

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA DENUNCIA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Víctor E. ABRAMOVICH COSARIN*

* Argentino, Abogado, Profesor de Derecho del Trabajo, en el Centro de Posgrado de la Universidad de Palermo, Docente a cargo de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Co-fundador e integrante de la Revista Crítica de Derecho Social, Abogado Externo del centro de Estudios Legales y Sociales CELS.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA DENUNCIA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

Víctor E. ABRAMOVICH COSARIN

Los derechos económicos, sociales y culturales no han sido materia habitual de denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos². El tiempo de las dictaduras militares, con su secuela de tormentos, muertes y desapariciones forzadas, entre otras gravísimas vulneraciones de derechos fundamentales, ha demandado prioritariamente la utilización del sistema de petición individual para el tratamiento de casos vinculados a la violación de derechos civiles y políticos.

Nadie podría afirmar que aquel tiempo sombrío ha sido definitivamente superado. Sin embargo, es evidente que la consagración de regímenes democráticos en la mayoría de los países americanos, es un signo claro de progreso. Paradójicamente, la prolongación de la crisis económica, el

1 Este trabajo fue elaborado en pos de la obtención del certificado académico del XV *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos Fernando Volio Jimenez*, dictado del 16 al 27 de junio de 1997 en San José de Costa Rica. En este curso, dedicado por el IIDH a la memoria del ilustre jurista, se propuso como una de las temáticas centrales de estudio el problema de la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales. En esta presentación se ha intentado volcar algunas de las enseñanzas recibidas y en particular las experiencias obtenidas en los enriquecedores talleres de trabajo.

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH.

aumento del desempleo, la precarización de las condiciones de trabajo, el desmantelamiento de los ya pobres sistemas de seguridad social, el deterioro de los servicios públicos esenciales, como la salud y la educación, y los indicadores que dan cuenta de una creciente exclusión social, son un llamado de alerta para aquellos que procuran defender la estabilidad de los sistemas políticos democráticos que tanto esfuerzo costó conquistar. Nunca como ahora se ha puesto de manifiesto con mayor claridad en la región, el sentido concreto de la noción de interdependencia entre los derechos humanos, ya consagrada sabiamente en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ al reafirmar los Estados signatarios su “propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

De acuerdo con la Convención y el Reglamento de la CIDH, cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la Organización de Estados Americanos, puede acceder a la CIDH con peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de derechos protegidos en la Declaración o en la Convención Americana.⁴ Más allá de la amplitud de la fórmula, es sabido que los derechos económicos, sociales y culturales no integran el elenco de derechos fundamentales consagrados por la Convención.

En este contexto político y legal, procuraremos analizar algunas vías posibles para acceder ante la CIDH, mediante el procedimiento de denuncias o peticiones individuales, en casos vinculados directa o indirectamente con la violación de aquellos derechos.

El análisis se concentrará en el derecho invocable en la petición individual sin considerar las cuestiones vinculadas al resto de los requisitos de admisibilidad. En primer lugar se expondrán los presupuestos teóricos de la formulación de las diferentes vías de acceso, y luego se analizarán cada una de éstas en particular. El trabajo no pretende agotar las posibles formas de acceso ante la CIDH en esta materia, sino brindar tan sólo algunas estrategias que ya han sido exploradas con éxito en otros sistemas de protección de los derechos humanos.

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en adelante la Convención.

4 Art.44 de la Convención y art. 26.1 del Reglamento de la CIDH.

I. ALGUNOS PRESUPUESTOS COMUNES A LAS DIVERSAS VÍAS PARA PLANTEAR VIOLACIONES DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ANTE LA CIDH

Existen algunos presupuestos comunes a las diversas estrategias que se pretenden desarrollar en este trabajo: a) Los derechos humanos no resultan por su naturaleza más o menos justiciables, sino que a cada derecho corresponden más o menos obligaciones justiciables; b) Existen niveles de obligaciones estatales comunes a todos los derechos humanos, y no un tipo particular de obligación estatal que corresponda a una determinada categoría de derechos; c) No existe diferencia en la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, pues se trata sólo de categorías históricas; d) La frontera entre una y otra categoría de derechos tiende a ser cada vez más difusa.

Aun cuando excede el objetivo planteado en este trabajo, procuraremos fundamentar brevemente estas afirmaciones, en tanto actuarán como marco de sentido a los diversos caminos propuestos para el planteo de casos ante el sistema interamericano.⁵

Se ha sostenido que la historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos.⁶ Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho⁷. Si un Estado cumple habitualmente con satisfacer

5 Para un desarrollo más extenso de estas cuestiones y su proyección sobre la aplicación de estos derechos por los tribunales locales, ver Abramovich, V. y Courtis, C., "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Abregú, M. y Courtis, C. (compiladores): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto-CELS, Bs. As., 1997, pag. 283/350.

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

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

determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (por ejemplo, si desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho (ej. del derecho a una alimentación adecuada y a estar protegido contra el hambre -art. 11.1 y 11.2, PIDESC) como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en el caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si -al menos en alguna medida- el titular/acrededor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho.⁸

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales y es este quizá el principal déficit del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos internacionales encargados de la aplicación de los tratados y en los escasos aportes doctrinarios.

8 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*, México (1994), pags. 142-143). En nuestros días, y en sentido similar, Ferrajoli afirma que "(e)l segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión" (Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Madrid (1995), p. 917)

Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten de diferenciar la naturaleza de estos derechos, con la de los derechos civiles y políticos. Uno de los argumentos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en el supuesto carácter de obligaciones negativas del primer género de derechos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deben solventarse con recursos del erario público.⁹ De acuerdo a esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, a sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen.¹⁰

9 V. Hayek, F. v., *Law, Legislation and Liberty*, Londres (1976), vol. 2, cap. 9.

10 Otro intento de diferenciación consiste en vincular un tipo específico de obligación de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. Así, para algunos autores, mientras que a los derechos civiles y políticos corresponden obligaciones de resultado, a los derechos económicos, sociales y culturales corresponden tan sólo obligaciones de conducta. La diferencia tiene efectos concretos al momento de juzgar si un Estado ha violado un Tratado. En materia de derechos civiles se sostiene, la actividad del Estado contraria al deber de abstención produce la violación. La responsabilidad del Estado emana de resultados, sin que existan condiciones necesarias que supediten el cumplimiento de las normas en el Pacto respectivo. La violación sólo depende de la voluntad del Estado. Las obligaciones respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, por el contrario, son principalmente de comportamiento. Como sostiene Garretón Merino con cita de Nikken: "Su realización no depende de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual sólo puede alcanzarse progresivamente". La violación, por lo tanto, no emana de un acto sino de una omisión, muchas veces condicionada a la existencia de recursos que permitan la satisfacción de estos derechos, por lo que para establecer que un Estado los ha violado no basta con comprobar que no se está gozando "sino que el comportamiento del poder público, en orden a alcanzar este fin, no se ha adecuado a los standards

Para otros autores, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición de la noción de Estado moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a "naturalizar" esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales¹¹. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que se los denomina «derechos-prestación»¹². Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir

técnicos apropiados" (Garretón Merino, R., "La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales", en Estudios Básicos de Derechos Humanos V, San José (1996), p. 59. Lo citado en cursiva, Nikken, Pedro: "El concepto de derechos humanos", en Estudios Básicos de Derechos Humanos I, San José (1994). Ver Eide, A., "Future Protection of Economic and Social Rights in Europe" en Bloed, A. et. al. (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht, Boston, Londres (1993), p. 187-219. En contra, Van Hoff, G., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds), *The Right to Food*, Utrecht (1984), pp. 97-110; Alston, P., "No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant", en Eide, A. y Helgesen, J. (eds), *The Future of Human Rights Protección in a Changing World*, (1991). Como veremos, más allá de la posibilidad de sostener la distinción, ella resulta poco relevante para distinguir derechos civiles y políticos de derechos económicos, sociales y culturales.

