 1979. Más específicamente en contra de los derechos sociales, David Kelley, *A Life of One's Own: Individual Rights and the Welfare State*, Cato Institute, Washington, D.C., 1998.

⁵ Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, New York, London, 1999, pp. 13-48/59-76.

⁶ En este sentido, Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid 2002, pp. 168-220 y; Tara Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano: Manual para la Presentación de Casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, 2003, pp. 37-45.

⁷ Estas obligaciones positivas son particularmente preponderantes en el lenguaje del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para una ilustrativa explicación de lo anterior, G. H. J. van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebutal of Some Traditional Views”, en P. Alston y K. Tomasevski (Eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, pp. 97-110.

de este Manual veremos como el cumplimiento efectivo de los DESC no se agota en el cumplimiento de obligaciones positivas sino que ellos también incluyen el respeto de una serie de obligaciones negativas.⁸ Tal y como lo indican obligaciones de respeto tales como las de “no impedir el acceso” a un derecho como la salud o la vivienda, o la de “no-discriminar” por razón del sexo o la raza en la provisión de algún derecho social, los DESC también importan la satisfacción de diversas obligaciones negativas o de abstención por parte del Estado.

En consecuencia, desde una perspectiva descriptiva resulta más adecuado sugerir que todos los derechos-sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales- generan un *continuo* o *espectro* de obligaciones negativas y positivas, que los Estados deben respetar, garantizar y satisfacer adecuadamente.⁹ Bajo esta perspectiva, la distinción entre obligaciones negativas y positivas se desplaza desde la discusión en torno a la distinta “naturaleza jurídica” de los DESC en relación a los DCP, hacia el reconocimiento de un evidente “énfasis” por las obligaciones positivas en el caso de los primeros y de obligaciones negativas en el caso de los segundos.

En segundo lugar, y desde una perspectiva *prescriptiva*, creemos que la crítica a los DESC fundada en el carácter meramente negativo de los derechos, desconoce algunos de los principios fundamentales del Estado Social Democrático de Derecho. Como es bien sabido, el ‘Estado Social’ y el reconocimiento asociado a los ‘derechos sociales’, representaron las respuestas en términos de modernización que, en una medida mas o menos comprensiva, todos los viejos Estados liberales proporcionaron frente a dos fenómenos fundamentales de la época contemporánea: la industrialización, con sus diferentes implicaciones económicas, sociales y políticas y la democratización de los procesos de decisión, por otra.¹⁰ Los derechos sociales, bajo esta perspectiva, surgen no como categorías conceptuales altamente abstractas e ideologizadas, sino, mas bien, como resolución política de problemas prácticos de dimensiones formidables -inseguridad y exclusión- y que, de no ser abordadas institucionalmente, corrían el riesgo de explotar. La cuestión, claro

⁸ La cuestión de la dimensión negativa de los DESC como parte de su objeto específico, no es pacífica. Entre nosotros, y aún cuando provee de razones fuertes para desestimar la crítica que niega el carácter de “derechos subjetivos fundamentales” de los DESC, Roberto Arango sugiere que el objeto de los DESC está exclusivamente constituido por “acciones positivas fácticas del Estado”. Siguiendo a Robert Alexy, Arango sostiene que sólo las acciones positivas fácticas (acciones materiales que se ordenan para posibilitar el cumplimiento de los derechos generales) pueden ser objeto de los derechos a la protección y la organización, mientras que las acciones negativas (omisiones) son objeto de la libertad general de acción o el derecho a la igualdad. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Prólogo de Robert Alexy, Universidad Nacional de Colombia, LEGIS, Bogotá, 2005, pp. 37-9/107-13.

⁹ Rolf Kühnemann, “A coherent approach to human rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 17, 1995, pp. 323-42; Kate O’Regan, “Introducing socio-economic rights”, en *Economic, Social and Cultural Rights in South Africa*, *ESR Review*, Vol. 1, No.4, 1999, pp. 71-2.

¹⁰ Antonio Baldassarre, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N. 20, Bogota, Colombia, 2001, p. 26.

esta, es que bajo la estructura tradicional del Estado social, los derechos sociales se consideran todavía como mandatos políticos o, con suerte, normas de efecto indirecto, mediato, que no llegan a adquirir el estatus de derechos subjetivos *stricto sensu*. Los derechos sociales, a diferencia de los civiles y políticos, son considerados bajo esta perspectiva como 'derechos condicionados', cuya exigibilidad jurisdiccional resulta supeditada a una previa interposición legislativa y administrativa. De este modo, la construcción del Estado social vino a profundizar, en lo referente a derechos sociales, el positivismo legalista afinado en la idea de un poder legislativo políticamente omnipotente que termina cediendo frente a intervenciones de tipo corporativo o residual y que deja a estos derechos expuestos a la comisión de delitos, la generación de daños ecológicos o el diseño de políticas asistenciales que resultan estigmatizar a la mujer, las minorías étnicas u otros grupos sociales.¹¹

No es este el lugar para discutir con la debida precisión aquello que ha venido en denominarse 'crisis del Estado de Bienestar' y cuya relación contingente con las ideas de Estado Social y derechos sociales resulta ser, a lo menos, fuerte. Con todo, lo que nos interesa señalar es lo siguiente: Aun cuando creamos que trabajo y producción no constituyen ya mas los puntos nodales de las estructuras sociales y de la transformación de la sociedad¹², incluso cuando pensemos que la creciente hibridización de lo social marca el fin de la 'sociedad de clases' y su reemplazo por estructuras de jerarquización que resultan ser entendidas mejor bajo el rotulo de 'estratificación social'¹³, lo cierto es que las condiciones de inseguridad, inestabilidad y exclusión económica, social, cultural y política que dieron lugar al Estado de Bienestar, siguen plenamente vigentes y, en muchos casos, agudizándose. En este sentido, son varios los argumentos que un Estado Social y Democrático de Derecho otorga a favor de la justificación de los DESC.¹⁴ Tales argumentos varían desde aquellos que resaltan el valor de la libertad más allá de una garantía formal desprovista de

