

Los derechos sociales  
como  
derechos exigibles

EDITORIAL TROTTA

ras» (art. 41, Constitución argentina) especifica el derecho de toda persona «a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia... y a una mejora continua de las condiciones de existencia» (art. 11.1 PIDESC) en relación con el medio ambiente. En el mismo sentido, el derecho de los consumidores y usuarios, en la relación de consumo, «a la protección de su salud [y] seguridad» (art. 42, Constitución argentina) especifica, en el caso concreto de las relaciones de consumo, el derecho de toda persona «al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» (art. 12.1 PIDESC). De modo que, como medida adoptada internamente para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC (art. 2.1 PIDESC), la enumeración de derechos sociales hecha por la Constitución y su posterior reglamentación también queda sujeta a la prohibición de regresividad.

Esta interpretación coincide con la efectuada por la Corte Suprema argentina en autos *Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*, del 27 de diciembre de 1996<sup>85</sup>. En efecto, tanto el voto de la mayoría, como el del doctor Boggiano, juzgan aplicables los criterios establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CADH y el PIDESC al derecho a las jubilaciones y pensiones móviles, establecido por el artículo 14 *bis* de la Constitución y no recogido en esa medida por los tratados internacionales, ya que en éstos se reconoce únicamente el derecho a la seguridad social pero no se establece la nota de la movilidad de las prestaciones de seguridad social<sup>86</sup>.

85. Ver *La Ley* T. 1997-B, p. 247.

86. C. S. J. N., «Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos», del 27 de diciembre de 1996, voto de la mayoría, formada por los doctores Nazareno y Moliné O'Connor, considerandos 11 y 12; voto concurrente del doctor Boggiano, considerando 11.

### Capítulo 3

#### ESTRATEGIAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El objeto de este capítulo es presentar diferentes estrategias a través de las cuales pueden exigirse judicialmente derechos económicos, sociales y culturales. Como hemos dicho, entre los denominados derechos «civiles y políticos» y los derechos «económicos, sociales y culturales» existe un *continuum* estructural, de modo que las supuestas diferencias entre ambos no constituyen más que diferencias de grado o, a lo sumo, diferencias que radican en el peso simbólico de algunas obligaciones del Estado (en especial, las obligaciones de hacer) cuando se trata de describir los rasgos característicos de un derecho. Todo derecho —llámese civil, político, económico, social o cultural— supone un complejo de obligaciones positivas y negativas del Estado, y por ende, es falso que exista alguna característica inherente a los derechos económicos, sociales y culturales que los torne insusceptibles de recibir tutela judicial. Para que la propuesta que formulamos resulte plausible, sin embargo, es necesario que nos hagamos cargo explícitamente de algunos obstáculos tradicionales que ha enfrentado históricamente la exigibilidad judicial de estos derechos. Muchos de estos obstáculos son simplemente coyunturales, o bien están ligados a rasgos que comparten los llamados derechos civiles y políticos. Aun considerando estos obstáculos, nuestro interés se centra aquí en proponer una tipología de las posibilidades de exigibilidad judicial que ofrecen los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando diversas estrategias de exigibilidad a partir de ejemplos concretos extraídos de la experiencia jurisprudencial nacional e internacional.

El papel de la judicatura como garantía de la vigencia de los

derechos humanos en general, y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, es una cuestión aún abierta al debate<sup>1</sup>. Más allá de la función que la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos le asignan a la Justicia, lo que nos interesa discutir es cómo deberían actuar los jueces cotidianamente, a partir de aquel mandato normativo, para que los derechos sociales puedan gozar de algún grado estimable de realización práctica.

Ciertamente el Poder Judicial, por sus características institucionales y por el lugar que ocupa en la distribución de funciones dentro del Estado, no está llamado a ser el principal protagonista a la hora de hacer efectivos de los derechos económicos, sociales y culturales, tarea que corresponde primariamente a los denominados poderes políticos. Sin embargo, si resulta provocado adecuadamente<sup>2</sup>, puede ser un poderoso instrumento de formación y al mismo tiempo de desarticulación de algunas políticas públicas en el área social, con impacto directo en la vigencia de aquellos derechos.

Sin perder de vista los posibles obstáculos, intentaremos exponer en este capítulo algunas vías que ya han sido exploradas con éxito para exigir a los tribunales el cumplimiento de su función de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Analizaremos por ejemplo cómo se ha logrado que los jueces obliguen al Estado a suministrar medicamentos a todos los portadores de HIV-SIDA del país; a fabricar una vacuna y proveerla a todos los habitantes afectados por una enfermedad endémica; a crear centros de atención materno infantil para un grupo social discriminado; a proveer agua potable a toda una comunidad indígena; a extender la cobertura de un beneficio educativo o asistencial a un grupo originariamente excluido; a reintegrar a una escuela secundaria privada a alumnos que sufrieron una expulsión injustificada, entre otros casos relevantes.

Un breve comentario metodológico previo puede aclarar los criterios de selección que hemos empleado: no se trata de mencionar casos en los que simplemente se invoquen derechos sociales —tarea que resultaría inagotable, y además poco fructífera—, sino de ilustrar a través de casos jurisprudenciales las distintas *estrategias* que sugerimos. Por lo dicho, el sentido de citar casos de procedencias diversas no es el de señalar interpretaciones distintas sobre el contenido de las obligaciones del Estado en relación con los derechos sociales —esto

requeriría un trabajo mucho más ordenado, y la referencia concreta a los distintos regímenes jurídicos que sean objeto de interpretación—. Por el contrario, nuestra intención en este capítulo es la de ejemplificar con casos las estrategias sugeridas, y analizar los problemas y vías de acción posibles ante las situaciones planteadas. En algunos supuestos, nos centramos en la manera en que el tribunal respectivo encara las dificultades teóricas o prácticas de un caso; en otros, nos interesa ilustrar la estrategia de presentación de los casos, más allá de la interpretación concreta efectuada por el tribunal. El efecto de esta elección sea, probablemente, el de la percepción de una cierta heterodoxia, porque los ejemplos presentados provienen de ámbitos jurídicos diversos (de tradiciones jurídicas distintas, como el derecho continental o el *common law*; de diferentes tribunales nacionales e internacionales; del campo de los derechos humanos, del derecho constitucional, del derecho laboral, del derecho administrativo, del derecho civil, etc.), y se refieren además a derechos distintos (derechos laborales, salud, vivienda, educación, medio ambiente, derechos del consumidor, etc.). Esta elección —debemos confesarlo— es absolutamente deliberada: procura mostrar hilos conductores que atraviesan realidades y problemas comunes, trascendiendo las particularidades locales. El argumento puede traducirse en términos de derecho positivo: la existencia de estructuras jurídicas comunes (normas internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales) y tipologías constitucionales con tendencias comunes, hace que los ejemplos de procedencias diversas resulten comparables, al menos a efectos de inspirar estrategias que puedan ajustarse a las distintas realidades nacionales o regionales.

Otro tipo de críticas que se dirige habitualmente a los trabajos donde se discute jurisprudencia es la acusación de *casuismo*. Dos breves apuntes ante esta cuestión: en el caso particular de este trabajo, la discusión de casos jurisprudenciales no es sino el corolario de un marco conceptual establecido previamente, en el que se debate la pretendida imposibilidad de exigibilidad judicial de derechos sociales. El objeto de este capítulo es rebatir a través de ejemplos concretos esa supuesta imposibilidad, con intenciones tanto conceptuales —demostrar la incorrección de la tesis de la supuesta inexigibilidad judicial de los derechos sociales— como prácticas —señalar casos concretos en los que, directa o indirectamente, el Poder Judicial haya tutelado derechos sociales, y señalar estrategias a través de las cuales puede avanzarse en ese camino—. Y ello se debe a que —y va aquí nuestra segunda observación— uno de los límites a la investigación conceptual en el campo del derecho debería ser al menos su plausibi-

1. Cf. P. Andrés Ibañez, «Garantía Judicial de los Derechos Humanos»: *Revista Claves* 90 (1999).

2. Cf. J. R. L. Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito», en J. E. Faria (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, cit., p. 136.

lidad práctica, en la medida en que su objeto de la investigación no es una entelequia, sino una actividad que pretende regular la conducta humana, realizada y reproducida por operadores que hacen uso, además, de los resultados de aquella investigación conceptual. Considerar que el tratamiento de casos judiciales es un objeto indigno de investigación por estar demasiado «contaminado de coyuntura» parece un despropósito en una disciplina que, mediata o inmediatamente, pretende influir sobre tomas de decisiones, entre las cuales —entre otros supuestos— están incluidas las judiciales.

Por último, también es útil aclarar que, pese que a efectos prácticos empleamos como sinónimos los términos «derechos económicos, sociales y culturales» y «derechos sociales»<sup>3</sup>, existen diferencias históricas y conceptuales entre ambos. La noción de «derechos económicos, sociales y culturales» proviene del derecho internacional de los derechos humanos, y constituye la denominación que ha adoptado su juridificación internacional. Debido a que esta juridificación se produce en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el sujeto obligado por excelencia cuando se habla de «derechos económicos, sociales y culturales» es el Estado. En cambio, cuando se habla de «derechos sociales» a secas, la referencia tanto teórica como normativa proviene más bien del derecho constitucional y de las distintas ramas del derecho nacional reguladas a través de la matriz disciplinaria del derecho social, según lo hemos discutido en el apéndice del capítulo 1. Como el marco del uso de este término es del derecho nacional, sus condiciones de empleo son distintas a las que rigen en el marco del derecho internacional. En el ámbito del derecho nacional, por ejemplo, es pertinente la pregunta acerca de la eficacia de los derechos sociales entre particulares, dado que en ese ámbito las normas no sólo obligan al Estado, sino también a los particulares. Ramas del derecho nacional que constituyen expresiones de la matriz disciplinaria del derecho social, tales como el derecho del trabajo o el derecho del consumo, se aplican fundamentalmente a las relaciones entre particulares —aunque también pueda decirse que la mediación estatal asuma en ellas formas distintas a aquellas características del modelo del derecho privado clásico—. Y aún más: muchas de las ramas del derecho generadas a partir de la matriz disciplinaria del derecho social, como el derecho del consumo, aún no han sido objeto de codificación del derecho internacional de los derechos humanos. La noción de «derechos sociales», origina-

3. Salvo en aquellos casos en los que nos referimos exclusivamente a los «derechos culturales».

ria del ámbito nacional, contiene la regulación de ámbitos de la vida social aún ajenos al campo internacional de los «derechos económicos, sociales y culturales».

Estas diferencias, sin embargo, no deben llevar a perder de vista las evidentes similitudes. En la mayor parte de los casos, se trata de los mismos derechos, aunque juridificados de acuerdo a las particularidades de la respectiva esfera —nacional o internacional—. Como hemos visto, las obligaciones que los derechos sociales imponen a particulares en el plano nacional se traducen, en el plano internacional, en obligaciones estatales de *protección*. Tampoco es sorprendente encontrar un catálogo ampliado de derechos sociales en el ámbito nacional: el consenso requerido para codificar derechos internacionalmente —en especial a través de tratados— supone casi siempre un cierto retraso del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, sólo de modo tibio comienzan a asomar derechos ambientales en tratados de derechos humanos<sup>4</sup>, mientras que las menciones del derecho constitucional a esos derechos son mucho más frecuentes<sup>5</sup>. El tratamiento conjunto de casos referidos a las dos categorías responde además al hecho de que las excusas y obstáculos para postergar su exigibilidad son en su mayor parte comunes, y por ende las estrategias para superarlas son similares, y replicables complementariamente sea en el ámbito nacional, sea en el internacional.

### 3.1. *Obstáculos para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*

Abordaremos aquí varios de los obstáculos que presenta la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, comentando brevemente algunos de los matices que presenta cada uno de ellos.

4. Cf., por ejemplo, Protocolo de San Salvador, art. 11. Para un recuento de las relaciones entre derecho internacional de los derechos humanos y medio ambiente, cf. A. Boyle, «The Role of International Human Rights Law in the Protection of the Environment», y R. Churchill, «Environmental Rights in Existing Human Rights Treaties», en A. Boyle y M. Anderson, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, 1996.

5. Casi todas las constituciones redactadas o modificadas en la última década del siglo XX incluyen alguna disposición de carácter ambiental: entre ellas, las de Angola, Argentina, Bielorrusia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chechenia, Chile, Colombia, Congo, Costa Rica, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Etiopía, Honduras, Macedonia, Mongolia, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Filipinas, Portugal, Rusia y Sudáfrica. Cf. T. Hayward, «Derechos constitucionales medioambientales y democracia liberal»: *Revista Internacional de Filosofía Política* 13 (1999), pp. 65-82.

Tener en cuenta estos obstáculos es importante a la hora de considerar el litigio judicial como forma de protección de aquellos derechos: la acumulación de varios de estos obstáculos importará una mayor dificultad de protección judicial, y desaconsejará recurrir al reclamo jurisdiccional. Los casos que comentamos en las secciones posteriores constituyen, sin embargo, ejemplos de vías a través de las cuales es posible superarlos.

### 3.1.1. Problemas de determinación de la conducta debida

Como ya hemos dicho, un primer obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está vinculado con la falta de especificación concreta del contenido de estos derechos. Cuando una constitución o un tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas. La falta de especificación concreta del contenido del derecho constituye, por supuesto, un obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que evidentemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento, extremo que se torna imposible si la conducta debida no resulta inteligible.

Este obstáculo sugiere, sin embargo, varios comentarios. En primer lugar, no se trata de un problema ligado exclusivamente a los derechos económicos, sociales y culturales: la determinación del contenido de un derecho de raigambre constitucional de cualquier índole se ve afectado por el mismo inconveniente, que radica, en el fondo, en la vaguedad característica del lenguaje natural en el que se expresan las normas jurídicas<sup>6</sup>. ¿Qué significa «propiedad»? ¿Cuál es el tipo de «expresión» protegida por la prohibición de censura previa? ¿Qué significa «reglamentación razonable»? ¿Cuál es el alcance de la noción de «igualdad»? No obstante, la existencia de esta dificultad jamás ha llevado a la afirmación de que los derechos civiles no sean derechos, o no sean exigibles judicialmente, sino más bien a la tarea

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

de especificación de su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado —principalmente, la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica<sup>7</sup>—. En el plano internacional, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen un buen ejemplo de esta tarea de especificación del contenido de los derechos establecidos en el PIDESC<sup>8</sup>. De manera similar, las observaciones y recomendaciones del Comité frente a los Informes de cada uno de los países signatarios, se aproximan funcionalmente a la «jurisprudencia» a nivel local, ya que analizan el cumplimiento o incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones establecidas en el PIDESC en situaciones concretas de alcance general<sup>9</sup>. El establecimiento de un sistema internacional de peticiones individuales en materia de derechos económicos, sociales y culturales contribuiría a especificar aún más el contenido de estos derechos, del mismo modo en que lo ha hecho el establecimiento de sistemas de petición individual en el caso de violación de derechos civiles y políticos, tanto a nivel universal como regional. Lo mismo puede predicarse del desarrollo de prácticas de exigibilidad de derechos sociales por la vía judicial ante los tribunales nacionales, y del necesario de desarrollo de instrumentos procesales de tutela adecuados a las características de estos derechos. El desarrollo de una dogmática de los derechos sociales, tanto en sede nacional como internacional, constituye una tarea en muchos casos pendiente, que ofrecerá elementos de especificación más detallada del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>10</sup>. La existencia de un

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

8. Ver capítulo 2, *supra*.

9. La Corte Suprema argentina, por ejemplo, ha citado las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Informe inicial presentado por Suiza, en noviembre de 1998, para determinar el alcance de las obligaciones estatales del PIDESC cuando se trata de estados de estructura federal. Ver CSJN, caso *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho*, 24 de octubre de 2000, considerando 19, que comentamos *infra*.

10. Para un ejemplo de desarrollo de un marco dogmático del derecho a la salud, ver por ejemplo PROVEA, «La salud como derecho. Marco nacional e internacional

cuerpo dogmático considerable en materia de derecho laboral y de derecho del consumo son buenos ejemplos de esta posibilidad.