- 11 Cfr. Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid (1994) p. 21 : "No existen, en resumen, obligaciones "negativas" puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos".
- 12 Cfr. Contreras Peláez, F., cit., p.17-20 ; De Castro, B., "Los derechos sociales: análisis sistemático", en AAVV, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia (1981), p. 15-17.

el patrimonio cultural. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos. Así, por ejemplo, Contreras Peláez, haciéndose cargo de la imposibilidad de distinción tajante entre ambos tipos de derechos, afirma que "(p)ara los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho ; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho."¹³

Es aún posible señalar otro tipo de dificultad conceptual que hace difícil distinguir radicalmente entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro, marcando las limitaciones de estas diferenciaciones y reafirmando la necesidad de un tratamiento teórico y práctico común en lo sustancial. La concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados "derechos-autonomía" o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados "civiles y políticos" han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más clásico al respecto, aunque no el único.¹⁴ Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa, ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad. En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos¹⁵. Desde el ángulo inverso, la tradicional calificación de los derechos

13 Contreras Peláez, F., cit. p. 21.

14 V. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 21.1: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*" (el destacado es nuestro).

15 Cfr. Ewald, F., *L'Etat Providence*, Paris (1985), Libro IV.2.

de sindicalización y huelga como derechos sociales también ha generado dificultades teóricas, ya que la distinción obligación negativa/obligación positiva resulta infértil al respecto. Algunos autores consideran que se trata de casos especiales de derechos civiles y políticos, y otros explican su adscripción al catálogo de derechos económicos, sociales y culturales a partir de argumentos históricos, reconociendo que no pueden ser caracterizados esencialmente como derechos que generen obligaciones positivas al Estado. Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, por ser claramente posibles de ser caracterizados a través de obligaciones negativas del Estado, queden enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda¹⁶. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria.

16 Aun en este caso es posible señalar obligaciones negativas. De acuerdo a Van Hoof, el Estado violaría el derecho a la vivienda si admitiera que las viviendas modestas pertenecientes a personas de bajos recursos fueran demolidas y reemplazadas por viviendas de lujo que estuvieran fuera del alcance económico de los habitantes originales, sin ofrecerles acceso a viviendas alternativas en términos razonables. V. Van Hoof, G., cit., p. 99. Con más razón, el Estado debe abstenerse de realizar por sí mismo el desplazamiento en dichas condiciones. El ejemplo dista de ser teórico: cfr. las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre el informe presentado por la República Dominicana (UN Doc. E/C.12/1994/15), puntos 11, 19 y 20 (citado por Steiner, H. y Alston, P., *International Human Rights in Context*, Oxford (1996), ps. 321-321).

En línea con lo dicho, Van Hoof propone un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de “niveles” de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo a su propuesta, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones: una obligación de *respetar*, una obligación de *proteger*, una obligación de *garantizar* y una obligación de *promover* el derecho en cuestión¹⁷. Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones negativas/ obligaciones positivas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de proteger, asegurar y promover parecen envolver un mayor activismo estatal, y por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta. Este marco teórico, entiende Van Hoof, refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales pues estos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos. Bajo el impacto de un proceso de marcada interdependencia¹⁸ entre ambas categorías de derechos, ellos requieren de los Estados en determinadas ocasiones obligaciones de garantizar y en otras obligaciones de promover. Por ejemplo, señala Van Hoof, la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse -mediante la

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

18 En el campo del derecho internacional, “(1)a interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los económicos, sociales y culturales ha sido siempre parte de la doctrina de las Naciones Unidas” (Steiner, H. y Alston. P., cit., p. 263). Se menciona con frecuencia el discurso del presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt en su mensaje de 1944 al Congreso como pionero de la noción de interdependencia: “Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres.” (Roosevelt, F.D., Decimoprimer mensaje anual al Congreso de los EEUU, 11 de enero de 1944, citado en Steiner, H. y Alston. P., cit., p. 258). Desde el campo de la filosofía del derecho, se afirma que “la libertad *jurídica* para hacer u omitir algo sin la libertad *fáctica* (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido carece de todo valor” y que “bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un “ámbito vital dominado por ellos”, sino que depende esencialmente de actividades estatales” (Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid (1993), págs. 486-487).

protección policial-, y del pluralismo de la prensa y de los medios de comunicación en general. Paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar ni de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado.

El autor ilustra el modelo de las cuatro obligaciones en relación al derecho a la alimentación adecuada (arts. 11.1. y 11.2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC). Así, sostiene que la obligación de *respetar* el derecho a una alimentación adecuada, implica que el Estado no debe expropiar tierras a aquella población para la cual el acceso a ese recurso constituye la única o principal forma de asegurar su alimentación, salvo que se adopten medidas alternativas apropiadas.

La obligación estatal de *proteger* el derecho incluye el deber de prevenir que las personas resulten de una u otra manera privadas de sus recursos básicos para satisfacer sus necesidades de alimentación, por otras personas, por ejemplo grupos económicos dominantes, en aspectos diversos como acceso a la tierra, al agua, al mercado, al trabajo.

La obligación de *garantizar* el derecho a la alimentación requiere que el Estado adopte medidas en el caso de que algunos miembros de su población acrediten que resultan incapaces de proveerse a sí mismos alimentos en suficiente cantidad y calidad, por ejemplo en casos de emergencia en los cuales el Estado debe agotar hasta el máximo de sus recursos para satisfacer las necesidades alimentarias. La obligación de garantizar el derecho puede cumplirse por ejemplo recurriendo a la ayuda internacional para adquirir mayores recursos (art. 11.2, PIDESC) o implementando una reforma agraria en orden a mejorar la producción y distribución de los alimentos. Señala el autor que es difícil anticipar en abstracto qué medidas debe adoptar en cada situación un Estado para satisfacer adecuadamente su obligación de garantizar el derecho, pero lo cierto es que el Estado habrá violado claramente el precepto cuando en una situación de escasez de alimentos se limite a no hacer nada.

La cuestión de los medios a adoptar por el Estado es trasladable a la obligación de *promover* el derecho a la alimentación, pues se trata de medidas de largo alcance que en algunos casos podrían consistir, sostiene Van Hoof, en la implementación de programas de adiestramiento de los

campesinos con el objeto de mejorar los métodos de producción y la productividad del sector agrícola.¹⁹

Como puede apreciarse, además de la aplicación que hace Van Hoof de este esquema al derecho a la alimentación, el cuadro es perfectamente aplicable a todo el espectro de derechos, sean éstos clasificados como derechos civiles y políticos, sean clasificados como derechos económicos, sociales y culturales.

El debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos exigibles. De acuerdo a tal objeción, la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia "juridicidad" de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de

19 V. Van Hoof, G., cit., p. 99. Al proponer una tipología similar de las obligaciones estatales, Eide sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa su provisión provocará indefectiblemente un desproporcionado crecimiento del aparato estatal. Entiende que es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social tal como lo establece el art. 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo -Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986- y que por lo tanto en un primer nivel en relación a los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra la obligación del estado de *respetar* la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo -o de colectividades como los indígenas- en pos de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. En un segundo nivel existe una obligación estatal de proteger esa libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros. Esta función de tutela es la más importante que ejerce el estado en relación a los derechos económicos, sociales y culturales y es similar al rol que cumple como protector de los derechos civiles y políticos. En un tercer nivel existe una obligación de asistencia que puede asumir formas diversas, por 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 enfocamos las obligaciones estatales en relaciones a los derechos económicos, sociales y culturales sólo en el tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas a los derechos civiles y políticos sólo en el primer nivel (respeto). Ver Eide, A., "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights" en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, Londres (1995), págs. 21-49, en especial págs. 36-38.

éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. Esta subordinación, denominada “condicionante económico”, relativizaría la universalidad de estos derechos, condenándolos a ser considerados “derechos de segunda categoría.”²⁰

Cabe repetir que esta objeción parte de la consideración simplista de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta²¹. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de judiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas.

En opinión de Scheinin²² existen razones falsas y verdaderas que contribuyen a frenar el desarrollo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre las razones falsas señala a las concepciones que atribuyen la no justiciabilidad como disvalor inherente a la naturaleza de esta categoría de derechos. Entre las razones verdaderas menciona la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debido principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación.