¹¹ Gerardo Pisarello, 'El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, Mas Democracia', en V. Abramovich, M.J. Añón, C. Courtis, *Derechos Sociales: Instrucciones de uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, D.F., 2003, pp. 28-9 y; Nancy Fraser, 'After the Family Wage: A Postindustrial Thought Experiment', en Nancy Fraser, *Justice Interruptus: Critical Reflections on the 'Postsocialist' Condition*, Routledge, New York & London, 1997, pp. 41-66.

¹² J. Habermas, "The New Obscurity: The Crisis of the Welfare State and the Exhaustion of Utopian Energies", en J. Habermas, *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historians' Debate*, (Edited and translated by Shierry Weber Nicholzen), Polity Press, Cambridge, Oxford, 1989, pp. 48-70.

¹³ Jan Pakulski, 'Foundations of a Post-Class Analysis', en forthcoming Erik O. Wright (Ed.), *If Class is the Question, What is the Answer?: Six approaches to class analysis*, Cambridge University Press, Cambridge.

¹⁴ Nicolás Espejo Yaksic, "¿Quién debiera creer en los derechos económicos, sociales y culturales?", en Gutiérrez, Juan Carlos (Ed.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Programa de Cooperación Sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, México, 2005, pp. 27-40 y; Christian Courtis y Nicolás Espejo, "Por un contrato de cohesión social: algunos apuntes exploratorios", *Serie Políticas sociales*, CEPAL, Santiago de Chile, 2007 (en imprenta).

condiciones materiales mínimas¹⁵, pasando por aquellos que establecen una fuerte conexión entre los derechos sociales y los principios de auto-respeto¹⁶ y de igualdad de oportunidades¹⁷, hasta llegar a una defensa de los DESC como herramientas que habilitan a sectores tradicionalmente excluidos a participar en la deliberación pública.¹⁸

2. Obligaciones Vagas vs. Obligaciones Precisas.

Un segundo argumento utilizado por los críticos de los DESC podría ser formulado de la siguiente manera. A diferencia de lo que acontecería con los DCP, los DESC carecerían de un contenido normativo concreto. Es decir, los DESC se caracterizarían por establecer una serie de obligaciones vagas e imprecisas –expresadas en el lenguaje de los derechos– que siempre requerirían de un esfuerzo de precisión legislativa o administrativa posterior.¹⁹ Tal imprecisión normativa resultaría incompatible con la estructura básica de los derechos subjetivos fundamentales, derechos que requieren siempre de la identificación precisa de una obligación jurídica concreta.²⁰

¹⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 486.

¹⁶ F. I. Michelman, "Constitutional Welfare Rights and A Theory of Justice", en N. Daniels (Ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls's A Theory of Justice*, Stanford University Press, Stanford, California, 1989, pp. 319-46.

¹⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 256.

¹⁸ Roberto Gargarella, "Should deliberative democrats defend the judicial enforcement of social rights?" en *Deliberative Democracy and its Discontents*, Samantha Besson y Jose Luis Martí (Eds.), Ashgate Publishing Group, 2006, pp. 233-51.

¹⁹ Ariel A. Rojas Caballero, *Las garantías individuales en México*, México, Editorial Porrúa, 2002, pp.582-3. Aunque su objeto no es el de sugerir la total indeterminación normativa de los DESC, Audrey Chapman sugiere un acercamiento al contenido de los DESC basado en la identificación de distintas violaciones *per se* al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (lo que llama "violations approach"). Basándose en un acercamiento pragmático, Chapman sugiere que la cláusula de la realización progresiva del artículo 2(1) del Pacto es esencialmente ambigua y dificulta la determinación del contenido específico de las obligaciones y que, por consiguiente, es preferible fijar lo que los Estados no deben hacer, en vez de identificar lo que ellos deberían hacer. Este acercamiento categoriza las violaciones en tres categorías: a) violaciones que se derivan de acciones gubernamentales, de leyes y de políticas públicas; b) violaciones basadas en actos o políticas públicas que reflejen discriminación y; c) violaciones provenientes de la falta de implementación del contenido mínimo de los derechos. Audrey Chapman, "A 'violations approach' for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en *Human Rights Quarterly*, vol. 18, No. 1, 1996, pp. 23-66.

²⁰ Esta sería una consecuencia lógica derivada de la extendida tesis de la correlatividad entre derechos y obligaciones. En este sentido, por ejemplo, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo, 7ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 132; H.L.A. Hart, "Bentham on Legal Rights", en A.W.B. Simpson (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1973, p. 183 y; Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 170.