En segundo lugar, y en el mismo sentido de la primera observación, cabe señalar que los problemas de falta de especificación del contenido de un derecho son típicos de las normas constitucionales o de tratados de derechos humanos, dado que se trata de las normas de mayor nivel de generalidad del orden jurídico. Múltiples razones militan a favor de esta generalidad: permite mayor flexibilidad y adaptabilidad a instrumentos normativos cuya modificación es normalmente más gravosa que la de la legislación ordinaria, ofrece a los órganos encargados de especificar el contenido de los derechos contenidos en esos instrumentos un margen de elección compatible con la prudencia y necesidad de evaluación de la oportunidad que requiere la toma de cualquier decisión política, preserva la brevedad y concisión que hacen de estos documentos el catálogo de principios fundamentales del Estado de derecho<sup>11</sup>. Cuando una constitución o un tratado de derechos humanos avanza demasiado sobre la especificación concreta de derechos o principios, justamente se los suele tachar de «reglamentaristas», adjetivo que censura el exceso de detalle, inadecuado al carácter del instrumento normativo de que se trate. A pesar de ello, del reconocimiento de la deseable generalidad del texto de una constitución o de un tratado de derechos humanos, no se sigue en absoluto la imposibilidad completa de señalar casos en los que, pese a la inexistencia de especificación ulterior de su contenido, un derecho resulta violado: si ello fuera así, sería imposible decir que la reglamentación de un derecho es inconstitucional, y ello equivaldría, por ejemplo, a privar completamente de significado al lenguaje en el que se expresan una constitución o un tratado de derechos humanos. Para emplear la metáfora que hicieran célebre Herbert Hart<sup>12</sup> y, entre nosotros, Genaro Carrió<sup>13</sup>, la mayor abstracción de la norma implicará simplemente una «zona de penumbra» más amplia, pero de ello no se sigue la completa ausencia de una «zona de luz» en la que se pueda señalar la existencia de casos claramente conformes a la norma, y de una «zona de sombra»

de protección del derecho humano a la salud», Serie Aportes, Caracas, 1996. Para una fundamentación filosófica de ese derecho y algunas aplicaciones de esa fundamentación a la adopción de decisiones de política pública, ver G. Vidiella, *El derecho a la salud*, Buenos Aires, 2000.

11. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 156-157.

12. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1963, cap. VII, 1; «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, 1962, pp. 25 ss.

13. G. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1964, pp. 45 ss.

de casos claramente contrarios a ella. Ni siquiera es necesario acudir a la filosofía del derecho para fundar semejante opinión: la existencia de una tradición de revisión judicial de constitucionalidad en la Argentina, en los Estados Unidos y en muchos otros países es un ejemplo patente de la posibilidad —y no de la imposibilidad— de verificar la compatibilidad de una conducta activa u omisiva, o bien de una norma inferior, con un derecho reconocido en una constitución o en un tratado de derechos humanos. Si esto es así ante un derecho civil, no se ve por qué no pueda serlo en el caso de un derecho social. En cualquiera de los dos supuestos, la tarea será —por supuesto— mucho más fácil cuando el contenido del derecho resulte especificado por la legislación inferior. Pero en muchos casos, cuando de la cláusula respectiva de la constitución o el tratado de que se trate resulte posible derivar la conducta debida por el Estado, la objeción fundada en la indeterminación también carece de sentido. Para dar ejemplos provenientes del PIDESC, en supuestos tales como el derecho de la mujer a «salario igual por trabajo igual» (art. 7 a.i), o el derecho de la mujer embarazada a obtener «licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social» (art. 10.2) producen una «zona de sombra» suficientemente inteligible como para determinar que, en el caso en el de una mujer que, a igual trabajo que un hombre, recibe una paga inferior, o en el de una mujer embarazada que no recibe licencia remunerada ni prestación alguna de la seguridad social, el Estado incumple con el Pacto.

La tercera observación sobre el punto está dada por la necesidad de considerar un doble orden de condicionamientos vinculado con la determinabilidad de la conducta debida cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales. Hasta aquí, nos hemos referido a la determinabilidad *semántica* del contenido de estos derechos. Como hemos dicho, la especificación de la conducta debida por vía reglamentaria, jurisprudencial o dogmática constituye un recurso para la determinación de ese contenido. Sin embargo, cabe considerar otra forma de determinabilidad, es decir, de estrechamiento o exclusión de alternativas posibles ante el establecimiento de un deber legal por parte de una constitución o un pacto de derechos humanos. Se trata de la determinabilidad *fáctica*: en muchos supuestos, pese a que la conducta debida por el obligado no resulta específicamente reglada por un texto normativo, fácticamente sólo existe uno o un número limitado de cursos de acción determinables para el respeto, garantía o satisfacción del derecho de que se trate. En el desarrollo del capítulo daremos ejemplos de este supuesto, pero vale adelantar que en materias vinculadas con el desarrollo de tratamientos médicos, producción de medicamen-

tos o vacunas ante cuadros concretos de enfermedad, la discrecionalidad del Estado para optar entre cursos de acción alternativos resulta claramente limitada. Este argumento resulta reforzado por la técnica de redacción adoptada por los instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales: en varios supuestos, estos instrumentos han adoptado como técnica la descripción del resultado debido —por ejemplo, la erradicación del analfabetismo (arts. 31 h y 48, Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, al que remite el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica), la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil (art. 12.2 a PIDESC), o la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas (art. 12.2 c PIDESC)—. En muchos de estos casos, en especial ante situaciones concretas, las posibilidades fácticas de cumplimiento del objetivo fijado en el tratado delimitan con bastante precisión la conducta debida por el Estado: si el aumento de la mortalidad infantil por contagio de una enfermedad, o la proliferación de una enfermedad endémica o epidémica sólo son prevenibles a través de la administración de una vacuna, la conducta debida queda determinada por la inexistencia de cursos de acción alternativos.

Por último, cabe destacar que el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la determinación de una conducta concreta que deba exigirse al Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la de *razonabilidad*, o bien la de *carácter adecuado*<sup>14</sup> o *apropiado*, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción. Aunque el margen que tiene el Estado para adoptar decisiones es amplio, aspectos tales como la exclusión de ciertos grupos que requieren especial protección, la notoria deficiencia en la cobertura de necesidades mínimas definidas por el contenido del derecho o el empeoramiento de las condiciones de goce de un derecho son pasibles de control judicial en términos de razonabilidad o de estándares similares.

14. Aludimos a estándares tales como el de *tratamiento adecuado* o *medidas adecuadas*, que implican un referente externo, aunque, como veremos, tampoco es ajeno al Poder Judicial el control de adecuación de una medida concreta a los parámetros establecidos por una norma.

### 3.1.2. *La autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas*

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

Por lo demás, el margen de discrecionalidad de la administración es mayor —y por lo tanto, es menor la voluntad de contralor judicial— cuando el acto administrativo se adopta sobre la base de un conocimiento o pericia técnica que se presume propio de la administración y ajeno a la idoneidad del órgano jurisdiccional. En tal sentido, Edley señala que «(l)os aspectos de la acción administrativa apropiadamente resueltos por métodos de decisión propios de la pericia técnica o la política pública son objeto de deferencia judicial precisamente porque tales métodos son presuntamente ajenos a los tribunales»<sup>15</sup>.

Sin perjuicio de lo que se dirá al analizar los casos particulares, existen argumentos de peso para afirmar, en términos generales, que

15. C. Edley Jr., *Derecho Administrativo. Reconocer el Control Judicial de la Administración Pública*, Madrid, 1994, p. 36. El autor ilustra la situación con el voto particular del juez Marshall, acompañado por los jueces Brennan, White y Blackmun en el caso *Union Dep't v. American Petroleum Inst.* En ese voto, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que no podía analizar el criterio utilizado por el Departamento de Trabajo al promulgar un reglamento de protección de seguridad y salud laboral: «Los asuntos, a veces, alcanzan un alto grado de complejidad. En esas circunstancias, se exige a los tribunales que se sumerjan en materias a las que no están acostumbrados en razón de su experiencia o trabajo habitual... (y) cuando la cuestión implica la determinación del nivel aceptable de protección en el lugar de trabajo, la decisión última debe, necesariamente, basarse tanto en consideraciones de política pública como en hechos empíricos y verificables» (448, U.S. 607, 705-6 [1980]).

Sobre la cuestión en la jurisprudencia argentina puede consultarse la obra clásica de Héctor Mairal, *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, 1984. El autor observa que esta cuestión refleja de manera ejemplar la contradicción entre el derecho constitucional argentino, inspirado en el sistema norteamericano, de orientación judicialista, y el derecho administrativo, inspirado en el modelo francés, con limitaciones en la posibilidad de control judicial de las decisiones administrativas. El tema, como se advierte, es central para la cuestión de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

un proceso judicial no es el escenario más adecuado para discutir aquellos temas. No se trata sólo de considerar la falta de una tradición de activismo judicial en la Argentina<sup>16</sup> y en otros países de tradición continental europea, sino de analizar en qué medida un mecanismo de solución de conflictos como el proceso judicial, en el que una parte gana y la otra pierde, puede resultar idóneo para resolver una situación en la que confronten numerosos intereses individuales y colectivos.

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

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

Cabe, sin embargo, aún teniendo presente esta dificultad, formular algunas acotaciones, que serán desarrolladas al explicar las estrategias de exigibilidad. En primer término, no hay definiciones esenciales o absolutas acerca del carácter «político» o «técnico» de una cuestión, de modo que la línea demarcatoria entre estas cuestiones y las cuestiones cabalmente «jurídicas» es una frontera movедiza. Durante muchos años, en la tradición constitucional estadounidense y, por reflejo, en la argentina, el Poder Judicial se negó a la revisión constitucional de la denominadas «cuestiones políticas no justiciables», cuyo contenido, sin embargo, fue variando cualitativamente: muchas de las cuestiones antes consideradas «políticas» dejaron de serlo con el tiempo, y el Poder Judicial amplió así sus poderes de revisión ante actos u omisiones inconstitucionales de los poderes políticos<sup>17</sup>.

16. Del tipo de activismo judicial que pudo verificarse en otros sistemas, en particulares momentos históricos. Ver el interesante recuento de Archibald Cox en *El rol de la Corte Suprema en el gobierno americano*, cit., especialmente caps. III y IV.

17. La lista de materias anteriormente denominadas «políticas» y devenidas «justiciables» es amplia: diseño de los distritos electorales, regularidad del ejercicio de

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

Por último, el obstáculo apuntado tampoco resulta insalvable: a partir de la propia conducta estatal, resulta posible «juridificar» una cuestión de «política pública» o «técnica», de modo que la cuestión jurídica y fáctica sobre la cual deba juzgar el tribunal quede demarcada de manera clara. Veremos como esta limitación puede ser eludida al formular casos de exigibilidad directa de las obligaciones del Estado en la materia, y qué estrategias indirectas pueden desarrollarse para circunscribir aún más las cuestiones a ser debatidas en el proceso.

### 3.1.3. *La ausencia de mecanismos procesales adecuados para la tutela de derechos económicos, sociales y culturales*

Otro obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela. Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. Para verificarlo basta señalar algunos ejemplos:

a) la incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales<sup>18</sup>. Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales;

b) las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales requieren al mismo tiempo satisfacción urgente y amplitud de

facultades privativas de otros poderes, debido proceso en materia de juicio político (*impeachment*). En la Argentina, la Corte Suprema ha llegado a declarar inconstitucional una cláusula constitucional, por violar los límites establecidos en la ley de convocatoria de la convención constituyente respectiva. Ver CSJN, caso *Fayt, Carlos S.*, del 19 de agosto de 1999.

18. Basta cotejar simplemente las reglas de procedimiento que rigen la notificación, o el litisconsorcio y la acumulación de acciones, o las dificultades prácticas que pueden imaginarse a la luz de la experiencia forense, a la hora de enfrentar audiencias con multiplicidad de partes.

prueba, pero estas dos cuestiones son excluyentes para la elección de los mecanismos tradicionales de tutela. Acciones tales como la de amparo u otras similares requieren un derecho líquido, y las medidas cautelares un derecho verosímil, y en ambos tipos de procedimiento el ordenamiento procesal y la jurisprudencia restringen al mínimo el marco probatorio del proceso;

c) las sentencias que condenan al Estado a cumplir obligaciones de hacer no cuentan con resguardos procesales suficientes y resultan por ello de dificultosa ejecución.

Aunque algunas de estas cuestiones ciertamente plantean inconvenientes, lejos están de constituir una barrera insuperable para discutir judicialmente la violación de derechos económicos, sociales y culturales. Como ya hemos dicho, parte de la tradición del derecho procesal contemporáneo ha comenzado hace tiempo a hacerse cargo de estas dificultades de inadecuación del instrumental procesal que hemos heredado, tributario de una tradición individualista y patrimonialista, señalando las necesidades de adaptación de las acciones judiciales previstas por los códigos de procedimiento a problemas tales como la incidencia colectiva de ciertos ilícitos, o la necesidad de atender urgentemente violaciones irreparables de bienes jurídicos fundamentales. La evolución constitucional y legislativa de los últimos años es notoria en países como la Argentina y Brasil: por ejemplo, desde la publicación del primer artículo que dio origen a este trabajo, a finales de 1997, la interpretación jurisprudencial del amparo colectivo incorporado en la Argentina por la reforma constitucional de 1994 ha sido sorprendente<sup>19</sup>. En Brasil, el empleo de acciones tales como la denominada «acción civil pública» en materia ambiental y de protección del consumidor se ha generalizado, habilitando la tutela judicial frente a tipos de ilícitos que, de otro modo, hubieran sido ejecutados impunemente<sup>20</sup>. Pese a las dificultades que toda innovación supone, la evaluación doc-

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

20. Ver, por ejemplo, R. de C. Mancuso, *Ação Civil Pública*, San Pablo, 1999, pp. 46-55; M. F. M. Leal, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Porto Alegre, 1998, pp. 187-200.

trinaria e institucional de estos instrumentos procesales novedosos ha sido manifiestamente laudatoria. La ya asentada tradición estadounidense de la *class action* es otro buen ejemplo de esta evolución. Baste decir aquí que muchas de las señales que se perciben en esta materia hoy en día son, por lo menos, alentadoras<sup>21</sup>.

El segundo comentario se refiere a las dificultades de ejecución de las condenas contra el Estado y, en general, de la particular posición del Estado ante los tribunales nacionales. También ha sido típico de la tradición administrativa continental otorgar al Estado ventajas procesales que serían impensables en pleitos entre particulares. Aunque en algunos casos estas ventajas puedan estar justificadas, en muchos otros la jurisprudencia internacional ha comenzado a señalar que la discrecionalidad absoluta, la falta de imparcialidad o la ruptura de la igualdad de armas constituyen violaciones al debido proceso. Exploraremos en este capítulo algunos de los alcances de esta jurisprudencia, mostrando cómo puede emplearse el derecho al debido proceso judicial para hacer justiciables derechos sociales.

#### 3.1.4. La escasa tradición de control judicial en la materia

Por último, debemos señalar otro obstáculo de índole cultural, que potencia algunos de los anteriores: la ausencia de tradición de exigencia de estos derechos —en especial en los casos de derechos que se definen fundamentalmente por una prestación, como los derechos a la salud, educación, vivienda, entre otros— a través de mecanismos judiciales<sup>22</sup>. Pese a la existencia de normas de jerarquía constitucional que consagran estos derechos, concepciones conservadoras acerca del papel institucional del poder judicial y de la separación de poderes han provocado una escasa práctica de exigencia judicial de estos derechos, y un menosprecio de las normas que los instituyen.

A este problema se suma, en algunos casos, la falta de percepción de ciertos conflictos vinculados con la violación de derechos económicos, sociales y culturales, en términos de violación de derechos por las propias víctimas. En otros casos, aún cuando el conflicto sea percibido en términos jurídicos, las víctimas de estas violaciones dirigen su lucha hacia otras estrategias de reclamo —como la protesta pública, las campañas de divulgación y de presión, entre otras—, a

21. Ver, al respecto, L. Bujosa Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, cap. III.

22. Cabe destacar, sin embargo, la existencia de una fuerte tradición de defensa de derechos laborales y derechos vinculados con la seguridad social, fundamentalmente a partir del desarrollo de la abogacía sindical.

partir de su desconfianza, en gran medida justificada, de la actuación del Poder Judicial y de los abogados.

Sin menospreciar esta dificultad, no existen razones que nos fueren a pensar que las cosas no puedan cambiar: una tradición, con todo el peso que ella pueda tener, no es más que un conjunto arraigado de actitudes y creencias contingentes<sup>23</sup>. La manera de revertirla es, justamente, avanzar en el planteo de casos judiciales sólidos, en los que se reclame ante la violación de derechos económicos, sociales y culturales. La gradual acumulación de precedentes judiciales, que permitan extraer principios de actuación operables en contextos análogos, hará posible un cambio de actitud por parte de los tribunales, y una mayor visibilidad de la posibilidad de reclamo judicial por parte de las propias víctimas<sup>24</sup>. Nada mejor que recordar aquí la máxima hegeliana: «A nadar se aprende nadando».