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

21 Cfr., en el mismo sentido, la opinión de Alexy, que aboga por una concepción amplia de las obligaciones positivas del Estado, o bien, de acuerdo a su denominación, “derechos a acciones positivas del Estado”. Estos incluirían los derechos de protección, los derechos a la organización y al procedimiento (que a su vez subclasifica en derechos a la organización en materia de competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos, derechos a la organización en sentido estricto, y derecho a la participación en la formación de la voluntad estatal), y los derechos a prestaciones en sentido estricto. V. Alexy, R., cit., págs. 419-501.

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

En concordancia con esta opinión podría señalarse que en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no existen mecanismos adecuados de implementación de los derechos económicos, sociales y culturales. Como veremos, convertirlos en materia de una queja o petición individual ante la CIDH requiere agudizar el ingenio, pues el sistema no parece pensado para admitirlos, más allá de la consagración de algunos de estos derechos en la Declaración Americana²³, y la referencia del artículo 26 de la Convención a los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA²⁴. Por lo demás el Protocolo adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales, denominado Protocolo

23 La Declaración Americana consagra algunos importantes derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la salud (art. XI), a la educación (art. XII), el de participar en la vida cultural (art. XIII), el derecho al trabajo en condiciones dignas y a una remuneración adecuada (art. XIV), el derecho al descanso y a la recreación (art. XV), a la seguridad social frente a la desocupación, la vejez, y la incapacidad (art. XVI), el de asociación sindical (art. XXII), el derecho a recibir protección y ayudas especiales, de la mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, y del niño (art. VII) y el de recibir protección de la familia (art. VI). Es indudable que la vulneración directa de estos derechos, más allá de la poca claridad de las normas, puede ser planteada ante el sistema interamericano. De igual forma el planteo puede provenir de la vulneración de los derechos allí consagrados en relación al art. 24 y art. 1.1., o al art. 8 y 25 de la Convención. Aun cuando no será materia de análisis en este trabajo, debe mencionarse que la Declaración Americana "constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales" para los Estados miembros de la OEA, así como en particular para los que son parte en la Convención, pues "no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA". (cfr. Corte IDH, "*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*", Opinión Consultiva, OC-10/90, párr. 45 y 46).

24 Sobre la noción de progresividad y no regresividad en el art. 26 de la Convención, ver el voto del Dr. Piza Escalante, en Corte IDH, "*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*", Opinión Consultiva, OC-4/84, en especial párrafos 6 y 31. La idea de que el contenido histórico contingente que el Estado le dio a un derecho, limitaría la posibilidad de posteriores restricciones, puede resultar una forma de dotar de cierto contenido operativo a la noción de progresividad, entendiéndola como prohibición de regresividad o, en otros términos, como un agravamiento del control de la razonabilidad de las normas restrictivas del contenido históricamente alcanzado por un determinado derecho. En línea con lo dicho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la Observación General Nro. 3 (1990), interpretando la obligación asumida por los Estados en el art. 2.1. del PIDESC de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, sostuvo: "Más aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y

de "San Salvador", si bien contiene un completo elenco de derechos, implementa un mecanismo de informes periódicos, admitiendo la aplicación del procedimiento de petición individual previsto en la Convención, exclusivamente en los casos de violaciones de los derechos de libertad sindical y el derecho a la educación.²⁵

II. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, AL AMPARO DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. EFECTOS CONCRETOS DE LA NOCIÓN DE INTERDEPENDENCIA.

Como se ha dicho, lejos de sostener que existen obligaciones de los Estados que corresponden a una determinada categoría de derechos, algunos autores afirman que existen por el contrario, obligaciones comunes a todos los derechos humanos. Esta visión integradora de los derechos humanos ha tenido interesantes efectos en la interpretación renovada de los derechos civiles y políticos, tanto por los órganos del sistema de Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos, CDH) como a nivel regional europeo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH), contribuyendo a flexibilizar la tradicional barrera que separaba a estos derechos de los derechos económicos, sociales y culturales, y aportando nuevas perspectivas al problema de la justiciabilidad de estos últimos. Los casos correspondientes al TEDH resultan particularmente relevantes para ilustrar esta posición y para proyectar su aplicación sobre nuestro medio, ya que el derecho positivo

deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone." (punto 9).

- 25 Protocolo de San Salvador, art. 19.6. El tratado aun no entró en vigor. Pese a no guardar relación con el objetivo de esta presentación, es útil señalar que la Corte IDH en ejercicio de su función consultiva (art. 64.1.2 de la Convención) está facultada para interpretar tratados internacionales que consagren derechos económicos, sociales y culturales, vigentes en los Estados Americanos, como por ej. el PIDESC, o el mismo Protocolo (sobre la amplitud de materias que puede ser potencialmente interpretadas por la Corte en ejercicio de su función consultiva, cfr. Corte IDH, "*Otros Tratados*" objeto de la *Función Consultiva de la Corte -art. 64 de la Convención-*, Opinión Consultiva, OC-1/82). La función consultiva de la Corte ha sido definida por ésta como "un sistema paralelo al del art. 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y aplicar tratados en materia de derechos humanos sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracterizan el proceso contencioso" (Corte IDH, "*Restricciones a la Pena de Muerte* (arts.4.2. y 4.4. de la Convención), Opinión Consultiva, OC-3/83, pág. 43).

que el tribunal aplica -el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), habitualmente clasificado como instrumento que establece derechos civiles y políticos, y no derechos económicos, sociales y culturales- tiene evidentes analogías con la Convención. Como veremos, de las decisiones comentadas se desprende la relatividad y aun la poca utilidad de esa distinción. En estos precedentes se ha afirmado que corresponden a los derechos civiles obligaciones de los Estados que van más allá de la mera abstención, y que consisten en la adopción de acciones positivas como único medio idóneo para tutelar el derecho.²⁶ Muchas veces, como se verá, el tipo de obligaciones

26 Son numerosos los ejemplos de obligaciones positivas impuestas a los Estados en materia de derechos civiles. El TEDH, en el caso *Marckx* del 13/6/1979 (Pub. TEDH, Serie A, Nro. 31), interpretando el art. 8 del CEDH sobre protección de la privacidad y la vida familiar sostuvo: "El objeto de este artículo es esencialmente proteger al individuo contra las arbitrarias interferencias de las autoridades públicas. No obstante el Estado no sólo debe abstenerse de tales interferencias, sino que, junto a tal obligación de carácter negativo, existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica. Ello significa, entre otras cosas, que cuando el Estado establece en su ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal." (Pár. 31). En el caso *X e Y vs. Países Bajos* del 26/3/1985, (Publ. TEDH, Serie A Nro. 91), se trató la situación de una joven discapacitada mental de 16 años que resultó violada. Su padre efectuó la denuncia policial pero el fiscal decidió no promover la acción penal, resolución contra la cual el padre de la menor recurrió. La Corte de Apelaciones desestimó el recurso por entender que siendo la menor incapaz de promover la acción, nadie más podía hacerlo en su representación. El TEDH consideró que la protección de la vida privada requería del Estado la adopción de medidas positivas de protección aun en la esfera de las relaciones entre los individuos. Si bien se estimó que la elección de los medios correspondía al margen de apreciación del Estado, en el caso particular el Tribunal sostuvo que la única medida idónea era la promoción del procedimiento criminal, por lo que el Estado había violado la Convención. Como resultado del fallo se modificó la legislación criminal, otorgándosele a los representantes de los discapacitados mentales legitimación para promover acciones penales en relación a delitos en que resultaran víctimas sus representados. En el caso *Plattform Ärzte für das Leben* del 21/6/1988 (Publ. TEDH, Serie A, Nro. 139), un grupo antiaborto denunció al Estado de Austria al estimar que la falta de protección policial de una manifestación que había organizado permitió a los grupos pro aborto interrumpirla, violándose de tal forma el derecho a realizar reuniones pacíficas (art. 11 de la CEDH). El TEDH consideró que el efectivo ejercicio de ese derecho no reducía la obligación del Estado a no intervenir, sino que lo obligaba a adoptar todas las medidas razonables y apropiadas para garantizar que la manifestación legal se desarrollara pacíficamente. Sin embargo entendió que el Estado no podía garantizar el resultado y que en el caso la policía había actuado correctamente. En el ámbito del sistema interamericano la CIDH fijó el sentido del término garantizar en el art. 1.1 de la