Desde nuestra perspectiva, y al igual que respecto al argumento recién revisado, la crítica al carácter vago e impreciso de los DESC no resulta del todo justificada. En primer lugar, y como es bien sabido, la vaguedad o “textura abierta” del lenguaje en general se acentúa en el caso de las reglas jurídicas. Al dirigirse a clases de personas o cosas y al estar concebidas para ser vigentes durante largos períodos, las reglas jurídicas –incluidas aquellas que reconocen derechos– resultan particularmente opacas.²¹ A su vez, esta vaguedad resulta particularmente aguda en aquellos “casos difíciles”, es decir, en aquellas circunstancias en que: a) existe más de una norma aplicable al caso; b) en que no existe ninguna norma aplicable; c) en que la aplicación de una norma podría resultar injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto o; d) en que existan buenas razones para modificar una decisión o interpretación anterior.²² Por tal razón, lejos de tratarse de una mera aplicación mecánica de su contenido formal, la definición del alcance, significado y valor específico de los derechos fundamentales –incluidos los DCP– siempre requiere de un complejo proceso de interpretación judicial que sobrepasa los enunciados formales de la ley.²³ En segundo lugar, si bien es cierto que los DESC han sufrido de un importante déficit en términos de su desarrollo normativo, interpretativo y dogmático²⁴, lo cierto es que no resulta sostenible afirmar que el contenido específico de los DESC es del todo indeterminado. Aún cuando la labor interpretativa de todo tribunal u órgano de supervisión internacional implica la ardua labor de dotar de contenido específico a derechos que suelen estar formulados de manera vaga y general, esto no implica el que no podamos reconocer diversas obligaciones concretas que se derivan de los DESC. Por ejemplo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece una serie de obligaciones específicas que podrían ser identificadas como: a) obligaciones sustantivas o correlativas a cada derecho en específico (donde cada Estado debe respetar, proteger, satisfacer y promover el derecho en cuestión); b) obligaciones genéricas o básicas relacionadas las disposiciones generales de los tratados (tales como las de adoptar medidas que progresivamente avancen en los niveles de satisfacción de los derechos o las de no discriminación) y; obligaciones procedimentales vinculadas con los procesos de supervisión del tratado en cuestión (como las de informar periódicamente).²⁵ Estas obligaciones generales, sumadas al sostenido

²¹ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 155-8.

²² Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, pp. 146-208

²³ Piénsese, entre otros aspectos, sobre el problema de la ponderación de derechos, la aplicación de derechos fundamentales a las relaciones entre particulares o los complejos debates en torno a la supremacía constitucional y el alcance de los derechos constitucionales. En este sentido, ver Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003 y; Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos: Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Prólogo de Francisco J. Laporta, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

²⁴ Martin Scheinin, “Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self-Executing Treaties”, en K. Drzewicki, C. Krause y A. Rosas (Eds.), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, Turku, 1994, pp. 73-87.

²⁵ Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, School of Human Rights Research Series, Volume 18, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2003, pp. 251-2. Aunque Sepúlveda sugiere esta

desarrollo interpretativos sobre el contenido específico de los DESC por parte de diversos tribunales nacionales²⁶, así como por la jurisprudencia y la doctrina internacionales²⁷, nos faculta para rechazar la afirmación de que los DESC sufren de un problema agudo de falta de determinación normativa.

A mayor abundamiento, podemos identificar las siguientes obligaciones genéricas que se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que se aplican a todo DESC:

2.1. Obligaciones Generales: Respetar, Proteger y Cumplir.

La estructura y definición general de las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento fue desarrollada originalmente por Asbjorn Eide con ocasión de su cargo como Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación.²⁸ Aunque otros autores han propuesto otras estructuras de obligaciones generales²⁹, lo cierto es que la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “el Comité DESC”), ha consolidado esta estructura tripartita de las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de los DESC.³⁰ Como señala el Comité DESC, estas obligaciones pueden ser entendidas de la siguiente manera:

clasificación en relación específica a las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Pacto DESC”), creemos que su análisis resulta ser plenamente ilustrativo del amplio set de obligaciones internacionales derivado de los DESC en general, salvo marcadas excepciones.

²⁶ Son de destacar en este sentido, las decisiones Sudafricanas sobre vivienda y salud adecuadas en casos como *Soobramoney v Minister of Health (Kwa-Zulu-Natal)*, Constitutional Court of South Africa CCT 32/97, 26 November 1997; *Grootboom v Oostenberg Municipality & Ors* [1999] ICHRL 173, 17 December 1999, High Court of South Africa, Cape of Good Hope Provincial Division y; *Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign (TAC) et al.* Constitutional Court of South Africa, CCT 8/02, 5 July 2002. Paralelamente, resulta instructiva en esta materia la jurisprudencia constitucional Colombiana de casos sobre el llamado “estado de cosas inconstitucionales” (Sentencia SU-559 de 1997) y sobre “mínimo vital” (entre otras, Sentencia SU-225 de 1998, T-850 de 2002 y T-680 de 2003). En esta materia, ver Mauricio García Villegas, “Derechos Sociales y Necesidades Políticas. La Eficacia Judicial de los Derechos Sociales en el Constitucionalismo Colombiano”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Varios Editores, Bogotá, 2001, pp. 455-83.

²⁷ Ver, en particular, la serie de Observaciones Generales y Conclusiones Finales sobre los informes presentados ante él, del Comité de DESC de Naciones Unidas, en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>

²⁸ Ver, en particular, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23.

²⁹ G. J. H van Hoof, por ejemplo, propone una estructura basada en las obligaciones de respetar, proteger, asegurar y promover los DESC. G. J. H. Van Hoof, *op. cit.*, nota 7, pp. 106-8.