### 3.2. Algunas vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Repasados algunos de los obstáculos que dificultan la tutela judicial de derechos económicos, sociales y culturales, encararemos ahora la descripción y discusión de estrategias de exigibilidad judicial de esos derechos, intentando ilustrar a través de ejemplos las posibles maneras de superar aquellos obstáculos. Diferenciamos a grandes rasgos estrategias de *exigibilidad directa*, es decir, aquellas en las que el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la invocación directa de un derecho económico, social o cultural, de las estrategias de *exigibilidad indirecta*, es decir aquellas en las que la tutela del derecho social se logra a partir de la invocación de un derecho distinto.

#### 3.2.1. Exigibilidad directa

Cuando la conducta exigible del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales resulta claramente determinable, no

23. Cf. R. W. Gordon, «Nuevos desarrollos de la teoría jurídica», en C. Courtis, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, 2000, pp. 333-336.

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

existe impedimento teórico para considerar que estos derechos son directamente exigibles por vía judicial, bien a partir del reclamo individual, bien a través de la articulación de un reclamo colectivo. En los casos en los que la violación de la obligación estatal resulte clara, y la conducta debida por el Estado para reparar la violación pueda señalarse sin dificultad, las acciones judiciales deben estar dirigidas a obtener del Estado la realización de la conducta debida para reparar la violación del derecho, del mismo modo que frente a la violación de cualquier derecho civil o político.

Siguiendo la clasificación que proponíamos en el capítulo 1, todo derecho —tanto los clasificados como «civiles y políticos», como los económicos, sociales y culturales— implica distintos «niveles» de obligaciones: una obligación de respetar el derecho, una obligación de proteger y una obligación de satisfacer el derecho en cuestión.

En el caso de las obligaciones de respeto, las violaciones del Estado se producen por su acción, es decir, por vulneración del derecho a raíz de la conducta positiva del Estado, tanto en el caso de actuación normativa (dictado de normas o actos jurídicos) como en el de mera actuación de hecho. Pueden citarse como ejemplos, el caso de la afectación del derecho a la salud por parte del Estado en caso de que su conducta positiva contamine el medio ambiente, o bien la afectación del derecho a la educación en caso de establecimiento de barreras de acceso a la educación básica, o del derecho a la vivienda en caso de disponer desalojos forzosos contra grupos poblacionales carentes de recursos económicos sin ofrecerles realojamiento<sup>25</sup>. También pueden incluirse en este supuesto los casos en los que, existiendo un grado de protección dado de un derecho económico, social o cultural, el Estado adopta medidas regresivas, es decir, empeora el grado de goce de ese derecho, haciéndolo más limitado, menos extenso o más gravoso para las personas. Pues bien, la violación por parte del Estado de obligaciones de respeto en materia de derechos económicos, sociales y culturales resulta claramente justiciable, y las acciones judiciales que esta violación motive deben tender a remover

25. Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. República Dominicana» (UN Doc. E/C.12/1994/15) en el que los desalojos compulsivos, relocalizaciones forzosas sin asignación de nuevas viviendas, fraudes y otras prácticas desleales en la asignación de viviendas públicas se consideran violatorios del derecho a la vivienda adecuada, definida en la OG n.º 4. Un caso similar fue el de Panamá, en el cual el Comité, ante la existencia de desalojos compulsivos, estimó que no sólo violaban el derecho a una vivienda adecuada, sino el derecho de los habitantes a su privacidad y a la seguridad de su hogar (UN Doc. E/1992/23).

el acto de intromisión o injerencia que resulta violatorio del derecho en cuestión.

En el caso de las obligaciones de protección y satisfacción, las violaciones provienen en su mayor parte de omisiones del Estado, que vulnera el derecho al no adoptar las medidas a las que se obligó al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien al establecer cláusulas que reconocen derechos económicos, sociales y culturales en su constitución. Por ejemplo, pueden mencionarse los casos de omisión del Estado en adoptar medidas destinadas a la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil —que puede presumirse del aumento de estos índices—, la omisión de adoptar medidas destinadas a asegurar el acceso universal a asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, la ausencia de planes para fomentar la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo de instrucción primaria, la ausencia de medidas destinadas a asegurar a toda persona el derecho a una vivienda adecuada, etc. En estos supuestos, la exigencia del derecho a partir del reclamo judicial comprende dos segmentos diferenciables:

a) *La declaración de que la omisión estatal constituye una violación del derecho en cuestión*: específicamente, esta declaración es el resultado de un juicio de comparación de las medidas que el Estado debió haber adoptado para proteger o satisfacer un derecho, con las medidas efectivamente adoptadas por él —o con su ausencia—. Al respecto, constituye un valioso indicio de ausencia de medidas, o de falta de adecuación de éstas, la demostración del hecho objetivo de que el estado de cobertura de un derecho no ha mejorado o —más aún— ha empeorado. El uso de indicadores numéricos o estadísticos es especialmente útil a estos efectos.

Si bien es cierto que el cumplimiento de las obligaciones del PIDESC está condicionado por la concesión al Estado de la posibilidad de concreción gradual de la plena efectividad de los derechos<sup>26</sup>, dicha concesión no significa privar a los destinatarios del derecho de herramientas judiciales de evaluación de la efectiva adopción de medidas por parte del Estado: gradualidad no significa sometimiento absoluto del cumplimiento de la obligación a la determinación arbitraria del propio Estado. Como hemos dicho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado esta idea en su Observación General n.º 3.

26. PIDESC, art. 2.1: «Adoptar medidas... para lograr progresivamente...» Sobre los distintos significados de la noción de progresividad, ver cap. 2.

De modo que este juicio supone una evaluación temporal, destinada a juzgar si el Estado adoptó algún tipo de medidas para asegurar el derecho analizado desde el momento de la asunción de la obligación, y —en caso de verificarse la ausencia o inadecuación de las medidas— la declaración de que la omisión estatal es violatoria del derecho en cuestión.

Este segmento —cuya importancia es a veces subestimada— resulta sin embargo capital para concretar la noción de que los derechos económicos, sociales y culturales fijan límites a la discrecionalidad estatal en la decisión de sus políticas públicas. Si la asunción de obligaciones en este campo establece un catálogo de prioridades que el Estado se ha comprometido a asumir, debiendo dedicar preferentemente sus recursos a cumplir estas obligaciones antes de dedicarlos a otras áreas no previstas en los instrumentos pertinentes, la constatación de la omisión de cumplimiento de ese compromiso debe dar lugar a una declaración de que dicho incumplimiento es violatorio del derecho en cuestión. Esta declaración de la ilegalidad de la omisión imputable al Estado cobra además una importancia no menor, ya que —aún en el caso en que sea dificultoso exigir judicialmente el segundo segmento— el reconocimiento de una situación de hecho ilegal por parte de uno de los poderes de Estado —el órgano jurisdiccional— puede resolverse en la exigencia de responsabilidad internacional del Estado, o bien en otro tipo de reclamo fundado en la violación de un derecho —por ejemplo, el reclamo de daños y perjuicios provocados por la violación.

b) *El emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida*: producida la constatación de la violación, la exigencia de un derecho por vía judicial se concreta cuando se establece con precisión la conducta que debe realizar el Estado para reparar dicha violación. En los casos de violación de un derecho económico, social o cultural por omisión de adoptar medidas adecuadas, es obvio que la reparación consiste al menos en la adopción de las medidas omitidas para garantizar o satisfacer el derecho —amén de la reparación de los perjuicios que haya causado la omisión—. De modo que corresponde al órgano judicial el señalar a los poderes políticos del Estado el carácter de la conducta debida —sea a partir del resultado concreto requerido, como por ejemplo, el acceso de parte de la población a servicios médicos, o la relocalización de personas desalojadas forzosamente, o bien, en caso de existir una única medida posible para obtener el resultado requerido, describiendo con precisión la acción que debe adoptarse.

Con frecuencia se dice, desde posiciones conservadoras, que tal emplazamiento resultaría inútil, ya que el órgano judicial carece de poder para obligar a los órganos políticos a realizar la conducta debida. Dicho argumento resulta excesivamente genérico, y en muchos casos simplemente erróneo. Decir que la imposibilidad de hecho de ejecución de una sentencia judicial privaría de sentido a un reclamo de derecho llevaría a consecuencias calamitosas. Nadie sostendría seriamente que los reclamos judiciales patrimoniales carecen de sentido dado que resulta imposible ejecutar una sentencia contra deudores insolventes. Al menos en la tradición jurídica administrativa continental, *toda* sentencia contra el Estado tiene carácter declarativo y carece de ejecutividad, y sin embargo ello no ha llevado a nadie a sostener que toda acción de reclamo contra el Estado carece de sentido. Si obtener una sentencia patrimonial contra el Estado careciera de sentido, no existiría ningún incentivo económico para representar jurídicamente a los contratistas o proveedores del Estado, o a concesionarios privados de servicios públicos. Es obvio que la experiencia lleva a concluir exactamente lo contrario: el ejercicio de la abogacía en el campo de los contratos administrativos y de las relaciones del Estado con las empresas privadas concesionarias de servicios públicos ha resultado uno de los nichos profesionales más lucrativos y disputados en América Latina y en general en aquellos países del mundo que han experimentado la ola privatizadora. Los ejemplos al respecto pueden multiplicarse.

En síntesis, para completar la sentencia que declare violado un derecho económico, social o cultural por omisión del Estado, la constatación de la obligación incumplida debe ser seguida por la manifestación circunstanciada de qué conducta o conductas debe realizar el Estado para garantizar o satisfacer el derecho violado.

Ahora bien, y haciéndonos cargo de los obstáculos presentados anteriormente, son las obligaciones positivas o de prestación las que presentan mayores problemas a la hora de ser exigidas ante los tribunales. Lo dicho acerca de la reticencia judicial a la hora de enfrentar cuestiones «políticas» o «técnicas» resulta claramente aplicable al supuesto de exigibilidad directa de obligaciones positivas que surgen del derecho económico, social o cultural en cuestión. De tal modo que, cuando más acotada resulte la discusión «política» o «técnica» —por ejemplo acerca de las prioridades presupuestarias o la formulación, diseño o implementación de políticas públicas— mayor será la posibilidad de éxito del caso.

Este tipo de acciones enfrenta por lo demás muchas dificultades probatorias. Se trata por lo general de acreditar en sede judicial y por

los medios de prueba habituales, asuntos de gran complejidad técnica, que requieren usualmente estudios especializados y onerosos. Así, las posibilidades del caso estarán íntimamente vinculadas con la extensión de la materia probatoria.

Teniendo en cuenta estas dificultades, la clave para que prospere el reclamo judicial reside en identificar situaciones fácticas que el Estado haya reconocido y que ya no puede razonablemente discutir —como el pez que por la boca muere—. En tal sentido los hechos reconocidos por el Estado a partir de estudios e informes que emanen de sus diversas dependencias, las declaraciones de sus funcionarios, las normas y sus considerandos, y todas las acciones que constituyan de algún modo manifestaciones de «actos propios» del Estado, serán los cimientos más firmes para construir el caso. Paralelamente, toda la información que emane del Estado, esto es la información pública, será el medio de prueba por excelencia en este tipo de acciones<sup>27</sup>.

En síntesis, la posibilidad de éxito de un caso en el que se exige directamente al Estado el cumplimiento de una obligación emanada de un derecho económico, social o cultural, será proporcional a lo acotado que resulte el debate de las cuestiones «políticas» y «técnicas» y la materia probatoria del proceso. En tal sentido, serán de suma utilidad la información pública disponible y los diversos reconocimientos y «actos propios» del Estado con relación a los hechos que constituyan la causa de la pretensión procesal.

Una segunda cuestión que debe considerarse, conjunta o alternativamente, es la gravedad e irreversibilidad de la lesión que pende sobre el bien jurídico tutelado de mantenerse la omisión ilícita. Especial consideración merece en este supuesto la protección de bienes tales como la salud, de cuyo goce depende el ejercicio de casi todos los demás derechos. Algunos otros factores multiplican aún más la presión para que el Poder Judicial decida: los tribunales han sido particularmente sensibles a los reclamos judiciales cuando se pone en juego la salud de personas vulnerables tales como niños, mujeres embarazadas o víctimas de graves accidentes o enfermedades. En muchos de estos casos, las necesidades de tutela urgente —y las características de las acciones judiciales que se emplean para reclamar la protección judicial— postergan a aquellas objeciones basadas sobre la mayor exigencia probatoria o complejidad técnica de la cuestión. Al tratarse de acciones cautelares, el estándar probatorio adoptado por los tribunales se limita a verificar la verosimilitud del derecho y

27. Como se afirma luego, cuando mayor es la información pública disponible con relación a la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, mayor es la vulnerabilidad del Estado frente a demandas de exigencia directa.

de la irreversibilidad de las consecuencias que se producirían de mantenerse la omisión ilícita. Con ello resultan momentáneamente superadas algunas de las objeciones «políticas» o «técnicas» que plantearía un caso en el que, por no darse un supuesto de urgencia, los efectos de la mayor discrecionalidad estatal resultarían más difícilmente ponderables judicialmente.

A continuación analizaremos algunos ejemplos de casos de exigibilidad directa de derechos económicos, sociales y culturales que ilustran lo dicho hasta ahora.

En el caso *Comunidad Paynemil*<sup>28</sup>, la Defensora Oficial de Menores de Neuquén, provincia de la Patagonia argentina, interpuso una acción de amparo a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil contaminados por el consumo de agua que contenía plomo y mercurio. En la acción solicitó que se obligue al Estado a proveer agua potable en cantidad necesaria para la supervivencia de la población afectada, a realizar el diagnóstico y tratamiento de los menores afectados, y adoptar las medidas pertinentes para impedir en lo sucesivo la contaminación del suelo y el agua.

El fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén confirma la sentencia de primera instancia, hace lugar a la acción y condena al Poder Ejecutivo Provincial a que adopte las siguientes medidas: *i*) proveer por el término de dos días de 250 litros de agua potable diarios por habitante; *ii*) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin; *iii*) poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendientes a determinar si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación, y *iv*) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación.

La sentencia tiene por probado que los integrantes del Poder Ejecutivo estaban al tanto de la contaminación del agua utilizada por la comunidad para su consumo. El tribunal entiende que ha existido una omisión arbitraria del Estado provincial —la omisión de actuar con la debida diligencia para la protección del derecho a la salud y al medio ambiente sano de la comunidad y, en particular, de los niños que la integran.

28. Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, caso *Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo*, Expte. N.º 311-CA-1997, 19 de mayo de 1997.

El gobierno provincial alegaba en el caso haber tomado algunas medidas y encontrarse al estudio de las razones y tipo de contaminación que presentaba el agua. Más allá de la complejidad probatoria y la necesidad de acudir a estudios técnicos en el marco probatorio limitado de la acción de amparo, el tribunal tuvo en cuenta la gravedad de la situación y la urgencia que demandaba la protección de los derechos afectados, y sostuvo en consecuencia que el retardo en la adopción de las medidas conducentes para hacer cesar la contaminación era equiparable a una omisión, y por lo tanto no estaba justificado.

El caso de la comunidad Paynemil es uno de los precedentes más valiosos de exigibilidad directa que registra la jurisprudencia argentina reciente. En este caso, la demandante, con gran habilidad, colocó en el centro del debate la urgencia del reclamo y las características de vulnerabilidad del colectivo afectado (niños y jóvenes de una comunidad aborígen) para lograr evadir los obstáculos probatorios y la complejidad técnica del asunto debatido en el caso<sup>29</sup>.

En el caso *Asociación Benghalensis*<sup>30</sup> se condenó al Estado argentino y al Ministerio de Salud a «dar cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial, suministro de medicamentos en forma regular, oportuna y continua a aquellos enfermos que padecen las consecuencias del virus HIV/SIDA que se encuentran registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país».

29. La misma Defensoría llevó adelante dos casos similares. En el caso *Defensoría de Menores n.º 3 c/Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo*, Expte. 46-99. Acuerdo 5 del Tribunal Superior de Justicia. Neuquén, del 2 de marzo de 1999, se arribó a una sentencia similar: se ordenó al Poder Ejecutivo Provincial proporcionar a los menores y sus familias que habitan en el área de Colonia Valentina Norte Rural, la cantidad de 100 litros de agua potable por persona en excelentes condiciones de salubridad y de los medios para que las familias de bajos recursos puedan almacenarlos en las mismas condiciones en que se entreguen. En dicho pronunciamiento también se dispuso que la medida debía cumplirse en el plazo de 48 horas de notificada la sentencia con la aclaración de que se trataba de una medida de emergencia, hasta tanto se diera solución definitiva a la cuestión denunciada en autos. El pronunciamiento se funda en el derecho a la salud y a la protección del medio ambiente.