positivas impuestas al Estado en relación a un derecho civil, abarca prestaciones que habitualmente se entienden formando parte del objeto de algunos derechos económicos o sociales. En algunas ocasiones la afirmación de tales deberes positivos coincide con la valoración del contexto económico y social en que los derechos civiles y políticos pretenden ejercerse, y del reconocimiento de que existen obstáculos materiales que impiden el goce en plenitud de esos derechos.²⁷ Este enfoque contribuye a atenuar las barreras tradicionales entre ambos pares de derechos, principalmente al orientarse a proteger a la población económicamente vulnerable en el ejercicio de sus libertades fundamentales, como por ejemplo el derecho de acceso a la justicia. En otros casos los derechos económicos, sociales y culturales actúan como límites razonables al ejercicio de un derecho civil o resultan indirectamente analizados a la luz de la obligación de no discriminación y del derecho al debido proceso legal o a recibir protección judicial. Analizaremos brevemente algunas de estas decisiones, confrontándolas con normas y jurisprudencia del sistema interamericano, con el fin de explorar la viabilidad algunos planteos en este ámbito.

A. Obligaciones positivas en materia de derechos civiles y políticos similares a las impuestas por un derecho económico, social o cultural

En un contexto económico y social desfavorable el ejercicio de los derechos civiles resulta evidentemente obstaculizado. Si el Estado se limitara a no intervenir, su comportamiento lejos estaría de garantizar el goce del derecho -más bien equivaldría a abandonar al ciudadano a su propia suerte. Así lo ha entendido en relación al *derecho a la vida* consagrado en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) el

Convención Americana al afirmar que los Estados deben: "organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de estas obligaciones los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (Corte IDH, Caso *Velázquez Rodríguez*, sentencia del 29/7/1988, pág. 166, en igual sentido. Ver además Corte IDH, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta" (artos.14.1., 1.1. y 2) Opinión Consultiva, OC-7 /86, en particular voto del Dr. Piza Escalante, R.E., pág. 25, 26 y 27).

27 Cfr. Alexy, R, cit., págs. 486-489.

Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH), al interpretar dicha norma en el sentido de que de ella deriva la obligación de los Estados de eliminar las amenazas reales en contra de este derecho²⁸.

“El Comité ha notado que el derecho a la vida ha sido usualmente interpretado de modo restrictivo. La expresión “derecho a la vida inherente a la persona” no puede ser entendida de una manera restrictiva, y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas. En relación a ello, el Comité considera que sería deseable que los Estados Parte adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias”.

Sin lugar a dudas la interpretación amplia del derecho a la vida que realiza el CDH roza obligaciones del Estado que corresponden a algunos derechos sociales, como el derecho a un nivel de vida adecuado que comprenda estándares apropiados de vivienda y alimentación (art. 11, PIDESC) y el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12, PIDESC) dejando en claro la cada vez más difícil separación entre ambas categorías de derechos.²⁹

Estas conclusiones son indudablemente aplicables en relación con el art. 4 de la Convención, máxime si se considera que el deber de garantía de los Estados a partir del art. 1.1. es similar al del art. 2.1 del PIDCP.³⁰

28 Observación General Nro. 6., *Report of The Human Rights Committee. Official Records of The General Assembly, 37 th Session, Supplement Nro. 40 (A 39/40), 1982.* También ver Observación General Nro. 14, sobre el derecho a la vida y las armas nucleares (A 40/40).

29 Sobre la desaparición de los límites entre derechos económicos, sociales y culturales y derechos civiles y políticos ver Viljamen, V., “Abstention or Involvement? The Nature of State Obligations Under Different Categories of Rights” en Drzewicki, K., Krause, C. and Rosas, A. (eds.), cit., págs. 43-66. La autora señala como ejemplo al respecto la interpretación amplia del derecho civil a elegir el lugar de residencia y su vinculación con el derecho social a la vivienda y por otro lado, cómo numerosos requerimientos vinculados a la idea de vivienda digna a partir de la interpretación del derecho a la vivienda, se vincula con algunos derechos civiles fundamentales, como el derecho a la vida privada, a la protección de la familia y del ámbito familiar.

30 Ver al respecto OC/7 del 29/8/1986, en particular voto del Dr. Piza Escalante, R.E., pág 24, 25, 26 y 27).

En un caso reciente, *López Ostra*³¹, el TEDH responsabilizó al Estado español de violar el art. 8 del CEDH que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio, y a la no injerencia de la autoridad pública, ante la omisión de adoptar medidas para evitar las emanaciones de sulfuro de hidrógeno procedente de una estación depuradora de aguas y residuos, que ponía en peligro la salud de los habitantes de las viviendas próximas y constituía un grave atentado al medio ambiente. De tal modo un claro derecho civil fue interpretando imponiendo al Estado fuertes obligaciones positivas, al punto de alcanzar prestaciones que integran el objeto de algunos derechos sociales, como la salud y el derecho a un ambiente sano. El caso pone en evidencia las posibilidades que derivan de una interpretación similar del art. 11.2. de la Convención en esta materia.

En el caso *Airey*³², el TEDH enfrentó la cuestión de los obstáculos materiales al ejercicio de las libertades consagradas en el CEDH y el borroso límite que suele separar las dos tradicionales categorías de derechos. La Señora Johana Airey no pudo encontrar un abogado que la asistiera en el procedimiento de separación judicial de su esposo ante la *High Court* del Estado de Irlanda. En ese país el procedimiento de separación judicial sólo podía tramitarse ante ese tribunal que por su jerarquía y procedimientos requería el auxilio de abogados cuyos honorarios eran excesivos para la reclamante. La complejidad probatoria del proceso y la práctica habitual de ese Tribunal hacían poco probable que la reclamante pudiera llevar adelante su separación sin patrocinio letrado, aun cuando la legislación irlandesa no lo impedía expresamente. Irlanda no había organizado hasta ese momento un sistema de asistencia jurídica gratuita que incluyera asuntos de familia. La reclamante invocaba la violación entre otras normas del art. 6.1 del CEDH, que consagra el derecho de acceso efectivo ante los Tribunales. En lo que interesa a nuestro razonamiento, el núcleo del conflicto planteado en el caso consistía en desentrañar qué tipo de obligaciones imponía a Irlanda la norma de la Convención, pues si bien el Estado demandado no había hecho nada para ayudar a la Sra. Airey a promover su juicio de divorcio, tampoco había hecho nada para impedirlo. El TEDH sostuvo en relación a este punto :

31 Sentencia del 9 de diciembre de 1994. Publicada en castellano en la "Revista General de Derecho", número 618, Valencia, España.