³⁰ Comité DESC, Observación General N° 14: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E.C./12/2000/4, 11 de agosto de 2000; Observación General N° 15: *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E.C./12/2002/11, 20 de enero de 2003. Con anterioridad, el Comité había hecho uso de las

- a) Obligación de respetar. En términos generales, la obligación de *respetar* los DESC importa el cumplimiento de una obligación de carácter negativo por parte de cualquier órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, consistente en no lesionar directamente los derechos. Conforme a esta obligación, los Estados partes en el PIDESC se comprometen a no dañar los derechos establecidos en dicho instrumento, por ejemplo, a través de la abstención de ejecutar actos públicos que importen la privación de alguno de los derechos consagrados en el Pacto³¹ o de evitar actos de discriminación con relación al goce de cualquiera de los mismos.³² En otras palabras, por medio de la obligación de respeto, se espera que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute de los DESC.³³
- b) Obligación de proteger. La obligación de *proteger* los derechos, a su turno, se ordena hacia la realización de todas aquellas acciones positivas por parte del Estado y que tienen por objeto el prevenir el abuso de terceras personas en contra de los derechos de otros particulares.³⁴ En otras palabras, la obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas legislativas o de otra índole, destinadas a impedir que terceros -particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como

categorías obligacionales de respeto, garantía y realización. Ver, Observación General 12: El derecho a una alimentación adecuada, E.C/12/1999/5, 12 de mayo de 1999.

³¹ En este sentido, el Comité ha señalado respecto a los desahucios forzados que: “[...]el Comité considera que las instancias de desahucios forzados son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto y solo podrían justificarse en las circunstancias mas excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional”, Comité DESC, Observación general N° 4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1991/23, 13 de diciembre de 1991, Párr. 18.

³² La prohibición de ejecutar actos de discriminación -sea por medio de actos administrativos o leyes- es una de aquellas obligaciones negativas que rigen de modo inmediato para todos los Estados que han ratificado el PIDESC. Como ha señalado el Comité del PIDESC: “En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones de efecto inmediato[...] Una de ellas[...] consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación’...” Comité DESC, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, Párr. 1.

³³ Comité DESC, *Observación General N° 14*, Párr. 33 y; *Observación General N° 15*, Párr. 21.

³⁴ Como ha señalado Hadji Guisse, Relator Especial de Naciones Unidas para la Impunidad de Violaciones a los Derechos Humanos: “[...] las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser perpetuadas también por particulares. En la gran mayoría de los Estados, tales violaciones constituyen delitos perseguibles criminalmente o, en a lo menos alguna proporción, dan lugar a procesos destinados a establecer compensaciones civiles. Es deber del Estado planificar los medios legales correspondientes para reparar tales violaciones.” El Hadji Guisse, *Special Rapporteur*, U.N. ESCOR, Comm’n on Hum. Rts., Sub-Comm’n on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Second Interim Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations*, 48th Sess., Agenda Item 8, UN Doc. E/CN.4/sub.2/1996/15, 1996, p. 33.

quienes obren en su nombre- menoscaben en modo alguno el disfrute de un DESC.³⁵

- c) Obligación de Cumplir. Conforme a esta tercera obligación general, los Estados se comprometen a adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a los DESC.³⁶ Esta obligación, a su vez, se divide en tres obligaciones específicas: 1) Facilitar (que exige que los Estados Partes adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer los DESC); 2) Promover (que impone al Estado Parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca de los DESC) y; Garantizar (que implica el deber de hacer efectivos los DESC en aquellos casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos esos derechos con los medios a su disposición).³⁷

2.2. Obligaciones Inmediatas y Obligaciones Progresivas.

Como es bien sabido, algunos Estados suelen argumentar que a diferencia de lo que ocurriría con los DCP, las obligaciones internacionales en materia de DESC tendrían un carácter meramente progresivo.³⁸ En virtud de esta opinión generalizada, los DESC establecerían tan solo un conjunto de obligaciones de conducta, orientadas al progresivo logro de un estado de cosas socialmente conveniente. En otras palabras, los DESC se asimilarían mejor a la estructura y contenido de las políticas públicas o de los mandatos de optimización, pero no

³⁵ Comité DESC, Observación General N° 5, *Personas con discapacidad*, E/1995/22, 9 de diciembre de 1994, Párr. 11 y; *Observación General N° 15*, Párr. 23. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que: “Es pues claro que, en un principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalecidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado esta obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos[...] Un hecho ilícito que no resulte imputable directamente a un Estado[...] puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado[...] por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos en la Convención”, Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, Párr. 172.

³⁶ Comité DESC, *Observación General N° 14*, Párr. 33.

³⁷ Comité DESC, *Observación General N° 15*, Párrs. 25-29.

³⁸ En este sentido, por ejemplo, Artículo 2.1. PIDESC, “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976).

a la de los principios morales o constitucionales basados en criterios de justicia distributiva o compensatoria.³⁹

Pues bien, creemos que la reducción de la estructura y contenido de los DESC a meros mandatos de carácter progresivo, es incorrecta. En primer lugar, resulta falso sostener que solamente los DESC posean un carácter progresivo. Como lo demuestra la evolución de la jurisprudencia internacional en materia de DCP, el contenido de derechos tales como a la vida, a la libertad de expresión o al debido proceso, es tal vez uno de los ejemplos más evidentes del desarrollo progresivo de todos los derechos.⁴⁰ En segundo lugar, tampoco resulta adecuado sostener que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se limite a establecer un conjunto de obligaciones progresivas, sin un contenido actual o inmediato.⁴¹ Tal y como lo establecen los *Principios de Limburgo*:

“21. La obligación de ‘alcanzar de manera progresiva la total protección de los derechos’ insta a los Estados Partes a tomar pasos tan rápidos como sea posible dirigidos a la realización de los derechos. Bajo ninguna circunstancia podrá esto ser interpretado en el sentido de que el Estado pueda disuadir de manera indeterminada sus esfuerzos para asegurar su total realización. Por el contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar de manera inmediata a adoptar medidas para dar cumplimiento a sus obligaciones bajo el Pacto.