En el caso *Defensoría de Menores n.º 3 s/acción de amparo*, Expte. 77/ca 1998, del 10 de marzo de 1998, la Cámara de Apelaciones de Neuquén confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia que ordenó a la Provincia de Neuquén cubrir en forma permanente con personal idóneo los tres cargos de enfermería requeridos para la Unidad de Cuidados Intensivos Pediatría del Hospital Regional Castro Rendón.

30. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, caso *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*, 5 de marzo de 1998. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en decisión del 1 de junio de 2000 en la que, con distintos votos y fundamentos, se respalda en lo sustancial el pronunciamiento de la Cámara.

La sentencia fue dictada en el marco de una acción de amparo promovida por diversas entidades no gubernamentales que trabajan en la lucha contra el SIDA, en la que se solicitaba se condene al Ministerio de Salud y Acción Social del Estado Nacional a cumplir en forma total y permanente con la asistencia, el tratamiento, la rehabilitación y en especial, con el suministro de medicamentos, a las personas que padecen las consecuencias del virus HIV/SIDA en todos los hospitales y efectores sanitarios del país. La omisión estatal denunciada incumplía con la conducta especificada en la ley 23.798.

La cuestión debatida en el caso se vincula con dos de los obstáculos reseñados para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la adecuación de los medios procesales existentes —en el caso, la posibilidad de actuación procesal de organizaciones no gubernamentales en representación de las víctimas en casos de violación de derechos sociales de incidencia colectiva—, y el alcance de las prestaciones a cargo del Estado cuando implican acciones positivas que ponen en juego recursos presupuestarios.

En tal sentido, el pronunciamiento de primera instancia sostiene una interpretación extensiva de la legitimación activa prevista en el artículo 43 de la Constitución argentina, distinguiendo entre el antiguo requisito de la existencia de un sujeto agraviado en un derecho subjetivo y el concepto de afectado previsto en el nuevo precepto constitucional<sup>31</sup>. Por otro lado, en cuanto al fondo de la cuestión, se adopta un criterio amplio respecto al alcance de las obligaciones que le competen al Estado Nacional en virtud de la ley 23.798.

La primera excepción planteada por el Estado Nacional consistió en negar legitimación a las asociaciones para interponer la acción en virtud de que no invocaban una lesión a un derecho propio. En este sentido sostenía la demandada que la acción autorizada por el segundo párrafo del artículo 43 debía ser ejercida por aquellos a quienes la violación produjera alguna afectación directa.

Para resolver este planteo, el juez de primera instancia distingue claramente entre la legitimación prevista para la interposición del amparo regulado en el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución argentina<sup>32</sup>, al que considera que debe aplicarse toda la jurisprudencia

31. El segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución argentina, reformada en 1994, instituye el denominado «amparo colectivo». La norma dispone que «(p)odrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización».

32. El primer párrafo del artículo 43 de la Constitución argentina, según la refor-

denia anterior a la reforma, y la legitimación que contempla el segundo párrafo de dicho artículo. En este sentido el magistrado interpreta que cuando se regula la acción de amparo «... contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...» y se otorga legitimación para deducir esa acción al defensor del pueblo, a las asociaciones que tiendan a esos fines y al afectado, «ese afectado, no ha de ser sólo el agraviado en un derecho subjetivo, en tanto si así se entendiera cabría también concluir, necesariamente, que el legislador constituyente incurrió en una reiteración, habida cuenta que ese tipo de afectados ya contaba con la legitimación que le reconocía el primer párrafo del artículo 43».

Sostiene de tal modo el magistrado que: «... (L)a expresión afectado tiene un sentido más amplio, concebido como el interés que en el carácter de usuario, consumidor o integrante del colectivo se tenga para exigir el pleno respeto a los derechos que enuncian en el texto constitucional».

El juez encuentra además una justificación adicional para que en este tipo de casos se permita la legitimación de las asociaciones. Sobre este punto expresa que: «... (S)i se siguiera el criterio que parece postular la demandada, se haría necesario que cada uno de los afectados por el SIDA concurren a la sede del tribunal para lograr el reconocimiento concreto y particularizado de su derecho a recibir la medicación y la atención acorde al grado de evolución de su enfermedad, revelando para ello su identidad», todo lo cual sería contrario al espíritu de la norma, que procura resguardar la intimidad de los afectados. Por ello, sostiene:

[...] las peticiones que formulen las entidades que los nuclean o de algún modo desarrollan su actividad en torno a los afectados por la enfermedad, deben ser entendidas como ejerciendo la representación de cada uno de los grupos de interés de que se trate, en tanto guarde adecuada correlación con los fines a los que ellas tiendan, más aún cuando los integrantes de ese grupo al que representan

ma de 1994, otorga jerarquía constitucional al denominado «amparo clásico», creado en la Argentina por vía pretoriana y reglamentado legislativamente por ley 16.986. El párrafo dispone que «(t)oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

gozan de una reserva de identidad, la que está especialmente protegida por la ley.

En este caso se observa claramente cómo la posibilidad de actuación del sujeto colectivo determina la exigibilidad del derecho, desde que resulta difícil que las víctimas se presenten individualmente a reclamar la prestación, tanto por impedimentos materiales como por la necesidad de resguardar su intimidad.

Con respecto a la segunda de las cuestiones mencionadas, se advierte que tanto el fallo de Primera Instancia como el pronunciamiento confirmatorio de la Cámara de Apelaciones, contienen consideraciones de suma relevancia en cuanto a los alcances de la obligación del Estado Nacional de proveer a la prevención y al tratamiento del VIH/SIDA.

A diferencia de otras cuestiones vinculadas a la vigencia del derecho a la salud en las que la medida de la prestación estatal no está determinada exactamente, la ley 23.798 fija con bastante claridad el alcance de la obligación del Estado en materia de HIV/SIDA. En tal sentido, el marco del debate sobre la prestación estatal debida resulta sumamente acotado por las definiciones normativas<sup>33</sup>. Cuando el contenido de la conducta debida por el Estado resulta fijado normativamente, el Poder Judicial parece menos reticente a obligarlo a cumplir con dicha conducta, aunque de ello se deriven consecuencias presupuestarias.

33. En el caso, el alcance de la obligación legal de prestación es materia de un pormenorizado análisis en ambas instancias. En tal sentido, el magistrado de primera instancia da por sentado que el Ministerio demandado no ha suministrado a los efectores de cada jurisdicción en forma oportuna y continuada, la especie y cantidad de medicamentos que le fueron requeridos, y en esa conducta el magistrado encuentra la omisión del Estado por la que debe responder. Explica que «si bien es cierto que de consuno con la metodología implementada por el Programa Nacional de Salud, la entrega de la medicación indicada por el médico tratante se realiza a través de los centros efectores de la jurisdicción del paciente, habiéndose suscripto convenios entre los ministerios del área de Salud de la Nación y de las distintas provincias..., lo cierto es que dichos acuerdos de implementación del sistema no pueden interpretarse como un traslado de responsabilidad del Ministerio demandado en autos a las otras jurisdicciones...». Sostiene esto pues la «regularidad en la entrega de las drogas requeridas por los efectores, y que ellos entregarán a los pacientes inscriptos en sus jurisdicciones, es precisamente la conducta que no se advierte cumplida por parte de la demandada». «No se trata aquí de entregas periódicas, sino de que las mismas permitan asegurar la continuidad y regularidad del tratamiento médico prescrito...». Agrega luego que «(l)a demandada parece interpretar que su obligación se agota con la entrega de una dosis, sin asumir, como lo prevé la ley, que su responsabilidad por la provisión se mantiene por todo el período en que los médicos tratantes aconsejan la toma de la medicación».

En el caso *Hospital Leónidas Lucero*<sup>34</sup>, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, Argentina, ordenó al gobierno bonaerense suministrar en forma ininterrumpida medicamentos a treinta y cuatro enfermos de SIDA, ratificando lo establecido en primera instancia por un juez que había ordenado al Ministerio de Salud de la provincia entregar las drogas retrovirales en forma continua a doce enfermos de SIDA atendidos en el Hospital Municipal Leónidas Lucero y a veintidós asistidos en el Hospital Interzonal General José Penna, ambos de Bahía Blanca.

El Estado provincial pretendió convertir en abstracta la cuestión al indicar que al momento de llegar el expediente a la Cámara los enfermos recibían ya los medicamentos. La importancia del fallo de la Cámara radica en haber sentado como principio para este tipo de amparos, originados en la discontinuidad de provisión de fármacos destinados a pacientes de HIV/ SIDA, que la obligación del Estado no puede agotarse con la sola entrega de una partida de medicamentos, ya que no puede alegarse que en caso de reiterarse la omisión los damnificados estén obligados a interponer una nueva acción de amparo. De obligarse a los pacientes a accionar ante cada omisión no sólo se violarían los derechos a la salud e integridad física, psíquica y moral de estas personas, sino también su dignidad, colocándolos en un riesgo cierto de perder la vida o agravar sus padecimientos.

El amparo no se convierte en abstracto, esto es, no se ha superado el acto violatorio de un derecho que le da origen, por el solo suministro de una partida de drogas, ya que la efectividad del tratamiento que reciben los enfermos requiere que la provisión tenga una secuencia determinada por los especialistas.

Este pronunciamiento, que diferencia entre suministro del remedio y continuidad de tratamiento, tiene enormes proyecciones en materia de exigibilidad del derecho a la salud y fija claramente el alcance del deber del Estado en esta materia.

Desde la perspectiva de las estrategias de exigibilidad directa, es importante señalar que en estos casos resulta vital escoger convenientemente e identificar con claridad la prestación o la acción positiva concreta del Estado que se reclama. Adviértase que en el caso si lo pedido hubiera sido el medicamento y no el tratamiento, el Estado podría haber convertido la acción en abstracta y frustrado el resultado del litigio, cuando existía un interés comprensible de los actores

34. Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, caso *C. y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires*, del 2 de septiembre de 1997.

en que se emitiera un pronunciamiento sobre la existencia y alcance del derecho. Con respecto a los obstáculos comentados, en el caso la conducta debida resultaba clara, las posibilidades de discusión «política» o «técnica» reducidas, ya que el propio Estado reconoce que el suministro de las drogas resulta la medida adecuada para satisfacer el derecho, y a ello se sumaba la gravedad e irreversibilidad de la afectación del derecho, que en el caso resulta patente.

Otro ejemplo proviene de la realidad sudafricana, cuyo reciente texto constitucional —que data de 1996— contiene una generosa enumeración de derechos económicos, sociales y culturales<sup>35</sup>, amén de una garantía explícita de justiciabilidad de sus violaciones<sup>36</sup>. Dado lo reciente de este instrumento constitucional, los tribunales sudafricanos recién están decidiendo los primeros casos fundados en la aplicación de estas normas<sup>37</sup>, aunque la Corte Constitucional de ese país ya ha manifestado —en el procedimiento de certificación de la Constitución previsto por la misma como requisito para su entrada en vigencia, y ante la impugnación de la inclusión de derechos sociales y culturales en el texto constitucional por parte de grupos conservadores— su compromiso con la exigibilidad de las obligaciones estatales de respeto y protección de estos derechos<sup>38</sup>.

Yendo al caso que nos ocupa, se trata de una decisión de la División Local de la Alta Corte en el Cabo Sud-Oriental (*South-Eastern Local Division of the High Court*), identificado como *B and Others v. The Minister of Correctional Services and Others*<sup>39</sup>. La cuestión fue planteada por un grupo de personas privadas de su libertad y encarceladas en unidades administradas por la demandada, con diagnóstico HIV-positivo. Los actores articularon una acción tendiente a obtener una declaración judicial de que el derecho de las perso-

nas encarceladas a un «tratamiento médico adecuado» (explícitamente otorgado en el artículo 35 [2] [e] de la Constitución sudafricana) impone al Estado la entrega de medicación específica contra ese virus (una combinación de AZT y ddl). La parte demandada se opuso a esa interpretación, sosteniendo que la medicación era demasiado cara, y que sólo estaba obligada a proveer a los actores el mismo estándar de cuidado otorgado a los pacientes de hospitales estatales fuera de la prisión. El Estado aportó prueba dirigida a demostrar que el uso de las drogas antivirales relevantes en los hospitales estatales de la región era limitado, y que los actores no calificarían para la obtención de esa medicación de acuerdo a las directrices aplicadas en esos hospitales.

La Alta Corte dio la razón al planteo de los actores, sobre la base de considerar que es opinión común entre los expertos médicos que las drogas solicitadas son el mejor tratamiento para el HIV. El tribunal sostuvo que «una vez establecido que cualquier otro tratamiento distinto a una forma particular de tratamiento médico resulta menos adecuado, la persona encarcelada tiene un derecho constitucional a esa forma de tratamiento médico, y no constituye una defensa aceptable para las autoridades de la prisión el alegar que no pueden cubrir la provisión de esa forma de tratamiento médico». La Corte señala que, al determinar qué es «tratamiento médico adecuado», debe tenerse en cuenta la posibilidad de sostenerlo por parte del Estado. La Constitución no habla de «tratamiento médico óptimo», sino de «tratamiento médico adecuado». En el caso, sin embargo, el Estado no planteó en ningún momento que, debido a limitaciones presupuestarias, no pudiera cubrir el tratamiento antiviral a los internos diagnosticados HIV positivo.

El tribunal rechazó también el argumento de que el Estado no tenía obligaciones más gravosas con las personas privadas de libertad que con los ciudadanos en general, negándose a aceptar que el estándar del «tratamiento médico adecuado» establecido para las personas presas deba ser determinado a partir de lo que el Estado pueda proveer a los pacientes de escasos recursos fuera de la prisión.

En consecuencia, la Corte acepta el planteo de los peticionantes, declarando que, en el caso, su derecho constitucional a un tratamiento médico adecuado incluye el tratamiento antiviral solicitado.

Como vemos, el caso se sitúa bastante más allá de los límites de lo habitualmente aceptado en materia de control judicial de la satisfacción estatal de derechos sociales. Con respecto a los obstáculos comentados, el tribunal interpreta la noción de «tratamiento médico adecuado» a partir de las limitaciones fácticas propias del caso, deri-

35. Constitución de la República de Sudáfrica, art. 23 (derechos laborales y sindicales), art. 24 (derechos ambientales), art. 26 (derecho a la vivienda), art. 27 (derecho a la asistencia médica, agua, alimentación y seguridad social), art. 28 (derechos de los niños), art. 29 (derecho a la educación), arts. 30 y 31 (derechos culturales).

36. Constitución de la República de Sudáfrica, art. 38.

37. Para una revisión de las primeras aplicaciones jurisprudenciales en la materia, cf. D. Brand, «Hard cases. A review of cases and international developments relating to socio-economic rights»: *Economic and Social Rights Review* 1 (marzo 1998) (editada por el Centro de Derechos Socio-económicos de la Universidad de Pretoria). Agradecemos al autor por la gentil remisión de una copia del trabajo.

38. Ver Corte Constitucional de Sudáfrica, *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, 1996 (10) BCLR 1253 (CC). Ver también el análisis de caso *Grootboom*, *infra*.

39. División Local de la Alta Corte en el Cabo Sud-Oriental, *B and Others v. The Minister of Correctional Services and Others*, 1997 (6) BCLR 789 (C).

vando de la naturaleza de la enfermedad la conducta debida por el Estado para el caso concreto. Esta determinación lleva, además, a superar las dificultades vinculadas con el carácter «técnico» de la cuestión debatida: establecido que el tratamiento generalmente aceptado por los médicos es el solicitado por los demandantes, el margen de discrecionalidad del Estado para elegir otra interpretación de la expresión «tratamiento médico adecuado» es mínimo. En cuanto a los argumentos referidos a la necesidad de disposición presupuestaria para cumplir con la sentencia, el tribunal asigna la carga de probar la falta de presupuesto al propio Estado que, por no haber alegado la imposibilidad de hacer frente al tratamiento solicitado, ha excluido del debate judicial esa cuestión. Además, pesaron también en la decisión judicial la urgencia del caso, la especial vulnerabilidad del grupo demandante, que no tiene posibilidad de acudir a ningún tratamiento alternativo, y la protección específica que la Constitución sudafricana otorga a ese grupo. Por último, el caso también resulta propicio para comentar las dificultades fundadas en la ausencia de tradición en el control judicial de la satisfacción de derechos sociales. En la realidad post-constitucional sudafricana, toda actitud interpretativa de la nueva Constitución resultaba —tanto para los jueces como para los justiciables— novedosa, ya que la ruptura normativa entre esta nueva etapa constitucional y el régimen de *apartheid* anterior resulta más que evidente. No existe ninguna restricción normativa o interpretativa que obligue a bloquear el significado de las normas constitucionales cuando de ellas se pueda derivar claramente la conducta debida: tal vez casos como el comentado sean, a la luz de precedentes posteriores que también comentaremos, propicios para fundar una nueva tradición judicial que tome en serio la protección jurisdiccional de los derechos sociales<sup>40</sup>.