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

“El Gobierno trata de distinguir al asunto presente del caso *Golder*. En éste, el demandante fue privado del acceso al Tribunal en virtud de un “obstáculo positivo” interpuesto por el Estado: el Ministro del Interior había prohibido que el demandado consultase con un abogado. Por el contrario, según el Gobierno, en el presente caso no hay “obstáculo positivo” del Estado ni un propósito deliberado de impedir ese acceso: la alegada falta de acceso a un Tribunal no deriva de un acto de las autoridades, sino tan sólo de las personales circunstancias de la señora Airey, de lo cual no cabe deducir responsabilidad de Irlanda según el Convenio. Sin embargo, a pesar de que la diferencia entre los supuestos de hecho de ambos es ciertamente correcta, el Tribunal no coincide con la conclusión a la que llega el Gobierno. Por un lado, porque un impedimento fáctico puede violar el Convenio tanto como uno jurídico (sentencia *Golder* del 21 de febrero de 1975 -Serie A, núm. 18). Por otro, porque el cumplimiento de un deber impuesto por el Convenio en ocasiones implica acciones positivas por parte del Estado. En esos casos, el Estado no puede permanecer pasivo y “no hay lugar para distinguir entre actos y omisiones (ver, *mutatis mutandi*, la citada sentencia *Marckx*, 13 de junio de 1979, Serie A, número 31, p.15 par.31, y *De Wilde, Ooms y Versyp* de 10 de marzo de 1972, serie A, núm. 15, p.10 par.22). El deber de asegurar el derecho a un efectivo acceso a los Tribunales entra en esa categoría de deberes”.³³

Ahora bien, si el TEDH imponía al Estado de Irlanda este deber positivo, ¿no estaba forzando la producción de progresos económicos y sociales y la puesta en juego de recursos públicos para satisfacer esa asistencia legal que Irlanda no había comprometido al ratificar el Convenio? El TEDH expresó al respecto lo siguiente:

“El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento y dentro de su campo de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo. Porque, si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, *gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social*. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los

33 *Ibid.*, p. 25, p. 572.

derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio".³⁴

Finalmente, el TEDH estimó que no existía un deber concreto de Irlanda como parte del CEDH de proveer asistencia jurídica gratuita en materia civil, pues correspondía a cada Estado la elección de las medidas razonables para garantizar el acceso a la justicia removiendo los obstáculos materiales apuntados (la asistencia jurídica puede ser un medio, pero hay otros, como la simplificación de los procedimientos). Sin embargo, en el caso concreto de la Sra. Airey, quien no pudo encontrar un abogado que la asistiese en el procedimiento de separación judicial ante la imposibilidad de afrontar las costas que demandaba esa actuación, el Estado no había garantizado su derecho de *efectivo acceso a la Justicia* violando de tal modo el art. 6.1. del CEDH.

34 El voto en disidencia del Juez Thor Vilhjalmsón apunta al centro del problema, esto es, si el CEDH contempla la cuestión de los obstáculos materiales al ejercicio efectivo del derecho consagrado en el art. 6.1, inclinándose por una posición conservadora: "He llegado a la conclusión sin grandes dudas aunque con pesar, que la demandante no se puede apoyar en lo dispuesto por el art. 6.1. del Convenio. Estimo que los Estados partes no tienen la obligación de asegurar asistencia jurídica gratuita en litigios civiles, y que éste es el verdadero problema del caso. La capacidad o incapacidad de reivindicar los derechos garantizados por el Convenio dependen en muchos casos de la situación económica del titular. Es, por supuesto, deplorable que esto sea así. Para corregir esta situación los Estados contratantes han tomado y toman incontables medidas, promoviendo el desarrollo económico y social en esta parte del mundo. Las ideas que subyacen en el Convenio y su letra muestran claramente que, sin embargo, se trata de problemas distintos de los del presente caso. La guerra contra la pobreza no se puede ganar mediante una interpretación amplia del CEDH. Cuando el Convenio juzga que la capacidad económica para aprovecharse de un derecho garantizado es tan importante que debe considerarse una parte esencial del derecho, lo afirma expresamente. Así en el art. 6.3 -*derecho del acusado de ser defendido por un abogado de oficio si no tiene medios*. Cuando no es el caso, el Convenio no tiene nada que decir acerca del qué, cómo y cuándo el significado económico lo hará efectivo. Cualquier otra interpretación del Convenio, al menos en la actual fase de evolución de los derechos humanos, hará surgir problemas cuyo rango y complejidad no pueden preverse, pero que indudablemente desbordan el marco del Convenio y las competencias de las instituciones que éste ha creado." *Ibid.*, p. 577.

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

Uno de los mayores problemas que deben superarse en orden a alcanzar una mayor justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es saber en relación a cada derecho particular cuál es la extensión de la obligación del Estado de proveer o satisfacer ese derecho. Hasta qué grado, o en qué medida, la necesidad o el interés social o económico tutelado por el derecho, debe ser satisfecho. Sin embargo, cuando un determinado derecho social ha sido reconocido a determinadas personas o grupos en una determinada medida, sí es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiarios y la de quienes aún no lo son, controlando la legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho. El art. 2.2. del PIDESC establece la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio sin discriminación exclusivamente de los derechos consagrados en ese instrumento. Con similar limitación expresa esta obligación el art. 2.1. del PIDCP. Sin embargo el art. 26 del PIDCP establece el derecho de toda persona a que el Estado prohíba por ley toda discriminación y le garantice igual y efectiva protección contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta obligación de los Estados de prohibir la discriminación y de proteger contra ella a las personas en forma igual y efectiva, no se refiere al ejercicio de ningún derecho en particular y por lo tanto es aplicable en relación a cualquier derecho, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales. Así lo entendió el Comité de Derechos Humanos de la ONU en los casos *Zwaan de Vries v. Países Bajos* y *Broeks v. Países Bajos*³⁵ relativos a la legislación holandesa sobre prestaciones por desempleo. Según la legislación impugnada, la mujer casada que solicitaba tales prestaciones tenía que comprobar que su salario había sido la principal fuente de ingreso de la familia, requerimiento que no se aplicaba al solicitante varón casado o soltero y a la mujer soltera. El Estado denunciado argumentó que el motivo de la disposición no era discriminar a la mujer casada, sino más bien administrar adecuadamente los fondos públicos sin incurrir en gastos innecesarios, por lo que al conceder el beneficio se partía de la presunción de que la mujer casada habitualmente

35 Ver Comunicaciones Nro. 182/1984 y 172/1984 respectivamente.

no es el sostén de la familia. La relevancia del art. 26 del PIDCP como posible vía hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema de Naciones Unidas, surge de la siguiente afirmación del Comité:

“Aunque el art. 26 requiere que la legislación prohíba la discriminación, no contiene ninguna obligación respecto de las materias que deben ser reguladas por esa legislación. No requiere por ejemplo a ningún Estado sancionar legislación para proveer un seguro social. Sin embargo, cuando esa legislación resulta sancionada en el ejercicio del poder soberano del Estado, dicha legislación debe cumplir con el art. 26 del Pacto.”³⁶

En el sistema interamericano, el art. 24 de la Convención, sin bien no contiene la riqueza conceptual del art. 26 del PIDCP, consagra un derecho autónomo a la igualdad y a no ser discriminado, que opera como criterio de todos los derechos subjetivos, es decir, inclusive de los no fundamentales o no consagrados en la Convención, incluyendo claro está a los derechos económicos, sociales y culturales.³⁷ La prohibición de discriminación actúa de tal modo como un presupuesto o garantía general de todos los derechos humanos, que potencialmente pueden resultar violados en sí o por vía de un trato discriminatorio, tal como sostuvo el TEDH en el caso *Airey*, antes mencionado.

El derecho a no ser discriminado como derecho autónomo debe vincularse con los deberes positivos de no discriminar en relación a los derechos conferidos por la Convención, por ninguna de las causas expresamente previstas en el art. 1.1., entre ellas “*el origen nacional o social*” y “*la posición económica*”. La Corte sostuvo al respecto que “(1)a

36 Caso *Zwaan de Vries*, pár. 12.4.

37 La Corte sostiene a partir del art. 24 de la Convención “(1)a prohibición de discriminación ampliamente contenida en el art. 1.1. respecto a los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley” (Corte IDH, “*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*”, Opinión Consultiva, OC-4/84, pár.54). El voto del juez Piza Escalante, avanza aun más al sostener que el art.24 consagra un derecho autónomo a la igualdad y a la no discriminación que opera en relación a todos los derechos subjetivos (cfr. OC-4/84, cit, voto del Dr. Piza Escalante, R.E., pár.8).

parte final del art. 1.1. prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la *posición económica*. El sentido de la expresión *discriminación* que menciona el art. 24 debe ser interpretado entonces, a la luz de lo que menciona el art. 1.1.. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley”³⁸. En este caso se abriría la posibilidad de plantear una doble violación, por un lado del derecho a un debido proceso legal (art. 8 de la Convención) y por otro, el derecho a no ser discriminado (art.24 de la Convención) en relación al goce o ejercicio de aquel derecho, en función de la posición económica o el origen social (art.1.1. de la Convención).