22. Algunas obligaciones del Pacto requerirán inmediata realización por parte de los Estados como la prohibición de discriminación contenida en el artículo 2(2) del Pacto.

23. La obligación de cumplimiento progresivo existe independientemente del incremento en recursos; requiere el uso efectivo de los recursos disponibles.

24. La realización progresiva podrá ser alcanzada no solo por el incremento de recursos, sino también mediante el desarrollo de recursos sociales necesarios para la realización por parte de todos de los derechos reconocidos en el Pacto.”⁴²

En consecuencia, el carácter progresivo de las normas establecidas en instrumentos internacionales tales como el PIDESC, no altera la naturaleza de las obligaciones legales de los Estados. Tales obligaciones requieren que algunas medidas se tomen de manera inmediata –tales como la obligación de adoptar medidas, no discriminar en la aplicación de las mismas o respetar el contenido mínimo o esencial de los derechos- y otras tan pronto sea posible. En el caso de las obligaciones progresivas, las medidas adoptadas por los Estados deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.⁴³ En virtud de este

³⁹ Sin adherir, Rodolfo Arango, *Op. Cit.*, pp. 341-6.

⁴⁰ Para un detallado análisis de esta evolución ver, entre otros, Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1994; G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM/Kluwer Law International, Third Edition, 1998 y; Cecilia Medina Quiroga, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2004.

⁴¹ Comité del PIDESC, *Observación General No. 3*, Párr. 9.

⁴² *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN/Document E/CN.4/1987/17, Principios 21-24.

⁴³ Comité del PIDESC, *Observación General No. 3*, Párr. 2.

último estándar, será siempre de carga de los propios Estados el acreditar un progreso notorio hacia la realización total de los derechos consagrados en el Pacto, sin poder justificar su inactividad en el carácter “meramente progresivo” de las obligaciones internacionales.⁴⁴ Finalmente, resulta importante resaltar la identificación de una obligación *a contrario sensu* que surge del carácter progresivo de los DESC: la prohibición de regresividad. En efecto, de la obligación de cumplimiento progresivo se deriva el deber de avanzar en los niveles de satisfacción de los DESC. Por tal razón las medidas regresivas en materia de DESC sólo se justifican si es que el Estado acredita que dichas restricciones han sido establecidas en atención a todos los derechos que el tratado consagra y en el contexto de una máxima utilización de los recursos disponibles.⁴⁵ Al mismo tiempo, toda medida de carácter regresivo, una vez que sea acreditada la excepcionalidad de su procedencia de acuerdo a la aplicación estricta de los criterios señalados, debe establecer paralelamente medios de compensación que tiendan a disminuir los impactos negativos que este tipo de decisiones públicas generan en la población más vulnerable de la sociedad.⁴⁶ En otras palabras, al constituir una limitación a los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos, las medidas de carácter regresivo requieren de una fuerte justificación de acuerdo a las disposiciones generales sobre restricciones y/o suspensiones a los derechos y a los principios que inspiran una sociedad democrática.⁴⁷

2.3. Obligaciones Inmediatas: Utilización del máximo de los recursos disponibles, respeto del contenido mínimo o esencial y obligación de no discriminar.

Una vez precisado el sentido y alcance del carácter progresivo de las obligaciones en materia de DESC, creemos necesario identificar algunas de las principales obligaciones de carácter inmediato que se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin perjuicio de una serie de

⁴⁴ *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* en *SIM Special No. 20*, 1998, Lineamiento N° 8.

⁴⁵ Comité del PIDESC, *Observación General No. 3*, Párr. 9.

⁴⁶ Como ha señalado el Comité del PIDESC: “Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás (...) a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás mas pertinentes durante tiempos de contracción económica. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto.” Comité DESC, *Observación General N° 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1991/23, 13 de diciembre de 1991, Párr. 11.

⁴⁷ Philip Alston and Gerard Quin, “The Nature and Scope of States Parties’ Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 2, 1987, pp. 192-205.

obligaciones especialmente consideradas para algunos derechos en concreto –y que revisaremos en capítulos posteriores- los Estados deben cumplir con los siguientes deberes:

a) Utilización del máximo de los recursos disponibles.

Como ya hemos indicado, las medidas destinadas a lograr el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales deben ser adoptadas hasta el máximo de los recursos disponibles.⁴⁸ Pues bien ¿Qué quiere decir la expresión “hasta el máximo de los recursos disponibles”? La expresión “recursos” no se refiere exclusivamente al gasto público o fiscal.⁴⁹ En otras palabras, las obligaciones derivadas del PIDESC exigen una interpretación amplia sobre la disponibilidad de recursos por parte de los Estados que incluya no solo el gasto público, sino que considere: a) recursos humanos, b) recursos tecnológicos, c) recursos informativos, d) recursos naturales y, e) recursos financieros.⁵⁰ Ejemplos de tales recursos podrían ser aquellos obtenidos mediante la cooperación internacional,⁵¹ la generación de espacios para que los individuos –sea a través de su participación directa en el mercado o por medio de organizaciones civiles- puedan contribuir al esfuerzo de satisfacer sus propias necesidades y las de la población en general y el establecimiento de un marco regulatorio legal y administrativo que permita al Estado considerar aquellos recursos sobre los que no posee un control directo y que le permita hacer efectivos niveles mínimos de redistribución.⁵² En consecuencia, la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles” requiere que los Estados intensifiquen la búsqueda y creación de todos aquellos medios –no solo financieros- que permitan cumplir con los estándares mínimos de protección. De lo contrario, la sola escasez de recursos no excusará al Estado –a priori- del cumplimiento de sus obligaciones internacionales.⁵³

⁴⁸ PIDESC, *Artículo 2 (1)*.