En el caso *Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— s/ amparo ley 16.986*<sup>41</sup>, llevado ante los tribunales argentinos por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), se planteó la violación por parte del Estado argentino del derecho a la salud y, concretamente, de la obligación de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas, y la lucha contra ellas, contenida en el artículo 12.2 c) del PIDESC. La Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala IV resolvió en

40. Al respecto, ver el comentario al caso *Grootboom, infra*.

41. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, caso *Viceconte, Mariela c/ Estado nacional —Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986*, 2 de junio de 1998: *La Ley*, Sup. Constitucional, 5 de noviembre de 1998.

este caso hacer lugar a una acción de amparo iniciada por una afectada —habitante de la zona de incidencia de la enfermedad— con patrocinio del CELS, a través de la que se intentaba obligar al Estado a fabricar una vacuna contra la enfermedad denominada «Fiebre Hemorrágica Argentina» o «Mal de los Rastrojos».

La población en riesgo de contraer esta enfermedad, dentro del área endémica que abarca la pampa húmeda de la Argentina, es de alrededor de 3.500.000 habitantes. Dado que el diagnóstico rápido de la enfermedad es difícil y ésta afecta a población que no tiene fácil acceso a servicios de medicina preventiva, la medida sanitaria más efectiva para combatirla es el suministro de la vacuna Candid 1, cuya efectividad está en el orden del 95% y ha sido avalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Se trata sin embargo de una vacuna denominada huérfana, pues su producción no resulta rentable para los laboratorios. El Estado argentino ordenó la producción de 200.000 dosis para el programa experimental en el Instituto Salk de los Estados Unidos, de las cuales 140.000 fueron aplicadas entre 1991-1995 a los pobladores de la zona endémica con más alta exposición al riesgo de contraer la enfermedad. Sin embargo, el Estado se vio impedido de emprender campañas de vacunación masiva en atención a la escasez de las dosis restantes. Por lo demás, el Instituto Salk había anunciado que no produciría más dosis de la vacuna por no resultar rentable. En consecuencia, la administración de la vacuna se hizo crecientemente selectiva, y la incidencia de la enfermedad comenzó a aumentar, hasta que en 1996 volvieron a producirse muertes debidas a la dolencia en cuestión.

Dado que la enfermedad es exclusiva de la Argentina, que no estaba previsto producir la vacuna en el extranjero y a que, debido al número de personas que deben ser vacunadas, su producción no resulta atractiva desde el punto de vista comercial, la disponibilidad de la Candid 1 para la población del área endémica estaba sujeta a los avances del proyecto de producción de la vacuna en los laboratorios del Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas Dr. Julio Maiztegui, de la ciudad de Pergamino. Las obras necesarias para producir la vacuna en el mencionado Instituto estaban demoradas por desidia del Estado y razones presupuestarias.

En atención a las circunstancias reseñadas se interpuso una acción judicial de amparo, requiriendo al Estado que ejecutase la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 en el referido instituto, asegurando su inmediato suministro a la totalidad de los pobladores del área endémica. La actora, una vecina del área afectada por la enfermedad,

invocó como fundamento jurídico de la acción el derecho a recibir del Estado acciones concretas de prevención y tratamiento frente a enfermedades endémicas y epidémicas, obligación contenida en el artículo 12.2 c) del PIDESC, entre otras normas internacionales y constitucionales.

En primera instancia, el amparo fue rechazado. El magistrado entendió que la manifestación del Estado al contestar la acción, en el sentido de que terminaría las obras aplicando una partida presupuestaria aprobada al efecto en el presupuesto nacional, equivalía a la ausencia de omisión lesiva del derecho, privando de sustancia al caso. El tribunal de grado también valoró el argumento del Estado acerca de que la producción de una vacuna requería un proceso de validación científica que sólo podía realizar la administración pública, sin intervención de la judicatura.

El pronunciamiento fue apelado por la parte actora alegando que la mera promesa de fabricar la vacuna no equivalía a la satisfacción del derecho. En tal sentido, se afirmaba que la obligación del Estado de garantizar el derecho se cumplía con la finalización de las obras y la disponibilidad de las dosis para la población afectada, y no con el mero anuncio de su concreción.

En relación con el argumento de los límites de la actuación judicial en materia de medicamentos, una clásica cuestión «técnica» de las antes mencionadas, se sostuvo en el recurso de apelación que el Estado había reconocido la eficacia de la vacuna Candid 1 en documentos públicos que emanaban del propio Ministerio de Salud y que, por lo demás, la aprobación de una partida presupuestaria para fabricar la vacuna, y el anuncio de la finalización del laboratorio en el Instituto Maiztegui, eran actos propios que implícitamente reconocían la eficacia del fármaco, e impedían abrir un debate sobre el tema.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, antes de resolver el caso, dispuso una inspección ocular en el Laboratorio, en la cual verificó serios atrasos en el cronograma de obras que el Estado había presentado en el expediente. Con posterioridad, dictó sentencia revocando el pronunciamiento de grado y haciendo lugar a la acción. La Cámara otorgó la razón al planteo efectuado en el amparo, considerando «(q)ue la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución Nacional no sólo es una declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas».

El tribunal opinó que «cuando en un caso determinado no está previsto —por razones de conveniencia económica o interés comercial— que las personas o instituciones privadas atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad, de manera eficaz y oportuna». Da por probado, además, «que la protección más completa contra la fiebre hemorrágica argentina o mal de los rastrojos la ofrece la aplicación de la vacuna Candid 1, cuya efectividad está en el orden del 95,5%» y que, dado «que es una enfermedad exclusiva de nuestro país, que no está previsto producir vacuna Candid 1 en el extranjero, y que, debido al número de personas a vacunar la producción de esta vacuna no es atractiva desde el punto de vista comercial, la disponibilidad de dicha vacuna para la población del área endémica está sujeta a los avances del proyecto de producción de Candid 1 en los laboratorios (estatales)». Probados dichos extremos, el tribunal afirma que «surge claramente de autos que el Estado Nacional, a través del ministerio demandado ha asumido el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la Fiebre Hemorrágica Argentina. La cuestión a decidir radica entonces en determinar si la demandada ha cumplido puntualmente con sus obligaciones o si, por el contrario, ha incurrido en omisiones lesivas del derecho a la salud de la población potencialmente afectada por la mentada enfermedad». Evaluando la prueba producida, la Cámara considera que las omisiones del Estado en la implementación del proceso de producción de la vacuna resultan violatorias del derecho a la salud. En consecuencia, decide hacer lugar a la acción de amparo impetrada y ordenar al Estado Nacional que cumpla estrictamente y sin demoras con el cronograma fijado para la construcción de la unidad de producción de la vacuna.

Resulta de interés reproducir la parte resolutoria de la sentencia, a fin de tener en vista el posible alcance del mandato judicial ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales por parte de los poderes políticos del Estado:

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar, en parte, a la acción de amparo impetrada y, en consecuencia, ordenar:

a) al Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— que cumpla estrictamente y sin demoras con el cronograma cuya copia se encuentra agregada a fs. 359, responsabilizando en forma personal a los Ministros de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos —en sus respectivas áreas de competencia—, y obligando asimismo, a los organismos a su cargo al cumplimiento de los plazos legales y reglamentarios;

- b) poner esta sentencia en conocimiento del Sr. Presidente de la Nación y del Jefe de Gabinete de Ministros, mediante oficio de estilo;
- c) encomendar al Sr. Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cumplimiento del referido cronograma, sin que obste a ello el derecho que le asiste a la actora en tal sentido; y
- d) sin perjuicio de lo precedentemente dispuesto, la demandada deberá, dentro del plazo de diez (10) días de quedar notificada de la presente, informar al tribunal acerca del cumplimiento del cronograma referido en el punto a).

Como puede apreciarse, los segmentos o fases que mencionábamos anteriormente se cumplen en forma cabal en este caso: por un lado, la Cámara establece el alcance de la obligación, y juzga la conducta del Estado a partir de ese parámetro; por otro lado, establecida la existencia de un incumplimiento, fija la conducta a seguir por aquél, disponiendo además un sistema de seguimiento y control de las obligaciones fijadas en la sentencia y responsabilizando directamente a los poderes políticos por su cumplimiento.

La riqueza del caso permite efectuar algunos comentarios, referidos a la manera en la que la Cámara enfrentó los obstáculos para la exigibilidad de derechos sociales que señaláramos precedentemente.

En la sentencia se estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y se fijó un plazo para el cumplimiento de esta obligación, como se solicitara en la demanda, tomando en consideración los plazos del cronograma oficial que pasaron a tener valor de plazos legales. Ante la espinosa cuestión de los límites de la actuación de la Justicia cuando está en juego el debate de políticas públicas o la implementación de partidas presupuestarias o incluso las evaluaciones técnicas que corresponden *prima facie* a otros poderes del Estado, el tribunal valora la documentación pública acompañada como prueba y los propios dichos del Estado, como evidencia del reconocimiento expreso de los hechos centrales del caso, aún cuando el propio Estado hubiera pretendido controvertir algunos de esos hechos en el curso del proceso.

En tal sentido afirma el tribunal que «al haber asumido el Estado Nacional el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la Fiebre Hemorrágica Argentina, los habitantes de las zonas afectadas y, obviamente el Defensor del Pueblo de la Nación se encuentran legitimados para reclamarle el cumplimiento de dicho compromiso».

En tal sentido el tribunal entiende que la producción de la vacuna era una decisión de política pública asumida, por lo que no correspondía analizar en el caso si era la medida adecuada para la protec-

ción del derecho. El Estado reconoció que estaba dispuesto a hacer aquello que los demandantes reclamaban que hiciera para garantizar el derecho, aunque negaba al Poder Judicial la facultad de emplazarlo legalmente. En otros casos de exigibilidad directa, cuando el Estado ha implementado ya una política social que no alcanza a satisfacer el derecho de los demandantes, el control judicial avanza en el análisis de la razonabilidad de la política o en su carácter discriminatorio. En este caso en cambio, la única intervención del Poder Judicial se limita a convertir en obligación legal un compromiso que la administración había asumido sólo en términos políticos.

De tal modo, aun cuando la discusión sobre el deber del Estado de fabricar la vacuna se encontraba sumamente acotada en el caso por las circunstancias reseñadas —esto es: ser una vacuna huérfana, no rentable para los laboratorios extranjeros, no existir dosis suficientes para cubrir a los potenciales afectados, constituir la vacuna el único medio eficaz para proteger a la población en riesgo de sufrir la enfermedad ante la dificultad del diagnóstico y el tratamiento—, el tribunal deja aclarado que la facultad del titular del derecho social de exigir la prestación existe cuando el Estado hubiera organizado el servicio<sup>42</sup>. Resta saber qué hubiera sostenido la Sala si el Estado no hubiera manifestado su voluntad de fabricar la vacuna en el Instituto de Pergamino.

Nuestra respuesta sería la siguiente: si el Estado no hubiera manifestado su voluntad de fabricar la vacuna, la intervención del tribunal en el caso debería haber sido diferente. En efecto, hubiera quedado abierta la discusión sobre si la producción de la vacuna Candid 1 en ese laboratorio público era la medida apropiada para garantizar el derecho. Como hemos dicho, el Poder Judicial no puede suplantar a la Administración en el diseño de las políticas sociales —en este caso, en la elección de la medida sanitaria adecuada para garantizar el derecho—. Sin embargo, si el Poder Ejecutivo no hubiera adoptado

42. El argumento del tribunal recuerda la distinción de la Corte Constitucional italiana entre derechos sociales incondicionados y derechos sociales condicionados. Los derechos incondicionados serían aquellos referidos a relaciones jurídicas que se establecen espontáneamente, por la libre iniciativa de las partes. Los condicionados son derechos cuyo goce depende de la existencia de un presupuesto de hecho, es decir de la presencia de una organización que brinde las prestaciones que constituyen su objeto. De acuerdo a esa distinción, los derechos incondicionados son directamente accionables en caso de violación, mientras los derechos condicionados son defendibles judicialmente sólo a partir del momento en que se establezca el presupuesto de hecho para su goce, es decir, desde el momento en el que se instituya la organización destinada a brindar la prestación correspondiente. Cf. M. C. Cavallaro, «I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale»: *Ragion Pratica* 14 (2000), p. 29.

política alguna para garantizar la salud de la población afectada, existían en el caso elementos sumamente útiles para analizar el alcance de la medida que los demandantes reclamaban. Esos elementos que hemos mencionado surgían de información pública. A partir de estos elementos podía determinarse esencialmente que la única medida sanitaria efectiva era la vacuna, y que sólo el Estado estaba en condiciones de producirla. En nuestra opinión, de no haber mediado en el caso la decisión política del Estado de fabricar la vacuna, el tribunal podría haber impuesto esta obligación si hubiera determinado que la fabricación de la vacuna era la única medida apropiada que podía adoptarse, en virtud de las circunstancias del caso, para garantizar el derecho. El margen de deferencia que tiene a su favor la Administración para la elección de las medidas apropiadas no puede en modo alguno entenderse como una barrera insalvable para que el Poder Judicial establezca, sobre la base de hechos probados o reconocidos por el propio Estado, la obligación de adoptar una medida juzgada como la única apropiada para garantizar el derecho social en las circunstancias particulares de un caso. La falta de alternativas en términos de medidas a adoptar es un criterio de suma utilidad para justificar la intervención judicial en un caso particular.

En *Viceconte*, la discusión fue acotada por la decisión política de fabricar la vacuna. El pronunciamiento constituye un valioso precedente, pues se reafirma el deber jurídico de garantizar medidas muy concretas de prevención frente a enfermedades de esta índole y, en consecuencia, se fijan plazos ciertos para adoptar esas medidas y sanciones personales para los funcionarios públicos responsables para el caso de incumplimiento.

Desde la perspectiva de las estrategias de exigibilidad directa, es importante subrayar el enorme valor que tuvo en el caso la información que emanaba del propio Estado, en particular los documentos sobre el estado de la enfermedad, la cantidad de dosis disponibles con relación a la población afectada, y la imposibilidad de producir la enfermedad en el sector privado nacional o extranjero. Estos hechos, reconocidos por el propio Estado en documentos emitidos por oficinas públicas, cerraron considerablemente los márgenes de debate del caso.

Es interesante señalar otro aspecto del caso vinculado a los obstáculos para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En la zona más afectada por la enfermedad se habían producido marchas en reclamo de la vacuna y se habían enviado cartas a los poderes públicos. Además existían numerosos pedidos de informes de legisladores nacionales y provinciales al Poder Ejecutivo

sobre el tema, que no habían obtenido respuesta. Sin embargo, pese a que las manifestaciones de reclamo habían revestido cierta importancia en las principales ciudades afectadas, y a la existencia de peticiones dirigidas a las autoridades políticas, el conflicto no se había planteado en términos de derechos, es decir, no había existido hasta el momento demanda judicial alguna. Este ejemplo muestra claramente que la exigibilidad de derechos sociales es un proceso en vías de construcción que requiere la visualización del carácter jurídico de las obligaciones del Estado en la materia. Era claro que la comunidad afectada percibía la justicia del reclamo pero no concebía el conflicto en términos de una violación de sus derechos.

Por último, también merece un comentario la manera de paliar los obstáculos de naturaleza procesal. El reclamo no estuvo dirigido a garantizar el derecho individual a la salud de la actora, sino a garantizar el derecho a la salud de toda la población potencialmente afectada. Si el caso se hubiese planteado en términos individuales, hubiera bastado que el Estado suministrara a la actora la dosis de la vacuna correspondiente. De modo que la actora interpone un amparo colectivo, como representante del grupo social potencialmente afectado por la enfermedad. Específicamente, la acción tenía como objeto obtener una declaración judicial de que la omisión del Estado constituía una violación al derecho a la salud de la población potencialmente afectada, y una orden judicial destinada a que el Estado asegurara la cobertura de ese derecho para toda la clase, previniendo la propagación de la enfermedad endemo-epidémica mencionada. Como la única forma efectiva de prevención de la propagación de la enfermedad comprobada era el aseguramiento de provisión de la vacuna, en el amparo se exige al Estado que se ejecute la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna en el país, asegurando su inmediato suministro a la totalidad de la población en riesgo de contraer la enfermedad. En los países en cuya legislación procesal no están previstas acciones colectivas, cabe imaginar algunas alternativas tendentes a evitar que el Estado disuelva su responsabilidad a través de la solución de casos individuales dispersos. Una posibilidad, tal vez engorrosa pero útil si no existen otras soluciones, es la de constituir un litisconsorcio o acumular acciones de reclamo similares, de tal modo que el número de litisconsortes o de pleitos acumulados fuerce al Estado a adoptar una solución que, por su escala, deba necesariamente beneficiar a la clase entera. Una segunda variante puede consistir en la representación de intereses colectivos por parte de algún grupo o asociación, cuando la legislación asigne legitimación para casos tales como protección del

consumidor o protección de los intereses difusos a aquellas entidades. Por último, la legislación adjetiva y sustantiva suele asignar a algunas instituciones estatales, tales como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, competencia para velar por los derechos humanos o por la legalidad, y legitimación para estar en juicio en su defensa. Más adelante veremos ejemplos del uso de esta forma de legitimación procesal para la defensa de derechos sociales.