En relación con los derechos económicos, sociales y culturales, el art. 24, el deber de garantía del art. 1.1. y el de adoptar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del art. 1.2. de la Convención, podrían justificar en algunos casos vinculados a grupos vulnerables, la obligación del Estado de desarrollar políticas activas y diferenciales.³⁹

38 Corte IDH, “*Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (art.46.1.,46.2 a y 46.2.b.), Opinión Consultiva, OC-11/90, pág.22).

39 La adopción de medidas especiales, incluso legislativas, y de políticas activas en resguardo de grupos vulnerables en relación a los derechos económicos, sociales y culturales surge de diferentes instrumentos de Naciones Unidas expedidos por el Comité. La obligación de proteger a los grupos más vulnerables y menos protegidos en períodos de ajuste económico surge de las OG Nro.2, punto 9, y OG Nro.3, puntos 12 y 13 y, en relación a las personas con discapacidad y ancianos, de las OG Nro.5, punto 9 y OG Nro.6 punto 17, respectivamente. La OG Nro.4, punto 8 e) establece que debería garantizarse cierto grado de prioridad en relación al acceso a la vivienda a grupos desfavorecidos, como ancianos, niños y incapacitados físicos, enfermos terminales, pacientes VIH positivos, personas con problemas médicos persistentes, enfermos mentales, víctimas de desastres naturales o personas que viven en zonas riesgosas, así como el acceso a la tierra a los grupos desprovistos o empobrecidos. En la OG Nro.5, punto 18 se establece que las medidas que se adopten para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad no serán consideradas discriminatorias en el sentido del art. 2.2. del Pacto, mientras tengan fundamento en el principio de igualdad y se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo. Las medidas de protección especial de grupos o personas vulnerables se consideran en los Principios de Limburgo (Nros. 14 y 39).

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

Otra situación en la cual los derechos económicos, sociales y culturales resultan indirectamente amparados a través de la implementación de los tratados que consagran derechos civiles y políticos es el caso en que el ejercicio de un derecho protegido por el Tratado resulta en cierta medida interferido o limitado por el ejercicio de un derechos económicos, sociales y culturales. Este supuesto resulta evidente según Scheinin⁴⁰ en el caso *James y otro vs. Reino Unido*.⁴¹

En este complejo caso los demandantes eran administradores fiduciarios con arreglo al testamento del segundo Duque de Westminster. En el barrio de Belgravia, en Londres, la familia ducal había explotado y desarrollado una gran propiedad, con unas dos mil casas, y la había convertido en una de las mejores zonas residenciales de la Capital. La ley de 1967 permitía a los arrendatarios que residían en la casa por un contrato de duración inicial, o por prórrogas superiores a veintiún años, adquirir la propiedad mediante una compraventa forzosa para el vendedor, sobre la base de condiciones y por un precio determinado, que éste no estaba en condiciones plenas de discutir. Entre 1979 y 1983 los arrendatarios de 80 fincas habían ejercido ese derecho. Luego otros lo hicieron hasta totalizar 215 viviendas cuya posesión habían perdido los demandantes. La cuestión en lo que atañe a nuestro análisis, consistía en determinar si la legislación sobre arrendamientos a largo plazo que confería el mencionado derecho de rescate a los arrendatarios respondía a propósitos de interés público que justificaran la limitación del derecho de propiedad de los reclamantes, producida tanto por la cesión forzosa cuanto por la imposición del precio pagado. Los actores invocaban, entre otras normas, la violación del art.1 del Protocolo Nro.1 del Convenio. Este precepto garantiza el derecho de propiedad y sólo autoriza a los Estados a regular este derecho de acuerdo al interés general. El TEDH sostuvo al respecto:

“La ley de 1967 pretendía corregir la injusticia que sufrían los arrendatarios ocupantes, según se creía, por la aplicación del sistema de

40 Scheinin, M., *cit.* nota 36, p.50.

41 Caso *James y otros* del 21/2/1986, (Pub.TEDH. Serie A, Nro. 98). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., p. 431-467.

contratos a largo plazo. Se proponía modificar la legislación vigente a la sazón, considerada injusta con dichos arrendatarios, y hacer efectivo lo que se llamaba su "título moral" sobre la propiedad de sus casas. Suprimir lo que se considera una injusticia social es una de las tareas propias de un legislador democrático. Ahora bien, las sociedades modernas consideran a la vivienda como una necesidad primordial, cuya regulación no puede dejarse por completo al libre juego del mercado. El margen discrecional es bastante amplio para abarcar una legislación que garantice en esta materia una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se inmiscuye en las relaciones contractuales entre personas privadas y no favorece directamente ni al Estado ni a la sociedad como tal. Por consiguiente la finalidad que perseguía la ley de 1967, en principio estaba justificada".

La protección del derecho a la vivienda fue considerado como un legítimo propósito para justificar la restricción del goce pacífico de la posesión en el caso *Mellacher y otros vs. Austria*⁴², en el cual se alegó que una considerable reducción de la renta resultaba violatoria del art. 1 del Protocolo Nro.1. El TEDH entendió infundada la petición pues sostuvo que la legislación interna de los Estados tienen un amplio margen de apreciación en relación a las políticas económicas y sociales.

D. El debido proceso legal como medio alternativo de protección de los derechos económicos, sociales y culturales

Como ha señalado Scheinin⁴³, si la cláusula de no discriminación del art. 26, quizá la más fuerte del PIDCP, ha sido utilizada para extender la protección del Pacto a algunos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales, lo mismo podría afirmarse acerca de la garantía de debido proceso consagrada en el art. 6.1. del CEDH. El amplio contenido de esta norma y el conjunto de garantías de procedimiento que comprende, explican quizá por qué su aplicación ha servido para que el CEDH brinde una protección adicional a derechos consagrados por otros instrumentos de derechos humanos. Ha sido por lo demás el punto de partida para el trabajo de interpretación más importante en pos de brindar resguardo a algunos derechos económicos y sociales.

42 Caso *Mellacher y otros* del 19/12/1989, (Pub.TEDH, Serie A, Nro. 169).

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

En el caso *Airey* hemos revisado cómo el TEDH vinculó el contexto social y económico del sujeto con la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho consagrado en el art. 6.1. del Convenio, pero no era materia de discusión si la garantía de debido proceso resultaba aplicable a la determinación de otros derechos y obligaciones que no fueran los de "carácter civil" previstos literalmente en la norma. La interpretación de este punto resultaba indispensable para extender la garantía a derechos de índole económica y social. La cuestión fue analizada por el TEDH en los casos *Deumeland* y *Feldbrugge*.

En el caso *Deumeland*⁴⁴ el actor había continuado como heredero un trámite iniciado por su madre para la percepción de una pensión complementaria por viudez al considerar que su esposo había muerto en un accidente de trabajo *in itinere*. El tiempo que había demorado el proceso luego de recorrer distintos Tribunales Sociales de la República Federal de Alemania, hasta ser finalmente rechazado -alrededor de once años- originó la presentación ante la Comisión Europea denunciándose al Estado alemán por violación del art. 6.1. en tanto, sostenía el reclamante, su caso no había sido resuelto en un *tiempo razonable*. La Comisión desestimó la petición al entender que por la naturaleza del derecho reclamado no era aplicable la previsión del art. 6.1. El TEDH partió de su anterior jurisprudencia en la cual entendía que el término "derechos y obligaciones de carácter civil" no se refiere a las controversias tradicionales de derecho privado. En tal sentido consideró los aspectos de derecho público y de derecho privado que presentaba el derecho reclamado en el caso y consideró que los últimos predominaban sobre los primeros. Estimó de suma importancia que la viuda del Sr. Deumeland no fue afectada en sus relaciones con la autoridad pública como tal, actuando en virtud de facultades discrecionales, sino en su capacidad personal como particular. Reclamaba en virtud de un derecho que tenía su causa en las normas concretas establecidas por la legislación vigente. Su derecho era de naturaleza personal, patrimonial y subjetivo, y se acercaba mucho al derecho civil. Por lo demás la causa de la obligación se vinculaba con la condición de trabajador de su marido, que era empleado del *Land* al que se había demandado. El Tribunal estimó también que el seguro de accidente alemán se parecía mucho al seguro de derecho común. Sobre

44 Caso *Deumeland* del 29/5/1986, (Pub.TEDH, Serie A, Nro. 100). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, p. 470-498.

la base de estos razonamientos sumariamente expuestos consideró por nueve votos contra ocho de sus miembros, que el art. 6.1. era aplicable al caso y que el Estado había violado la norma.