⁴⁹ De hecho, las discusiones seguidas durante los trabajos preparatorios del PIDESC, denotan que el término “recursos” fue utilizado en un sentido eminentemente amplio que excede, por mucho, el del solo gasto público o fiscal. Philip Alston and Gerard Quin, *op. cit.*, pp. 156-178.

⁵⁰ Robert E. Robertson, “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the ‘Maximum Available Resources’ to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, No. 4, 1994, pp. 704-713.

⁵¹ Comité del DESC, *Observación General No. 3*, Párrs. 13-14.

⁵² Danilo Turk, Relator Especial de Naciones Unidas, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Realization of Economic, Social and Cultural Rights; Second Progress Report*, UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Minorities, 43rd Sess., Prov. Agenda Item 8, Párr. 188, U.N. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/1991/17 (1991); Danilo Turk, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Final Report*, UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 44th Sess., Prov. Agenda, Párr. 192, U.N. Doc. No. E/E/CN.4/Sub.2/1992/16 (1992).

⁵³ Los Lineamientos de Maastricht establecen sobre la disponibilidad de recursos lo siguiente: “En muchos casos el cumplimiento de dichas obligaciones podrá ser alcanzado por la mayoría de los Estados con relativa facilidad, sin que tenga implicaciones significativas de recursos. En otros casos, sin embargo, la total realización de los derechos dependerá de la disponibilidad de

b) Obligación absoluta de respetar el *contenido esencial* o *mínimo* de los DESC.

El término “*contenido esencial*” hace referencia a aquel contenido básico sin el cual todo derecho pierde su significancia sustantiva como derecho humano.⁵⁴ En el contexto general de la escasez de recursos más o menos limitada que se presupone respecto de todo Estado, la noción de contenido esencial o mínimo viene a constituir un límite básico para la acción discrecional de este último. Conforme a esta visión, la obligación de respetar el contenido mínimo o esencial no busca que se garantice la plena satisfacción de los DESC. Por el contrario, esta obligación se orienta a impedir que los Estados permitan que una persona o un grupo de personas caigan por debajo de un nivel básico de vida que les permita reconocerse y ser reconocidas como personas dignas de igual consideración y respeto por los demás.⁵⁵ En otras palabras, la obligación de respetar el contenido mínimo o esencial de los DESC se basa en el reconocimiento de que no habría justificación para elevar una reclamación a la condición de un derecho -con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene- si su contenido normativo puede ser tan indeterminado que permita la posibilidad de que quienes lo ostentan, no posean ningún derecho particular a nada.⁵⁶

En este sentido se ha pronunciado el Comité DESC al señalar que:

“el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que el número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de

recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, como ha quedado establecido en los Principios de Limburgo 25-28, y confirmado por la jurisprudencia en desarrollo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no libera al Estado de ciertas obligaciones mínimas en relación con la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales.” *Lineamientos de Maastricht*, Lineamiento No. 10.

⁵⁴ Fons Coomans, “Clarifying the Core Elements of the Right to Education”, en *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, SIM Special No. 18, 1995, p. 17.

⁵⁵ Esta idea ha sido desarrollada por las jurisdicciones constitucionales como la Alemana y la Colombiana por medio de la denominada “tesis del mínimo vital”. Para una explicación y justificación moral del mínimo vital ver, Rodolfo Arango, “*Derechos, constitucionalismo y democracia*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 195-6 y; R. Arango, *op. Cit*, nota N° 8, pp. 212-36.

⁵⁶ Philip Alston, “Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, pp. 352-353. Este mismo sentido adoptan los Principios de Limburgo (Principio No. 56) y los Lineamientos de Maastricht (Lineamiento 9).

tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser.”⁵⁷

Como veremos a lo largo de este Manual, no son pocos los desafíos que los Estados –particularmente aquellos más pobres- deben enfrentar para satisfacer las condiciones básicas de justicia respecto de las personas sujetas a su jurisdicción. Al mismo tiempo, no resulta fácil identificar de manera objetiva los denominados contenidos mínimos o esenciales de cada DESC. Con todo, tales desafíos no deben ser vistos como límites insuperables para una debida implementación de obligaciones mínimas que, por medio de una amplia gama de medidas internas y de la cooperación internacional, permitan a los Estados establecer un umbral de decencia básico para las personas sujetas a su jurisdicción.

c) Obligación de no discriminar en el ejercicio de los DESC.

La obligación general de no discriminación constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a todo derecho, sea este civil, político, económico, social o cultural.⁵⁸ En cuanto tal, la obligación de no discriminar en el ejercicio de los derechos humanos importa la prohibición de establecer distinciones arbitrarias basadas en criterios tales como raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional, origen social, posición económica, nacimiento, y cualquier otra condición social.⁵⁹ En particular, las obligaciones en materia de DESC deben ser adoptadas de manera tal de evitar aquellos factores que influyen negativamente en la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de tales derechos.⁶⁰ Como lo ha señalado el Comité DESC:

⁵⁷ Comité de DESC, *Comentario General No. 3*, Párr. 10. Ver, adicionalmente, Comité DESC, *Statement to the World Conference on Human Rights on behalf of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.5, Annex I, Párr. 16 y; *General Discussion on the Right to Health*, UN Doc. E/C.12/1993/11, Párr. 5.

⁵⁸ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Caso Broeks vs. Reino de los Países Bajos*, CCPR/C/29/D/172/1984; *Caso Zwaan de Vries vs. Reino de los Países Bajos*, CCPR/C/29/D/182/1984 y; *Observación General No. 18, No Discriminación*, HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1º de noviembre de 1989.