—En un fallo recentísimo —dictado en el marco del caso *Beviacqua*<sup>43</sup>— la Corte Suprema argentina ha venido a confirmar algunas de las líneas teóricas y jurisprudenciales hasta aquí desarrolladas, en una decisión llamada a tener importantes efectos sobre la respuesta de los tribunales nacionales ante casos en los que se plantea la vulneración de un derecho social.

Los hechos en cuestión eran los siguientes. Una institución estatal (el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas) venía suministrando en forma gratuita una medicación especial de la cual depende el tratamiento de un niño afectado por una grave enfermedad ósea (denominada enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita). El 2 de diciembre de 1998, el organismo notificó a los padres del niño que el medicamento se entregaba «por última vez». Ante el peligro inminente de interrupción del tratamiento, la madre del menor presentó una acción de amparo, con el fin de hacer cesar el acto lesivo que privó al niño de la medicación, fundando su petición en el menoscabo de los derechos a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos de jerarquía constitucional.

El Estado contestó que el niño sufría una enfermedad no oncológica, por lo que no era obligación del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas entregar el medicamento requerido; que su entrega había obedecido sólo a razones humanitarias, por lo que el Estado podía interrumpirla discrecionalmente, y que la interesada debía dirigirse a su propia obra social<sup>44</sup>, o solicitar un subsidio al Estado —de otorgamiento también discrecional— pues la responsabilidad estatal en la materia sólo es subsidiaria.

43. CSJN, caso *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho*, 24 de octubre de 2000.

44. En el contexto argentino, las «obras sociales» son las entidades no estatales a las que se destinan los aportes de la seguridad social descontados del salario de los trabajadores. La estructuración de las obras sociales corresponde a cada actividad económica o laboral: hay obras sociales estatales, de comercio, bancarias, de la industria metalmeccánica, de la industria de la construcción, etcétera.

Tanto en primera como en segunda instancia, los tribunales dieron la razón a la madre del niño y ordenaron al Estado mantener la provisión del medicamento. El juez de primera instancia tuvo en cuenta los informes oficiales acerca de las características de la enfermedad, la imposibilidad económica de la familia de costear el medicamento y diversos certificados médicos que demostraban tanto la gravedad de la enfermedad, como la urgencia de mantener el tratamiento del niño en forma permanente e ininterrumpida. Consideró además que, sin perjuicio de las gestiones que pudiera realizar el respectivo Ministerio para que la provisión del medicamento se produjera a través de otros organismos, el Estado es el garante del sistema de salud y por la tanto su acto vulnera los derechos a la vida, a la dignidad personal y al bienestar general protegidos por la Constitución y los pactos de derechos humanos de jerarquía constitucional. A su turno, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba agregó los siguientes argumentos: *a*) que los derechos a la vida y a la preservación de la salud contenidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional conllevan deberes correlativos que el Estado debe asumir en la organización del servicio sanitario; *b*) que, de acuerdo a la propia ley que organiza el sistema nacional de salud, el principio de actuación subsidiaria que rige en la materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial «a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica», y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de previsión de los individuos o pequeñas comunidades; *c*) que, dado que la obra social respectiva no está en condiciones de asumir la regular cobertura de la medicación necesaria para el tratamiento del niño, es el Estado Nacional, a través del Ministerio demandado, el que debe intervenir subsidiariamente para dar adecuada tutela a los derechos del niño, sin perjuicio de la realización de los trámites necesarios para lograr que la asistencia sea realizada de modo regular y efectivo por los organismos pertinentes.

Condenado en las dos instancias, el Estado llega por recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que la sentencia de Cámara ha trasladado indebidamente al Estado la responsabilidad de atender la dolencia del menor y ha liberado a la obra social y a la autoridad provincial de las obligaciones legales que pesaban a su cargo, afectando el principio de actuación subsidiaria del Estado, los derechos de propiedad y defensa en juicio, y las facultades de las provincias en materia de salud. Concretamente, alega que no existe sustento legal para obligar a actuar al Estado en defecto de la obra

social —obligada a cumplir con un programa médico obligatorio—, y además dice que la sentencia compromete los recursos económicos para organizar los planes de salud, en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el Ministerio tiene que proteger. Repite, además, que la atención anterior prestada al niño sólo respondía a razones humanitarias, y no legales.

La Corte centra su análisis en la responsabilidad asignada al Estado frente a la situación que compromete la vida y la salud del niño. Recalca la raigambre constitucional de los derechos a la vida, a la salud y a la protección de la niñez, y la obligación del Estado de cumplir las obligaciones que surgen de instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional —tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre— garantizando esos derechos con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir otras jurisdicciones o entidades públicas y privadas. Explícitamente, se refiere al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción, señalando que entre las medidas que deben ser adoptadas para garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12 PIDESC), y a la asunción del Estado de su obligación «hasta el máximo de los recursos posibles» de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese tratado (art. 2.1 PIDESC).

Sobre esta base, la Corte llega a las siguientes conclusiones:

a) «(E)l Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos estatales» (considerando 21).

b) La ley que instituye el sistema nacional de salud (ley 23.661) tiene la finalidad de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económi-

ca, cultural o geográfica. Con tal finalidad, el sistema ha sido diseñado en el marco de una concepción integradora del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa de las acciones. La propia ley fija como autoridad de aplicación de las políticas sanitarias del sistema y de las políticas de medicamentos al Ministerio de Salud y Acción Social, a través de la Secretaría de Salud. «En tal carácter, le corresponde “articular y coordinar” los servicios asistenciales que prestan las obras sociales..., los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país”» (considerandos 22 y 23).

c) El Estado nacional ejerce una función rectora en este campo, y compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, «garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios» (considerando 27).

d) «La decisión de prestar asistencia al menor, adoptada oportunamente por la autoridad nacional hasta que resolvió interrumpir la entrega de la medicación, había atendido a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño, lo que se ajustaba a los principios constitucionales y a las leyes dictadas en su consecuencia...». Del expediente surge que el propio Estado suministró el fármaco haciendo «mérito de la gravedad del caso y de la falta de protección en la que se hallaba la familia del menor, lo que dio lugar a la resolución de su cobertura hasta que se regularizara la asistencia de la afiliada mediante la obra social a la que pertenecía». «La prolongación de ese estado [...] priva de sustento a los planteos de la parte que pretenden negar una obligación de ayuda al menor en defecto de la obra social, toda vez que subsisten al presente las razones ‘exclusivamente humanitarias’ que dieron lugar a la entrega del remedio, las cuales, por otra parte, no pueden ser entendidas sino como reconocimiento de la responsabilidad de la demandada de resguardar la vida del niño» (considerandos 28, 29 y 30).

e) La existencia de una obra social obligada al cumplimiento de un programa médico obligatorio «no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, pues si se aceptara el criterio de la recurrente que pretende justificar la interrupción de la asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se esta-

blecería un supuesto de discriminación [...] respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, carecería absolutamente del derecho a la atención médica sanitaria pública, lo que colocaría al Estado en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud». «(F)rente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el *sub examine* a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación» (considerandos 31 y 33).

En consecuencia, la Corte rechaza el recurso del Estado y confirma la sentencia de Cámara que acogía la acción de amparo.

Veamos algunos de los aspectos del fallo a la luz de los obstáculos discutidos.

En cuanto a la determinación de la conducta debida por el Estado, la Corte la construye a partir de un doble orden de consideraciones: en primer término, la ausencia de alternativas fácticas al tratamiento debido, hecho que estrecha convenientemente la discrecionalidad del Estado en la materia. En segundo término, establecida la conducta debida, la discusión del caso se centra en saber quién es el obligado a actuar en la situación de emergencia: si la obra social, la autoridad provincial o la autoridad estatal. La Corte asigna la responsabilidad al Estado, sin perjuicio del ejercicio de acciones posteriores que canalicen debidamente el tratamiento a otras instituciones, tomando en cuenta dos factores: el carácter de garante del sistema integrado de salud que el Estado ha asumido a partir del propio postulado de la ley, y la conducta anterior del Estado, que de hecho había suministrado el medicamento al niño hasta su interrupción intempestiva.

El primer factor marca una ruta hermenéutica interesante, que es la de derivar obligaciones legales para casos concretos de los principios generales establecidos en una ley de carácter orgánico, como es la ley que instituye el sistema nacional de salud. El grado de abstracción de estas cláusulas, que enuncian los principios rectores de un sistema o institución<sup>45</sup>, es en muchos casos similar al de las cláusulas

45. Como hemos visto, la ley 23.661 establece en su artículo 1 que el sistema nacional de salud se instituye «a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación económica, cultural o geográfica». En su artículo 2, la ley dispone que es su objetivo fundamental «proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendien-

contenidas en las constituciones o tratados de derechos humanos, de modo que el ejercicio hermenéutico para derivar una solución particular de esos principios no difiere mayormente en ambos casos.

El segundo factor se enlaza en la tendencia que ya hemos comentado, que es la de considerar que la conducta previa del Estado en el cumplimiento de una obligación derivada de un derecho social limita la discrecionalidad estatal, de modo que, cuando la situación de hecho se mantiene y el nivel de la prestación correspondiente empeora o disminuye, pesa sobre el Estado la demostración de razones de mejor protección de un derecho o de necesidad justificable, demostración que debe superar un escrutinio estricto. Cabe remitir a lo dicho con mayor detalle cuando abordamos la obligación de progresividad y prohibición de regresividad. En el caso, aunque el Estado alegue «razones exclusivamente humanitarias» para justificar su previa entrega del medicamento, intentando con ello negarle carácter de obligación legal, la Corte considera que la práctica efectiva de entrega del remedio debe ser entendida como reconocimiento de la responsabilidad estatal de resguardar la vida del niño.

En cuanto a la cuestión del carácter «político» o «técnico» de la cuestión, el caso también plantea aspectos interesantes. Es evidente que el argumento de la urgencia e irreversibilidad de la potencial lesión al bien jurídico tutelado, en este caso la salud y la vida del niño, ha resultado un factor de peso para postergar discusiones vinculadas con la priorización de beneficiarios, la disposición de fondos públicos o argumentos similares. Como hemos dicho, el Estado alega, entre otras cosas, que la sentencia de Cámara compromete los recursos económicos para organizar los planes de salud, en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el Ministerio tiene que proteger. Este argumento ni siquiera es considerado por la Corte: la construcción del alto tribunal parece presuponer que, estando la provisión del medicamento comprendida dentro de las responsabilidades del Ministerio, corresponde a ese organismo arbitrar los medios financieros necesarios para cubrirla. También hemos recalcado las particulares restricciones del contexto de acciones tales como la de amparo, tutela o protección para discutir cuestiones vinculadas con la determinación de competencias administrativas o de índole burocrática, que sin embargo en este caso juegan a favor del derecho del niño: si el derecho en juego corre el riesgo de verse pulverizado, el Estado debe garantizarlo, amén de canalizar correctamente la satis-

tes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...».

facción del derecho por la vía correspondiente. El Estado intenta poner en debate el carácter no oncológico de la dolencia que afecta al niño, para demostrar que el otorgamiento de la remedio por parte del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas es una mera concesión graciosa, o bien no corresponde a las competencias de dicha repartición estatal. Frente a ese argumento, el mensaje de los jueces de las tres instancias es claro: si el Estado es el garante del sistema, las cuestiones de organización interna de la administración no son oponibles como excusa para interrumpir una prestación a un beneficiario. El Estado cuenta con las vías para regularizar el trámite de la prestación por los canales adecuados —sea la exigencia de la responsabilidad a la obra social, o la reasignación de la cobertura a otra repartición, o alguna otra medida pertinente—, pero no puede postergar la satisfacción del derecho mientras se decide a hacerlo.

En cuanto a la complejidad «técnica» de la cuestión, varios son los factores que se concatenan para tutelar judicialmente el derecho. Por un lado, dado el carácter expedito de la acción, basta con la acreditación de la verosimilitud de la inminencia e irreparabilidad del daño, hecho demostrado a partir de la prueba presentada. Por otro lado, también es aplicable al caso lo dicho con respecto a los actos propios del Estado: tanto los informes estatales previos, en los que se evalúa la situación del menor para conceder el medicamento, como la propia conducta del Estado, efectuando dicha entrega, constituyen evidencia que impide la dilución de la cuestión bajo excusas de tratarse de materias administrativas no susceptibles de control judicial. Los informes y la conducta previa del Estado estrechan el margen de discrecionalidad, impidiendo que los poderes públicos modifiquen inopinadamente su curso de acción si esto afecta a un derecho y no existe justificación suficiente.

En el caso *The Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom, Irene and others*<sup>46</sup>, del 4 de octubre de 2000, la Corte Constitucional de Sudáfrica analizó una apelación interpuesta por el gobierno sudafricano contra la orden de proveer refugio a 390 personas mayores de edad y 510 niños que habían sido desalojados de un terreno privado en la Provincia del Cabo Occidental.

Irene Grootboom y los demás demandantes habían requerido al tribunal superior del Cabo de Buena Esperanza una orden judicial exigiendo al gobierno local y federal la provisión de un refugio en condiciones adecuadas o un alojamiento provisorio hasta que obtu-

46. Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *The Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*.

vieran una vivienda permanente, luego de haber sido desalojados de un terreno que ocupaban, a su vez afectado a planes oficiales de construcción de viviendas.

Los demandantes basaron sus reclamos sobre dos cláusulas constitucionales. En primer término invocaron el artículo 26 de la Constitución sudafricana de 1996, que establece que toda persona tiene el derecho de acceder a una vivienda adecuada, e impone al Estado en la sección 26 (2) la obligación de adoptar medidas de orden legislativo y otro tipo de medidas razonables para asegurar la realización progresiva del derecho dentro de los recursos disponibles. En segundo término invocaron el artículo 28 (1) (c), que establece el derecho de los niños a un refugio básico.

El tribunal local aceptó la petición y ordenó al gobierno proveer refugio a las familias con niños, fijando además ciertas condiciones mínimas como letrinas y suministro regular de agua. El tribunal fundó su decisión en el artículo 28 (1) (c) de la Constitución sudafricana de 1996 y trató de definir cuáles eran los elementos básicos que debía reunir ese refugio, considerando sin embargo esta protección como rudimentaria en relación con la provisión de una casa o una vivienda adecuada, en el esquema de obligaciones de la Constitución. El gobierno nacional y el de la Provincia del Cabo Occidental apelaron la decisión ante la Corte Constitucional de Sudáfrica.

El caso ponía en evidencia un serio conflicto social que tenía sus raíces en el régimen del *apartheid*. Uno de los puntos centrales de esa política fue el férreo control tendente a excluir a la población africana (negra) de las zonas urbanas, favoreciendo el asentamiento de población mestiza (*coloured*). En la Provincia del Cabo Occidental, donde se desarrollan los hechos del caso, la entrega de viviendas en áreas urbanas a familias de la comunidad africana estaba congelada desde hacía aproximadamente treinta años. Pese a ello, los traslados de familias de la comunidad africana desde zonas rurales a zonas urbanas, en busca de oportunidades laborales, no había cesado. Cientos de miles de personas habitaban en asentamientos precarios situados en terrenos ocupados, sufriendo el hostigamiento de las fuerzas policiales que procedían habitualmente a realizar violentos desalojos masivos. Finalizado el régimen del *apartheid*, las autoridades debieron enfrentar como legado un profundo déficit de viviendas en las ciudades. El gobierno nacional y el local habían adoptado una serie de medidas de orden legislativo y comenzado la ejecución de varios programas de vivienda en las diversas instancias. Muchos de los demandantes habían ingresado en calidad de beneficiarios en un programa municipal de subsidios para la obtención de viviendas de bajo

costo, pero estaban en lista de espera desde hacía más de siete años y, pese a haber formulado reclamos formales por las demoras en el programa, no habían obtenido respuesta de las autoridades.