En el caso *Feldbrugge*⁴⁵ la actora, de nacionalidad holandesa, había pedido su baja de la Oficina Regional de Empleo a raíz de una enfermedad que la incapacitaba para trabajar, pero con posterioridad un órgano administrativo le suspendió las prestaciones por enfermedad que venía recibiendo al entender, luego de una revisión médica, que se encontraba apta para la actividad laboral. La actora recurrió esa decisión en sucesivas instancias administrativas, con resultados negativos. Sin embargo, alegó que por fallas de procedimiento imputables a los organismos públicos, entre ellas limitaciones a su facultad de participar en el proceso, y por el carácter restrictivo de los recursos disponibles, no había gozado del acceso a un procedimiento que cumpliera con la totalidad de las garantías del art. 6.1. del Convenio. La resolución del caso exigió que el TEDH desentrañara al igual que en el anterior precedente, la naturaleza del derecho al seguro médico en la legislación holandesa. Algunas razones conducían a considerarlo un derecho público, como la obligatoriedad de la afiliación al seguro, la regulación legal de la prestación y el hecho de que fuera el Estado quien asumía la responsabilidad de asegurar. Otras razones conducían a considerarlo un derecho de índole privado, como su naturaleza personal y económica, su vinculación con un contrato individual de trabajo, el hecho de que la prestación tenía la función de sustituir su salario de actividad, la utilización de técnicas de aseguramiento similares a las del derecho común, así como la participación de trabajadores en el régimen del seguro. Pese a que el derecho en cuestión era considerado un derecho público para el derecho holandés, en función del principio de autonomía interpretativa tal circunstancia no se estimó relevante. Finalmente se entendió que se trataba de un derecho comprendido en el art. 6.1. y que el Estado había violado la norma.

En el año 1993 el TEDH avanzó aún más en el tema al admitir en los casos *Salesi vs. Italia* y *Schuler-Zgraggen v. Suiza* la aplicación del art. 6.1. a cuestiones vinculadas con beneficios de la seguridad social instituidos con

45 Caso *Feldbrugge* del 29/5/1986, (Pub.TEDH, Serie A, Nro. 99). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., págs. 499-518.

carácter de derecho público. De tal modo se fijó el principio de que independientemente de que el seguro o la asistencia social o la prestación remita a características de derecho privado (principalmente, que pueda vincularse con un contrato de empleo) o se encuentre garantizado sólo por el derecho público, le son aplicables todos los estándares que configuran la garantía general del debido proceso cuando se trata de un derecho individual y económico originado en una norma legal.

En *Salesi*⁴⁶ el TEDH aplicó el art. 6.1. en relación a una prestación mensual por discapacidad que el reclamante recibía como asistencia social por carecer de medios básicos de subsistencia. El beneficio no derivaba de un contrato de trabajo, ni requería ningún pago o contribución. Había sido instituido por una norma que implementaba el art. 38 de la Constitución Italiana según la cual todos los ciudadanos que no estuvieran en condiciones de trabajar y necesitaran el sustento básico para vivir debían ser provistos de los medios para su subsistencia y asistencia social. Por lo demás el servicio lo prestaba exclusivamente el Estado italiano. En este caso el TEDH señala que su interpretación del art. 6.1. era aplicable en materia de seguros sociales -*social insurance*- aun cuando el beneficio del actor fuera más próximo a una prestación de asistencia social y no un seguro social.

En *Schuler-Zraggen*⁴⁷, el TEDH avanza más en la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales bajo la protección de la cláusula de debido proceso, al entender que el art. 6.1. era aplicable a los seguros sociales, incluyendo la asistencia social. En este caso el derecho al debido proceso se suma a la violación del art. 14 del Convenio -prohibición de discriminación en el goce de los derechos consagrados en éste-, pues a la reclamante se le había denegado una pensión por invalidez bajo el curioso razonamiento de que por ser mujer casada y con un hijo de dos años, eran escasas las posibilidades de que, aun estando sana, volviera a trabajar, en lugar de ocuparse de sus tareas hogareñas como esposa y madre.⁴⁸

46 Caso *Salesi vs. Italia* del 26/2/1993, (Pub.TEDH, Series A, Nro. 257-E).

47 Caso *Schuler- Zraggen v. Suiza* del 24/6/1993, (Pub.TEDH, Serie A , Nro. 263). Afirma el TEDH: "Article 6.1. does apply in the field of social insurance, including even welfare assistance".

48 Este argumento fundado "en la experiencia de la vida cotidiana" fue utilizado como justificación de su fallo del 21 de junio de 1988 por la *Federal Insurance Court* y consta en el pár. 29 del fallo del TEDH: "At the time the contested decision was taken ... the child ... was just under two years old, and accordingly, on the balance of probabilities

En el sistema interamericano de derechos humanos no existen obstáculos *a priori* para exigir el requisito del debido proceso legal del art. 8 de la Convención a los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto la norma sostiene que es aplicable a cualquier proceso en el que se determinen obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole. La norma de la Convención es aun más rigurosa que la del art. 6.1. del CEDH pero -aunque resulte extraño si consideramos el estado deplorable de los sistemas de administración de justicia en América Latina y la situación económica de la región- no existen precedentes de la Corte interpretando esta cláusula concretamente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, la Corte ha fijado claramente el valor del concepto de *debido proceso legal* en relación con la totalidad de los derechos humanos, y en particular como requisito para la efectividad de todas las demás garantías judiciales previstas en la Convención. En tal sentido ha señalado que "(e)l concepto de garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art.1.1.), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. El concepto de derechos y libertades, y por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspiran. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros"⁴⁹ En relación a las salvaguardas contenidas en el art. 8 de la Convención, ha señalado la Corte que no se trata de una garantía o un recurso judicial propiamente dicho, "sino un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención... El concepto de debido proceso recogido por el art.8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la

... it must be assumed that the applicant, even if her health had not been impaired, would have been occupied only as a housewife and mother".

49 Corte IDH, "El habeas corpus bajo suspensión de garantías (art.27.2, 25.1. y 7.6), Opinión Consultiva, OC-8/87, párs.25 y 26).

Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el art. 27 de la misma... ya que constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales... puedan considerarse como garantías judiciales.”⁵⁰

Por lo demás, y en lo que atañe a la cuestión aquí analizada, la Corte ha tenido oportunidad de interpretar la cláusula del debido proceso legal en relación con la imposibilidad de acceso a la justicia por motivos económicos, al momento de dilucidar el sentido del art. 46.2 de la Convención, y de establecer excepciones a la regla del agotamiento de recursos internos. En tal sentido sostuvo que “si un indigente requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos”.⁵¹

Algunos de los elementos que componen la cláusula del debido proceso tal como se formula en el artículo 8 de la Convención resultan de inestimable valor para la efectividad de los derechos sociales. Sin duda se trata de aquellos derechos más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos, pues suele ser mayor el margen de discrecionalidad del Estado para la fijación de muchas de las prestaciones que constituyen su objeto. En ese contexto el “proceso con las debidas garantías”⁵² y la “revisión judicial amplia de las decisiones administrativas”⁵³ son cuestiones que han de arribar inevitablemente al procedimiento de petición individual ante la CIDH. En igual sentido, la cuestión del “tiempo razonable” aplicada a los procesos en los que se determinan obligaciones en materia de derechos económicos y sociales, pues resulta obvio que la duración de los procesos

50 Corte IDH, “*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts.27.2, 25 y 8), Opinión Consultiva, OC-9/87, pár.27,28 y 29).