⁵⁹ Para un análisis de estas categorías ver, Patricia Palacios Zuloaga, *La no discriminación: Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, LOM Ediciones Ltda., Santiago de Chile, 2006, pp. 76-81.

⁶⁰ En este sentido, ver las opiniones del Comité DESC sobre las dimensiones de discriminación que afectan a las mujeres en el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada, a la alimentación adecuada, a la educación, al más alto nivel posible de salud y al agua. Comité DESC, *Observación general N° 4 (1991): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, Párr.6; *Observación general N° 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): el desahucio* (Párr. 10); *Observación general N° 12 (1999): El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*, Párr. 26; *Observación general N° 11 (1999): Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto)*, Párr. 3; *Observación general N° 13 (1999): El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, Párrs. 6 b), Párrs. 31 y 32; *Observación general N° 11 (1999): Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto)*, Párr. 3; *Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)*,

“El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto *de facto* como *de jure*. La igualdad *de jure* (o formal) y *de facto* (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos.”⁶¹

En virtud estas consideraciones, resulta necesario contemplar una interpretación particular de las obligaciones generales de respeto, protección y cumplimiento ya indicadas con anterioridad. Así, por ejemplo, la obligación de respetar los DESC importará que los Estados tengan en cuenta “la manera en que la aplicación de normas y principios jurídicos aparentemente neutrales en lo que se refiere al género tenga un efecto negativo en la capacidad del hombre y la mujer para disfrutar de sus derechos humanos en pie de igualdad”.⁶² A su vez, la obligación de proteger los DESC exigirá que los Estados “tomen disposiciones encaminadas directamente a la eliminación de los prejuicios, las costumbres y todas las demás prácticas que perpetúan la noción de inferioridad o superioridad de uno u otro sexo y las funciones estereotipadas del hombre y la mujer.”⁶³ Finalmente, la obligación de cumplir con los DESC importará la adopción de medidas destinadas a que, en la práctica, hombre y mujeres disfruten de sus DESC en pie de igualdad.⁶⁴ En opinión del Comité DESC, tales medidas deben comprender:

- Hacer accesibles y asequibles los remedios apropiados, como la indemnización, la reparación, la restitución, la rehabilitación, garantías de enmienda, declaraciones, excusas públicas, programas educativos y de prevención.
- Establecer cauces adecuados para la reparación, tales como tribunales o mecanismos administrativos a los que todos tengan acceso en pie de igualdad, sobre todo los hombres y mujeres más pobres, desfavorecidos y marginados.
- Crear mecanismos de control con objeto de que la aplicación de normas y principios orientados a promover el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los hombres y las mujeres en condiciones de igualdad no tenga efectos perjudiciales no deseados en individuos o grupos desfavorecidos o marginados y, en especial, sobre mujeres y niñas.
- Elaborar y poner en práctica políticas y programas para el ejercicio a largo plazo de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de hombres y mujeres en pie de igualdad. Pueden incluirse en este apartado la adopción de medidas especiales provisionales a fin de acelerar el disfrute en pie de igualdad por parte

párrs. 18 a 22; Observación general N° 15 (2002): *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, párrs. 13 y 14.

⁶¹ Comité DESC, Observación General N° 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, Párr. 7.

⁶² *Ibid.*, Párr. 18.

⁶³ *Ibid.*, Párr. 19.

⁶⁴ *Ibid.*, Párr. 20.

de las mujeres, el análisis de los progresos realizados en la aplicación de normas sobre la igualdad de géneros y la asignación de recursos fundada en consideraciones de género.

- Poner en práctica programas de educación y formación en materia de derechos humanos para jueces y funcionarios públicos.
- Poner en práctica programas de concienciación y capacitación sobre la igualdad, destinados a los trabajadores que se dedican a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel de base.
- Integrar en la enseñanza académica y extraacadémica el principio de la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y promover la igualdad de participación del hombre y la mujer, así como de niños y niñas, en los programas de educación escolar y de otra índole.
- Promover la igualdad de representación del hombre y la mujer en la administración pública y en los órganos decisorios.
- Promover la igualdad de participación del hombre y la mujer en la planificación del desarrollo y la adopción de decisiones, así como en los beneficios del desarrollo y en todos los programas orientados al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.⁶⁵

3. Derechos Justiciables vs. Derechos No-Justiciables.

Un tercer y final argumento que suelen esgrimir los críticos de los DESC es el referido a su supuesto carácter no-justiciable. En efecto, para algunos autores los DESC tendrían un defecto insalvable: ellos carecerían de la posibilidad de ser reclamados ante un órgano judicial o cuasi-judicial. Tal limitación, inexistente en el caso de derechos como el derecho al debido proceso, a la integridad personal o a la no-discriminación, desvirtuaría el carácter de derecho subjetivo a los que aspiran los DESC.⁶⁶

Si bien este tercer argumento crítico en contra de los DESC será sistemáticamente revisado a lo largo de este Manual, consideramos pertinente formular algunas observaciones previas sobre el mismo.

En primer lugar, resulta incorrecta sugerir la imposibilidad de hacer justiciables al menos algunas de las obligaciones derivadas de los DESC. Tal y como veremos en los siguientes capítulos, casi todos los elementos normativos de derechos tales como el derecho a la vivienda adecuada o al más alto nivel de

⁶⁵ *Ibid.*, Párr. 21. Ver, en un sentido similar, *Principios de Montreal sobre los derechos económicos, sociales y culturales de la mujer*, en http://www.equalityrights.org/cera/docs/Spanish_Version_Final.doc.