Cuando la Corte concedió el recurso recibió una serie de memoriales en calidad de *amici curiae* presentados por la Human Rights Commission, el Community Law Centre of the University of Western Cape, y el Legal Resources Centre.

La Corte decidió analizar el caso no bajo el precepto sobre derecho de los niños a un refugio, sino sobre la base del más complejo artículo 26, que regula el derecho de acceso a una vivienda adecuada. El punto de partida del análisis del tribunal fue entender a los derechos económicos y sociales como derechos justiciables a partir de su reconocimiento expreso en la Constitución. «Los derechos económicos y sociales están expresamente reconocidos en la declaración de derechos de la Constitución y no puede decirse de ellos que existen sólo en el papel. La sección 7 (2) de la Constitución requiere al Estado respetar, proteger, promover y garantizar los derechos constitucionales y los tribunales están obligados constitucionalmente a asegurar que esos derechos sean protegidos y garantizados. La cuestión entonces no es si los derechos económicos y sociales son justiciables en la Constitución sino cómo los hacemos efectivos en un caso determinado».

A fin de analizar el alcance de la obligación del Estado de garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada, la Corte toma en cuenta el memorial presentado por el Legal Resources Centre con relación a los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia. Así, evalúa el contenido de la obligación del Estado en materia de vivienda sobre la base de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. El memorial *amicus curiae* sugiere a la Corte avanzar en la determinación de ciertos contenidos mínimos o esenciales del derecho a la vivienda adecuada, pero el tribunal entiende que la fijación de esos estándares resulta una cuestión excesivamente espinosa. Para la Corte la cuestión real, en términos de la Constitución, es determinar si las medidas adoptadas por el Estado en sus distintas jurisdicciones para realizar el derecho a la vivienda han sido razonables. Reconoce no obstante que pueden existir casos en los cuales resulte posible y a la vez apropiado considerar el contenido mínimo de un derecho para determinar la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado. Pero para hacerlo es necesario contar con suficiente información y, en el caso, la Corte entiende que no cuenta con ella.

Ahora bien, ¿qué significa que el Estado<sup>47</sup> debe adoptar medidas razonables para garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada? La Corte avanza algunos criterios que son de enorme utilidad para entender las posibilidades de control judicial de políticas públicas en el área social.

Quizá uno de los elementos más interesantes en el examen que desarrolla el tribunal es su intento por determinar en líneas generales el margen de discrecionalidad del Estado para la elección de las medidas concretas que adopte a efectos de garantizar el derecho social. En este punto corresponde recordar que el criterio de control judicial establecido en el artículo 26 de la Constitución sudafricana es la *razonabilidad*, mientras que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que las medidas deben ser «apropiadas». Obviamente los requisitos que debe cumplir una medida estatal para ser considerada «apropiada» resultan más estrictos que los que exige la noción de razonabilidad. El examen es más gravoso para el Estado bajo el Pacto que bajo la Constitución de Sudáfrica. La Corte enfatiza esa diferencia con el Pacto, y procura fijar el margen de decisión política del Estado en la elección de las medidas. Así afirma el tribunal:

Cuando la Corte en un caso considera la razonabilidad de una medida, no deberá preguntarse si hubieran podido adoptarse otras medidas más deseables o favorables, o si el dinero público hubiera podido utilizarse mejor. La cuestión será si la medida adoptada es razonable. Es necesario reconocer que el Estado cuenta con un amplio espectro de posibles medidas que podría adoptar para cumplir su obligación. Muchas de esas medidas podrían satisfacer el estándar de razonabilidad. Una vez que se demuestra que la medida adoptada satisface el estándar, la obligación del Estado se tiene por cumplida.

47. La Corte se refiere a las diversas instancias del Estado y a las diferentes jurisdicciones como responsables de la adopción de estas medidas. Por ello, uno de los elementos que determinarán la razonabilidad de las medidas y políticas se vincula a la coordinación de las distintas áreas del gobierno y las diversas jurisdicciones, nacionales, provinciales y municipales. La Corte sostiene por lo tanto: «Cada jurisdicción debe aceptar su responsabilidad en la ejecución de una parte de los programas de vivienda, pero el gobierno nacional debe asumir la responsabilidad de garantizar que sus leyes, políticas, programas y estrategias sean adecuadas para satisfacer la obligación impuesta por el artículo 26». Existen algunas consecuencias concretas de este principio. El Estado Nacional tiene la obligación de asegurar que la distribución de recursos fiscales destinados a vivienda entre las provincias y las municipalidades sea equitativa. Para una discusión de las estrategias de litigio que pueden desprenderse de este principio, ver la descripción de casos estadounidenses sobre financiamiento de escuelas, pp. 179 ss., *infra*.

Sin embargo, como la Corte sudafricana pone de manifiesto en el caso, aun bajo el estándar más laxo de razonabilidad, el Poder Judicial tiene un margen considerable de acción y la posibilidad concreta de analizar el diseño y la ejecución de esas medidas o políticas.

Si bien, como vimos, el tribunal descarta la posibilidad de definir contenidos mínimos, decide incorporar al examen de razonabilidad el análisis del alcance de las medidas o políticas, considerando que, para ser razonables, las medidas deben atender a quienes más lo necesitan, a aquellos que se encuentran en una situación de mayor peligro o vulnerabilidad en el acceso al derecho social, más allá de su cobertura general. La Corte se refiere a aquellas personas cuyas necesidades son urgentes o imperiosas y cuyas posibilidades de gozar del derecho se encuentran en mayor riesgo: «Las medidas estadísticamente exitosas pero que no respondan a las necesidades de aquellos que resultan más vulnerables, no podrán pasar el examen». El criterio que sostiene la Corte es de enorme importancia para la justiciabilidad de las políticas sociales. El Estado, para superar el examen de razonabilidad, debería conocer antes de formular sus medidas qué sectores sociales son los que tienen necesidades más urgentes y mayor vulnerabilidad. Necesita producir información sobre el punto. No se trata de los sectores más vulnerables en general, sino de los más vulnerables en el acceso o el goce de ese derecho social en particular. La definición del derecho determina el universo que debe explorarse para identificar al sector mínimo, que no puede quedar excluido del alcance de las políticas. Si un Estado no produce esa información antes de diseñar una medida o política tendiente a garantizar un determinado derecho social, esa medida o política ni siquiera calificarán para el examen de razonabilidad propuesto por la Corte en este caso.

La Corte, sobre la base de la hermenéutica del precepto constitucional y de los criterios de razonabilidad expuestos, examina luego pormenorizadamente las políticas de vivienda en las diversas jurisdicciones del Estado. Concluye que el concepto central de esas políticas de vivienda es el concepto de «desarrollo habitacional» (*housing development*) en función del cual se procura proveer a los ciudadanos y residentes permanentes el acceso a una vivienda con determinadas características de confort. La vivienda diseñada procura asegurar la privacidad, la seguridad jurídica de la tenencia, y la oportunidad de acceso a servicios educativos, sanitarios y a otros servicios sociales. La definición de «desarrollo habitacional» como principio general de las políticas de vivienda no contempla la provisión de viviendas que no alcancen los estándares reseñados. En otras palabras, no existe

ninguna previsión presupuestaria destinada a facilitar el acceso a una solución habitacional temporaria para aquellas personas que no tienen acceso a la tierra, ni a un «techo sobre su cabeza», o que sobreviven en condiciones intolerables como consecuencia de desastres naturales, como inundaciones o incendios, o porque sus viviendas están bajo riesgo de demolición. Esas personas que padecen necesidades imperiosas podrían obtener solución temporal mediante la provisión de viviendas que reúnan determinadas características de durabilidad y habitabilidad, aun cuando no lleguen a satisfacer el alto estándar de vivienda que se deriva del principio de «desarrollo habitacional» que inspira la política estatal.

La Corte considera que la política de vivienda del gobierno sudafricano es coherente y coordinada entre las diversas jurisdicciones, y representa «una respuesta sistemática a una necesidad social apremiante». Sin embargo, señala el tribunal, no parece ser lo suficientemente flexible como para responder a las urgentes necesidades de la población más expuesta —a la cual pertenecen los demandantes—, que requiere soluciones inmediatas o de corto plazo. Luego de analizar la situación habitacional de esta población en la Provincia del Cabo Occidental sobre la base de información pública, la Corte concluye que el programa estatal no brinda ninguna solución de vivienda aplicable a los sectores con necesidades imperiosas. La ausencia de provisiones para solucionar este tipo de urgencias sería entendible si el programa nacional estuviera en condiciones de satisfacer las necesidades habitacionales de la población en un razonable corto plazo. Pero como en atención a la magnitud del déficit ello no sucederá, la población vulnerable queda excluida de toda forma de asistencia. Esta exclusión no hace más que incentivar nuevas invasiones de tierra, incluso de aquellas dispuestas para la construcción de viviendas adecuadas —como ocurría en el caso—, frustrando los objetivos de mediano y largo plazo del programa. Por ello, concluye la Corte:

[...] el Estado no está cumpliendo con la obligación impuesta por el artículo 26 (2) de la Constitución en el área metropolitana del Cabo. En particular, los programas adoptados por el Estado no alcanzan a cumplir las condiciones del artículo 26 (2) desde que no prevén ninguna solución para la categoría de personas bajo necesidades imperiosas que fueron antes identificadas.

La Corte decide emitir una orden declarativa por la cual «requiere al Estado actuar para cumplir la obligación impuesta por el artículo 26 (2) de la Constitución. Ésta incluye la obligación de diseñar, solventar, implementar y evaluar medidas para proveer solución a

aquellas personas con necesidades de vivienda imperiosas». A fin de auxiliar en la supervisión de la ejecución de la sentencia, la Corte pone a cargo de la Comisión de Derechos Humanos (*Human Rights Commission*)<sup>48</sup> las tareas de controlar el cumplimiento del Estado y mantener informado al tribunal de los pasos que el Estado adopte para llevar a cabo la decisión.

El caso *Grootboom* no es sólo un caso testigo sobre la posibilidad de exigencia directa del derecho a la vivienda, sino que en el marco de las estrategias reseñadas en este capítulo, debería ser leído como un ejemplo de las enormes posibilidades que tiene la justicia de avanzar frente a un caso particular, con herramientas de análisis jurídico, en el examen de medidas y políticas públicas en el área social. Formularemos algunos comentarios acerca de la manera en que el tribunal enfrenta los mencionados obstáculos para la justiciabilidad de los derechos sociales.

En lo que hace a la determinación de la conducta debida, el tribunal, aceptando que el Estado tiene un gran abanico de posibilidades para satisfacer el derecho, somete sin embargo a la opción elegida por el Estado a un examen de razonabilidad. Como puede apreciarse, ni la Constitución define estrictamente la conducta debida para cumplir con la satisfacción del derecho, ni las circunstancias fácticas limitan las alternativas posibles, de modo de determinarla por exclusión. Sin embargo, adoptado un curso de acción por el Estado, el tribunal tiene la posibilidad de examinar si la alternativa elegida se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución. Si de su examen surge que la decisión estatal excluye a grupos sociales merecedores de especial protección, la elección hecha por el Estado no se ajusta a la exigencia constitucional. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida adoptada por el Estado para garantizar el acceso de grupos de personas en condición de particular precariedad al derecho.

En cuanto al problema del carácter político o técnico de la cues-

48. La Comisión de Derechos Humanos es un órgano constitucional de contralor. El artículo 184 (1) de la Constitución de Sudáfrica le asigna la función de supervisar y evaluar la observancia de los derechos humanos en la República. La sección (2) del artículo le concede facultades para «(a) investigar y elaborar informes sobre la observancia de los derechos humanos», y «(b) adoptar medidas para asegurar la reparación adecuada cuando un derecho humano haya sido violado». Para una detallada revisión de sus funciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, cf. S. Liebenberg, «Identifying violations of socio-economic rights: The role of the South African Human Rights Commission»: *Law, Democracy and Development* 1 (1997), pp. 161-191, y «Socio-economic Rights», en M. Chaskalson et al. (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, cit., cap. 41, pp. 55-56.

ción, el aspecto central que conviene recalcar es que el tribunal se apoya en un estándar jurídico y elabora desde allí el análisis de la política en cuestión. La pregunta relevante del caso no es la bondad de la política pública en general, sino la razonabilidad de la política pública para satisfacer el derecho de los peticionantes. El Estado tiene un amplio margen para decidir las medidas para satisfacer el derecho, pero debe —para dar cumplimiento al derecho en cuestión— cubrir también las necesidades del grupo afectado. La solución adoptada no es la de imponer al Estado una política específica, sino la de exigirle que tenga en cuenta las necesidades del grupo afectado que habían sido ignoradas por el diseño de la política llevada a cabo.

En cuanto a las dificultades procesales, no se plantean en el caso problemas vinculados con la legitimación o el carácter colectivo de la acción, dada la gran generosidad de la Constitución sudafricana en la materia. La cuestión que sí merece comentario son los aspectos vinculados con la ejecución de la decisión judicial por el mismo Estado. Pueden destacarse dos puntos: en primer lugar, los términos de la decisión judicial requieren del Estado el diseño e implementación de un programa comprensivo que incluya la satisfacción del derecho de los peticionantes. Como puede notarse, no es la Corte Constitucional la que asume el diseño o implementación del programa: la decisión judicial se limita a constatar la omisión de medidas que tengan en consideración las necesidades de los peticionantes, y a exigir al Estado que las incluya dentro del diseño de la política pública correspondiente. En segundo término, también es interesante la medida adoptada por el tribunal para garantizar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia: no es la Corte, sino un ente de contralor independiente el encargado de vigilar e informar al tribunal de los esfuerzos realizados por el Estado para dar satisfacción al mandato judicial. La tendencia de asignar a un órgano de contralor independiente, como la Comisión de Derechos Humanos o el Defensor del Pueblo, también verificada en el comentado caso *Viceconte*, constituye una respuesta imaginativa frente a las dificultades de seguimiento de la implementación de medidas que tiene el Poder Judicial —estructurado en general a partir de la resolución de casos—. Puede concederse que, por razones funcionales, un cuerpo administrativo de carácter permanente está en mejores condiciones de supervisar el cumplimiento de un programa que el Poder Judicial, que tradicionalmente actúa de manera reactiva frente al planteo de un caso o una situación concreta<sup>49</sup>. La solución de la Corte

49. Ver, sin embargo, las observaciones que efectuamos en la sección final de este capítulo, «Balance provisorio», *infra*, pp. 250-256.

Constitucional distribuye inteligentemente las funciones: las tareas permanentes de monitoreo, recepción de información e informe de las medidas de cumplimiento quedan a cargo de un cuerpo administrativo, mientras al tribunal le corresponde evaluar periódicamente si esas medidas se adecuan al mandato judicial y —en caso negativo— expedir nuevas instrucciones de ejecución.

Por último, en lo que hace al problema de la ausencia de tradición de control judicial de satisfacción de estos derechos, vale repetir lo dicho al comentar el caso *B and Others*: nada impide que la tradición de un Poder Judicial renovado se inicie justamente en el sentido de desarrollar estándares de control judicial en estas materias. *Grootboom* constituye una buena muestra de ello. Las referencias a la íntima vinculación entre el déficit de vivienda disponible para la población africana en la zona del Cabo y el pasado régimen del *apartheid* pueden ser leídas como un intento de construcción de legitimidad de la reciente Corte Constitucional sudafricana para la fundación de esta nueva tendencia de control judicial de políticas sociales.

### 3.2.2. Exigibilidad indirecta

Cuando, debido a algunos de los obstáculos mencionados, resulte imposible la tutela judicial directa de un derecho social, existen sin embargo estrategias para protegerlo indirectamente, forzando su consideración en juicio a través de varias vías que desarrollaremos a continuación. Se trata de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos, de modo de permitir, por esa vía, el amparo del derecho social en cuestión.

Como veremos, muchas de estas estrategias resultan ejemplificadas por casos del derecho internacional de los derechos humanos —en especial de sistemas que cuentan con mecanismos contenciosos de protección, como el europeo—, ello no es casual, ya que, dadas las escasas posibilidades de justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales por no haberse previsto mecanismos de petición individual en los respectivos tratados, los casos de tutela de aquellos derechos ante tribunales internacionales provienen con frecuencia de la invocación de la violación de derechos civiles y políticos. Similar argumento vale también para el caso de constituciones de cuño liberal, como la estadounidense, o de constituciones sociales que excluyen o condicionan la tutela judicial de derechos sociales. En otros supuestos, se aprovechan los mecanismos de tutela más extensa o las ventajas procesales que brinda otro derecho. Pasaremos revista a algunas de estas posibilidades.