51 Corte IDH, “*Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1,46.2. a y 46.2.b CA Opinión Consultiva OC-11/90). Aun cuando el objeto de la consulta se refería al art.46 de la Convención y no precisamente al alcance concreto del art. 8.1., la Corte con clara inspiración en el caso *Airey*, sostuvo que: “Las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”, pár. 28. Ver además cita Nro. 33.

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

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

puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos que, como se sabe, se rigen por la urgencia.⁵⁴

E. El derecho a la protección judicial en relación a los derechos económicos, sociales y culturales

En íntima vinculación con el derecho al debido proceso legal está el derecho a la protección judicial (art. 25 de la Convención) que comprende la posibilidad de acceso de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la Convención. La remisión de la norma al derecho interno de los Estados es también un reenvío a los instrumentos internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales, cuando han sido incorporados a los sistemas jurídicos nacionales, como por ejemplo el PIDESC o el Protocolo de San Salvador o los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De tal modo el art. 25 de la Convención consagra un mecanismo de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

El incumplimiento de la obligación positiva del Estado de garantizar la existencia de recursos efectivos (art. 25 y art.1.1. y 1.2.) en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es una materia de evidente justiciabilidad. Por las características particulares de estos derechos, los mecanismos de protección judicial habituales de los Estados, suelen ser inidóneos para tutelarlos, pues han sido elaborados históricamente para la protección de los derechos civiles y políticos. Para verificarlo basta con señalar algunos ejemplos. La incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, genera problemas de legitimación

54 Sobre tiempo razonable en procesos vinculados a derechos sociales ver el análisis del fondo del asunto en el caso *Deumeland* y en particular los precedentes *Buchholz* del 6/5/1981, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, cit., págs. 684-694. Sobre tiempo razonable en general, ver caso *Zimmermann y Steiner* del 13/7/1983, en *op. cit.*, págs. 972- 979, *Pretto y otros* del 8/12/1983, *op. cit.*, págs. 1000-1010, y *Guincho* del 10/7/1984, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., págs. 175-185. Para una revisión completa de la cuestión ver. Albanese, S. "El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales", en Courtis, C. y Abregú, M. (compiladores) : " *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*", Ed. Del Puerto-CELS, Bs. As., 1997, pag. 247/282.

activa, ya que las acciones y procesos judiciales están previstos básicamente para derechos subjetivos y actores individuales. Los conflictos originados en la violación de derechos económicos, sociales y culturales, requieren al mismo tiempo satisfacción urgente y amplitud de prueba. Las sentencias, por el tipo de obligaciones exigibles, resultan de dificultosa ejecución.

La obligación del Estado de brindar recursos judiciales efectivos en esta materia ha sido claramente establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las ONU (Comité). Si bien el PIDESC no contiene expresamente esta obligación, a diferencia del art. 2.3 del PIDCP, el Comité –en una interpretación de enorme proyección para la cuestión de la justiciabilidad– considera que de todos modos surge del art. 2.1 del PIDESC, y que se trata de una de las medidas apropiadas que el Estado debe adoptar (Observación General Nro.3, punto 5). Esta interpretación concuerda con los Principios de Limburgo (Principio 19).

El Comité, sin embargo, limita la obligación de brindar recursos judiciales a los derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables, restricción que no surge de los Principios de Limburgo. Si la obligación de proveer recursos judiciales es parte de la obligación de adoptar medidas, no parece razonable limitarla a algún tipo de derechos en particular, pues el art. 2.1 se refiere a la totalidad de los derechos consagrados en el Pacto. Por lo demás esta remisión bien puede conducir a una argumentación circular, si se afirmara que un derecho no es justiciable porque no se ha previsto un mecanismo judicial idóneo para tutelarlos.⁵⁵

55 Existen algunas disposiciones del PIDESC que el Comité entiende de aplicación inmediata por los órganos judiciales, entre ellas las de los artículos 3 (igualdad de hombres y mujeres), 7 inc.i del apartado a (salario equitativo e igual por trabajo de igual valor), 8 (libertad sindical y derecho de huelga), 10 párrafo 3 (protección de niños y adolescentes sin discriminación contra la explotación comercial y social), 13 apartado a del párrafo 2 y párrafos 3 y 4 (obligatoriedad de la enseñanza primaria, derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y libertad de enseñanza) y 15 apartado 3 (libertad de investigación científica y actividad creadora) (OG Nro.3, punto 5). Sobre ellas expresa que “parecería difícilmente sostenible sugerir que son intrínsecamente no autoejecutables.” Sin embargo, es obvio que tal consideración en modo alguno significa negar *a priori* la existencia de aspectos justiciables del resto de los derechos que no se encuentran expresamente enumerados. En apoyo de tal conclusión puede mencionarse que en sucesivos instrumentos, el Comité ha extendido a otros derechos –como por ejemplo, el derecho a la vivienda– la obligación de brindar recursos judiciales.

En caso de que la adopci3n de poĺticas concretas encaminadas directamente a hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto haya tomado la forma de disposiciones legislativas, el Comit3 pide ser informado sobre si tales leyes establecen alg3n derecho de actuaci3n en nombre de las personas o grupos que consideren que sus derechos no son plenamente respetados en la pr3ctica. En caso de que los derechos del Pacto sean reconocidos por la Constituci3n o se haya otorgado al Pacto valor de derecho interno, el Comit3 pide que se le informe hasta qu3 punto tales derechos se consideran justiciables, es decir, en qu3 medida pueden ser invocados ante los Tribunales (OG Nro.3, punto 6).

La obligaci3n de brindar recursos judiciales puede asumir modalidades específicas en relaci3n a determinados derechos. Aś por ejemplo en relaci3n al derecho a la vivienda, el Comit3 establece que “sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protecci3n legal contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas. Por consiguiente, los Estados parte deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y hogares que en la actualidad carezcan de esa protecci3n consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”(OG Nro.4, punto 8 inc. a). Se trata de un ejemplo de obligaci3n de brindar recursos judiciales en forma inmediata.

Asimismo, el Comit3 considera que muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada resultan acordes con la disposici3n de recursos juŕdicos internos. Seg3n el sistema juŕdico tales esferas incluyen, pero no est3n limitadas a: “a) apelaciones juŕdicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisi3n de mandatos de los Tribunales; b) procedimientos juŕdicos que buscan indemnizaci3n despu3s de un desahucio ilegal; c) reclamos contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean p3blicos o privados) en relaci3n con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminaci3n racial u otras formas de discriminaci3n; d) denuncias de cualquier forma de discriminaci3n en la asignaci3n y disponibilidad de acceso a la vivienda; e) reclamos contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubre o inadecuadas. En algunos sistemas juŕdicos, podŕa ser tambi3n adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que impliquen niveles de gran aumento de personas sin hogar”(OG Nro. 4, punto 17).

Por último corresponde señalar que el mayor riesgo del planteo de casos de violación del derecho al debido proceso legal y del derecho a la protección judicial en el sistema interamericano, reside en la dificultad de separar claramente las cuestiones que importan una directa violación del precepto de la Convención, de aquellas otras que implican meros reparos, críticas o desacuerdos con el sentido eventualmente equivocado o injusto de los fallos de los Tribunales locales, o el planteo de arbitrariedad de decisiones judiciales que sólo interpretan o aplican el derecho interno de los Estados.

La CIDH ha procurado custodiar celosamente su función, partiendo de la base de que la protección que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario, y reafirmando la denominada "fórmula de la cuarta instancia", originada en la práctica del sistema europeo, en virtud de la cual la CIDH se inhiere de revisar las sentencias dictadas por los Tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención.⁵⁶

56 Sobre la aplicación de la "fórmula de la cuarta instancia" por la CIDH, ver entre otros, Informe Nro. 39/96 del 15 de octubre de 1996 en el caso 11.673, "Marzoni, Santiago (Argentina)", párr. 51 y 52.