⁶⁶ J. M. Barbalet, *Citizenship, Rights, Struggle and Class Inequality*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1988 y; Danilo Zolo, "La strategia della cittadinanza", en *La cittadinanza La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, D. Zolo (ed), Bari, Laterza, 1994, pp. 3-46.

salud posible son susceptibles de revisión judicial.⁶⁷ En otras palabras, 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.⁶⁸

En segundo lugar, incluso si asumiéramos la inexistencia de recursos judiciales o cuasi-judiciales idóneos para reclamar la violación de un DESC, sería un error el elevar la facultad de demandar a una característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo. La característica de la *posición jurídica* – elemento esencial del concepto de derecho subjetivo– no debe ser confundida con la del *poder jurídico*. Tal y como señala Arango: “La suposición de que la exigibilidad judicial es una característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo no distingue entre enunciados sobre derechos y enunciados sobre la protección de los derechos. *Tener* un derecho es condición de su exigibilidad.”⁶⁹ En otras palabras, de la supuesta inexistencia de instrumentos procesales idóneos para reclamar el cumplimiento de los DESC no se sigue la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos.⁷⁰

En tercer lugar, es importante evitar la reducción de la categoría de justiciabilidad a la existencia de recursos judicial en sentido estricto. Tal y como lo ha establecido el Comité DESC, el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto.⁷¹ Consecuentemente, la amplia gama de posibilidades procesales de justiciabilidad de los DESC no debe ser equiparada con los recursos judiciales clásicos, tales como el amparo de derechos constitucionales. Por el contrario, los recursos a disposición de una víctima de la violación de algún DESC no se

⁶⁷ Ver, respectivamente, Scott Leckie, *The Justiciability of Housing Rights*, en *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, SIM Special No. 18, pp. 35-76 y; Danie Brand and Christof Heyns (editors), *Socio-Economic Rights in South Africa*, Pretoria University Law Press, Cape Town, 2005, pp. 107-51. Esto, claro está, es independiente de la posibilidad de hacer justiciables los DESC por vías indirectas, tales como el reclamo de la violación de derechos civiles y políticos como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley o el debido proceso. Para una descripción de estrategias indirectas de justiciabilidad de los DESC ver, Christian Curtis, "Estrategias de utilización de acciones de interés público en defensa de derechos económicos, sociales y culturales" en *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales No. 9, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Octubre 1999, pp. 95-126.

⁶⁸ Comité DESC, Observación General N° 9: *La aplicación interna del Pacto*, E.C/12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, Párr. 10.

⁶⁹ Rodolfo Arango, *op. Cit.*, nota N° 8, p. 17 y; Robert Alexy, *op. Cit.*, nota 15, p. 166.

⁷⁰ Christian Curtis y Victor Abramovich, *op. Cit.*, nota N° 6, p. 40 y; Michael Addo, "The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights", en *Common-Wealth Law Bulletin*, October, 1988, p. 1425.

⁷¹ Comité del DESC, *Observación General N° 9*, Párr. 9.

definen por su naturaleza procesal, sino por su idoneidad y efectividad en el caso concreto.

Finalmente, es importante evitar un acercamiento al problema de la justiciabilidad de los DESC que desconozca la inevitable complementariedad de las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, al interior de un sistema democrático. Como bien sabemos, una de las objeciones más importantes en contra de los DESC es que ellos conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del Poder Legislativo o Ejecutivo a la del Poder Judicial.⁷² Aunque esta es una objeción sugerente en contra del carácter justiciable de los DESC, creemos que no constituye un argumento insalvable. De un lado, ya hemos visto como la debida interpretación de *todo* derecho humano, incluso un derecho civil y político, implica el cumplimiento de obligaciones positivas -en algunos casos, presupuestarias- que pesan sobre el Gobierno. En estos casos, los críticos difícilmente sostendrán que los jueces carecen de competencia para pronunciarse sobre el contenido de tales derechos, a pesar de sus consecuencias en los otros poderes del Estado. De otro lado, resulta importante comprender que la actividad jurisdiccional en materia de DESC no es equivalente a "activismo judicial". Como lo demuestra un estudio más detenido de la dogmática y de la jurisprudencia internacional y comparada, los jueces tienen a su alcance un amplio abanico de posibilidades de intervención en materia de DESC. Estas formas de intervención judicial van desde: 1) la mera declaración judicial de la violación de un DESC; 2) pasando por sentencias declarativas que solicitan el Estado la adopción de medidas: a) sin especificar cómo y sin fijar un plazo determinado, b) sin especificar cómo, pero obligando a actuar dentro de un plazo determinado; 3) a declarar la violación de un DESC, identificando las medidas específicas que deben ser adoptadas y dentro de qué plazo determinado.⁷³ En otras palabras, del principio de separación de los poderes del Estado no debe deducirse una lectura de las funciones judiciales que resulte incompatible con el imperio del Derecho.⁷⁴

⁷² Esta objeción es identificada por Alexy como el argumento *formal* en contra de los derechos sociales fundamentales. Robert Alexy, "Derechos sociales fundamentales", en M. Carbonell, J. A. Cruz Parceró y R. Vázquez, *op. Cit.*, nota N° 3, p. 74.

⁷³ Cecile Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 148. Ver, adicionalmente, Gerardo Pisarello, "Los derechos sociales en el Constitucionalismo Moderno: Por una articulación compleja de las relaciones entre Política y Derecho", en M. Carbonell, J. A. Cruz Parceró y R. Vázquez, *op. Cit.*, nota N° 3, pp. 111-135 y; Cass R. Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR'S Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, Basic Books, New York, 2004.

⁷⁴ Como ha señalado el Comité DESC: "Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos." Comité del PIDESC, *Observación General 9*, Párr. 14.