### a) Principio de igualdad y prohibición de discriminación

Como quedó dicho, uno de los mayores problemas que deben superarse para alcanzar una mayor protección judicial 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 deben ser satisfechos la necesidad o el interés social o económico tutelados por el derecho. 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 artículo 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 artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Sin embargo, el artículo 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 está limitada 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*<sup>50</sup> relativos a la legislación holandesa sobre prestaciones por desempleo. De acuerdo con 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

50. CDH, Comunicaciones n.º 182/1984 y 172/1984 respectivamente.

beneficio se partía de la presunción de que la mujer casada habitualmente no es el sostén de la familia. La relevancia del artículo 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 de Derechos Humanos:

Aunque el artículo 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 artículo 26 del Pacto<sup>51</sup>.

La apelación a juicios de igualdad de trato para reclamar derechos sociales fue tradicionalmente utilizada por los movimientos de derechos humanos en sus estrategias de litigio. Desde el movimiento por los derechos de las mujeres que reclamaron equiparación salarial en los puestos de trabajo, hasta el movimiento de derechos civiles en los Estados Unidos, que utilizó esta vía para exigir igualdad de acceso a puestos de trabajo, equiparación salarial y equivalentes condiciones de educación y salud pública, la igualdad de trato y la prohibición de discriminación han sido vías exploradas con éxito para exigir indirectamente derechos económicos, sociales y culturales de grupos o sectores menos protegidos por el Estado.

En tal sentido resulta de enorme utilidad recordar que planteo realizado por los demandantes —patrocinados por abogados de la National Association for the Advancement of Colored People, NCAAP— en la serie de casos contra la desegregación racial identificados como *Brown v. Board of Education*<sup>52</sup>, probablemente la decisión más famosa del derecho constitucional estadounidense. Generalmente, el aspecto que más se resalta de esta serie de casos es el de la declaración de inconstitucionalidad de cualquier esquema de segregación racial, aún en igualdad de condiciones materiales de los sistemas segregados. Sin embargo, resulta útil para nuestro desarrollo señalar que, además

51. CDH, caso *Zwaan de Vries*, § 12.4.

52. Corte Suprema estadounidense, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954). La Corte Suprema trató conjuntamente cuatro casos de segregación racial escolar, que involucraban a los estados de Kansas (*Brown v. Board of Education*), Carolina del Sur (*Briggs et al. v. Elliott et al.*), Delaware (*Gebhart et al. v. Belton et al.*) y Virginia (*Davis et al. v. County School Board of Prince Edward County, Virginia, et al.*). Cf. M. V. Tushnet, *Making Civil Rights Law. Thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961*, Nueva York, 1994, cap. 11; R. Kluger, *Simple Justice*, Nueva York, 1975.

de ese planteo general —que la Corte Suprema estadounidense aceptó— los peticionantes denunciaban también la disparidad material de las prestaciones, a partir de un factor ilegítimo de discriminación, la raza. En el caso se cuestionaba a la luz de la Enmienda XIV (la llamada cláusula de igual protección) la política de segregación racial en las escuelas públicas en los estados del sur de los Estados Unidos. La segregación racial era un modo de vida legalmente consagrado en esos estados, tales como Alabama, Mississippi, Kansas, Carolina del Sur y Virginia. Los demandantes reclamaban la admisión de menores de raza negra a las escuelas públicas de su comunidad sobre la base de la inconstitucionalidad de la segregación. A los niños se les había denegado el ingreso a esos establecimientos en virtud de leyes que permitían o exigían la segregación, dictadas de conformidad con el razonamiento de la misma Corte en el precedente *Plessy v. Ferguson*: la doctrina denominada «separados pero iguales».

En el caso *Brown* y en los demás casos tratados conjuntamente por la Corte Suprema estadounidense, los demandantes alegaron que las escuelas públicas segregadas no son iguales, que no pueden ser iguales y que por eso la comunidad de afroamericanos no era tratada con igualdad ante la ley. Si bien la Corte al resolver entendió que cualquier segregación es en sí misma contraria a la Constitución, pues produce efectos nocivos a la población afectada, los demandantes también construyeron los distintos casos a partir de una minuciosa comparación entre las condiciones en que se prestaba el servicio de educación en los diferentes establecimientos escolares. En tal sentido se comparaban edificios, programas, sistema de calificaciones, salarios de los maestros y otros factores tangibles<sup>53</sup>. Thurgood Marshall<sup>54</sup>, patrocinante de los demandantes ante la Corte Suprema en el caso *Briggs*, decidido conjuntamente con *Brown*, sostuvo en su alegato que la segregación racial «produce inevitables desigualdades en las instalaciones físicas».

El empleo de la cláusula de igual protección acompaña la historia de los planteos de desegregación racial en materia de derechos sociales, tales como el derecho a la educación. En casos posteriores, la Corte Suprema estadounidense convalidó las decisiones de tribunales

53. En la situación concreta del propio caso *Brown*, que legó el nombre al conjunto, el tema no se plantea porque no hay evidencia de que las disparidades materiales de las escuelas para blancos y para afroamericanos en Kansas fueran notorias. Cf. M. V. Tushnet, *Making Civil Rights Law*, cit., p. 161.

54. Thurgood Marshall fue un jurista y activista afroamericano, líder de la NAACP. En reconocimiento de su notoria labor como abogado antisegregacionista, fue designado miembro de la Corte Suprema de los Estados Unidos por el presidente Lyndon B. Johnson, cargo que desempeñó desde 1967 hasta 1991.

inferiores, que ordenaban medidas tales como la creación de nuevas escuelas, la modificación del sistema de transporte escolar, la reasignación y capacitación del personal docente, justificadas por la necesidad de hacer efectiva la desegregación<sup>55</sup>.

Esta estrategia de comparación de las condiciones de prestación de un servicio de satisfacción de derechos sociales es replicable en otros supuestos de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales en los cuales un grupo o sector social, o la población de un área geográfica determinada sufre una diferencia de trato ilegal o irrazonable. El caso de la organización árabe Adalah, resuelto favorablemente por la Corte Suprema de Israel en el mes de octubre de 1998, refleja las enormes posibilidades de esta estrategia de litigio.

En este caso estaba en juego el derecho a la salud de las madres y niños que integraban comunidades árabes beduinas que habitaban villas no reconocidas en la zona de Negev. El caso fue iniciado por la mencionada organización Adalah y otras dos organizaciones no gubernamentales, en representación de ciento veintiún madres y niños de esas comunidades, contra el Ministerio de Salud del Estado de Israel, requiriendo el establecimiento de centros de atención materno infantil para proveer atención médica preventiva en las diez villas más grandes de la comunidad árabe beduina en la región del Negev.

Según los peticionantes, más de cincuenta mil árabes beduinos habitaban esas villas, pese a lo cual el Estado de Israel no había establecido ningún centro de atención médica materno infantil. Las mujeres y los niños, para recibir atención médica, debían viajar hacia las clínicas más cercanas a sus hogares y, en la mayoría de los casos, debido a la falta de transporte público, resultaban forzados a caminar largas horas en el desierto. Por el contrario, en las ciudades vecinas habitadas por residentes judíos existían clínicas de atención materno infantil. De acuerdo a las estadísticas del propio Ministerio de Salud la tasa de mortalidad infantil en las villas árabes del Negev es la más alta de Israel (16 %) y la tasa de inmunización en los niños de esta comunidad es la más baja. Aproximadamente el 50% de los niños de la comunidad árabe beduina que viven en esas villas son hospitalizados en el primer año de vida y más del 50% sufre de anemia y desnutrición.

Los peticionantes fundaron la acción en la Legislación Nacional sobre Seguro de Salud de 1994, que requiere al Ministerio el suministro del servicio de salud preventiva dentro de una distancia razonable

55. Ver, por ejemplo, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971); *Wright v. Council of the City of Emporia*, 407 U.S. 451 (1972) y *Hills v. Gautreaux*, 425 U.S. 284 (1976).

y un tiempo de transporte adecuado entre los centros de atención y los lugares de residencia.

Los demandantes sostuvieron que el Ministerio violaba además la Ley Básica de Protección de la Dignidad y la Libertad de 1992, que protege el derecho a la vida, el cual comprendía a su entender servicios de salud tendientes a garantizar las condiciones mínimas de supervivencia de mujeres y niños.

Como argumento adicional vinculado a la igualdad, alegaron que estas carencias de servicios públicos de atención médica en zonas cercanas al domicilio, sumados a las tradiciones sociales que impiden a las mujeres abandonar el hogar sin la compañía de un familiar del marido, no hacían más que perpetuar la subordinación y vulnerabilidad de las mujeres que integraban estas comunidades.

La Corte Suprema de Israel hizo lugar al reclamo condenando al Estado a garantizar el servicio de atención médica materno infantil para los habitantes de esa comunidad, en iguales condiciones que a los colonos judíos.

El caso es un excelente ejemplo del uso de la información pública para realizar un juicio de comparación entre dos situaciones claramente mensurables: el acceso al servicio de atención médica materno infantil de un colono judío y de un poblador de una villa árabe, en una misma zona geográfica, sujeta a la misma autoridad sanitaria y cubierta por la misma legislación en cuanto al reconocimiento formal de sus derechos.

La estrategia comentada tampoco es ajena a la tradición de control de judicial de constitucionalidad de raigambre europea. En casos en los que se alega discriminación de un grupo en el otorgamiento o acceso a derechos sociales, tribunales tales como la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional español han utilizado la categoría de las llamadas *sentencias aditivas*<sup>56</sup>, cuyo efecto es el de extender el derecho negado a la categoría injustamente discriminada. En Italia, la Corte Constitucional<sup>57</sup> ha declarado la

56. Para un análisis crítico de esta categoría, ver J. Betegón, M. Gascón, J. de Páramo y L. Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, 1997, pp. 372-375. Ver también L. Elia, «Constitucionalismo cooperativo», «Racionalidad» y «Sentencias Aditivas» en la jurisprudencia italiana sobre control de normas», en *División de poderes e interpretación*, Madrid, 1987. Agradecemos a Gerardo Pisarello la información sobre esta categoría y sobre las distintas sentencias.

57. Para un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, ver M. C. Cavallaro, «I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale», cit., pp. 27-41. Ver también C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padua, 1996. En materia de derechos sociales, la Corte Cons-

inconstitucionalidad, entre otros ejemplos, del diferente tratamiento económico de los profesores universitarios con respecto al personal administrativo que desempeña cargos de dirigencia<sup>58</sup> y de la injusta exclusión de la exención de gastos de salud a los titulares de pensiones de invalidez, con respecto a la exención gozada por los beneficiarios de una pensión de vejez cuyo ingreso fuera inferior a un cierto umbral<sup>59</sup>, haciendo extensible un derecho social al grupo desigualmente tratado. En España, el Tribunal Constitucional ha considerado violatorias del principio de igualdad —y ha extendido la aplicación de derechos sociales a la categoría discriminada—, entre otros casos: la limitación del otorgamiento de una pensión a las viudas, en detrimento de los viudos<sup>60</sup>, la limitación del otorgamiento de una subvención a las «organizaciones sindicales más representativas» en detrimento de otras organizaciones<sup>61</sup> y la diferencia de tratamiento previsional de los militares republicanos ingresados al servicio después del 18 de julio de 1936 frente a los ingresados antes de esa fecha<sup>62</sup>. La jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense también ha resuelto casos similares: por ejemplo, en *Shapiro v. Thompson*<sup>63</sup>, el tribunal declaró inconstitucionales por violatorias del principio de igual protección leyes de los estados de Connecticut, Pennsylvania y del Distrito de Columbia que establecían que la residencia previa de un año en la jurisdicción era requisito para el acceso a beneficios sociales tales como la asistencia a madres indigentes con hijos a su cargo, eliminando así la barrera legal y extendiendo el acceso al beneficio a la categoría excluida.

Un último ejemplo proveniente de la Corte Suprema de Canadá, el caso *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*<sup>64</sup> ofrece un rico panorama de las consecuencias del principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el reclamo de medidas positivas por parte del gobierno. Se trata de una importante sentencia, que marca

titucional también ha dictado sentencias *monitorias* (es decir, aquellas que sugieren al legislador la reglamentación conforme a la Constitución en caso particular).

58. Corte Constitucional italiana, sentencia n.º 219 de 1975.

59. Corte Constitucional italiana, sentencia n.º 184 de 1983.

60. Tribunal Constitucional español, sentencia 103/83, de 22 de noviembre de 1983 (BOE n.º 298, de 14 de noviembre de 1983).

61. Tribunal Constitucional español, sentencia 20/85 de 14 de febrero de 1985 (BOE n.º 55, de 5 de marzo de 1985).

62. Tribunal Constitucional español, sentencia 116/87 de 9 de julio de 1987 (BOE n.º 180, de 29 de julio de 1987).

63. Corte Suprema estadounidense, 394 U.S. 618 (1969).

64. Corte Suprema canadiense, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, 151 D.L.R. (4th) 577, 616 (1997).

el rumbo interpretativo del alto tribunal canadiense en materia de derechos de las personas con discapacidad<sup>65</sup>. Los hechos bajo examen eran los siguientes: tres personas sordas demandan a la provincia canadiense de Columbia Británica porque, atendidos en un hospital público, carecieron de intérprete y no lograron comunicarse plenamente con los médicos tratantes. Robin Eldridge tuvo dificultades para comunicarse con su médico, y los codemandantes John y Linda Warren sufrieron la experiencia de enfrentar el parto prematuro de mellizos sin entender completamente lo que los doctores y enfermeras les decían. Los actores fundaron la acción en la Sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades<sup>66</sup>, alegando que la legislación hospitalaria provincial discrimina a las personas sordas al no disponer de un servicio de intérpretes por signos en los casos en los que la efectiva comunicación constituye un componente inherente y necesario de la prestación del servicio médico. El planteo fue rechazado tanto en primera como en segunda instancia. La Corte Suprema revirtió la sentencia de las instancias inferiores, considerando que, si bien la legislación hospitalaria no era discriminatoria, la Provincia violó la sección 15 de la Carta al no asegurar la «igualdad de beneficios de la ley» para las personas con discapacidad.

Las consideraciones hechas por la Corte son las siguientes:

a) La sección 15 (1) de la Carta tiene dos propósitos diferentes pero relacionados: en primer lugar, la sección «expresa un compromiso —profundamente enraizado en nuestra cultura social, política y legal— con la igual valía y dignidad humana de todas las personas»; en segundo lugar «instituye el deseo de rectificar y prevenir la discrimi-

65. Para un interesante comentario del caso, ver A. Mayerson, «The ADA and Models of Equality», inédito, presentado en el Simposio sobre Derecho y Políticas sobre la Discapacidad «De los Principios a la Práctica», Washington, Distrito de Columbia, 22 al 26 de octubre de 2000. Puede consultarse una versión preliminar en la página *web* /[www.dredf.org/](http://www.dredf.org/). Los siguientes párrafos están basados sobre ese comentario. Ver también B. Porter, «Beyond Andrews: Substantive Equality and Positive Obligations After Eldridge and Vriend», en 9 *Constitutional Forum* 71/78 (1998). Agradecemos a Silvia Yee, del Disability Rights Education and Defense Fund (DREDF), por la información y aclaraciones sobre el caso.

66. La Sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades dispone:

«15. (1) Todo individuo es igual ante y bajo la ley y tiene el derecho a la igual protección y a la igualdad de beneficios de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación basada sobre la raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física.

(2) El párrafo (1) no es incompatible con cualquier norma, programa o actividad que tenga por objeto el mejoramiento de las condiciones de personas o grupos desaventajados, incluyendo a los desaventajados por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física».

minación contra grupos particulares que sufran desventajas sociales, políticas y legales en nuestra sociedad».

b) Es necesario tener en cuenta «que es desafortunadamente cierto que la historia de las personas con discapacidades en el Canadá es en gran parte una historia de exclusión y marginación. Las personas con discapacidades han sido demasiado frecuentemente excluidas de la fuerza de trabajo; se les ha negado el acceso a oportunidades de interacción social y progreso; se las ha sometido a un estereotipamiento injusto y se las ha relegado en instituciones».

c) La Provincia no satisface el mandato de la Sección 15 con la sola provisión a las personas sordas de servicios médicos estrictamente idénticos a los recibidos por las personas que pueden oír. La comunicación efectiva es una parte indispensable de los servicios médicos, y la Sección 15 coloca a la Provincia bajo la obligación de asegurar que las personas sordas puedan comunicarse con los operadores del sistema de salud de modo que reciba similar provecho de los servicios de salud de acuerdo con la ley provincial.

d) «La Sección 15 (1) establece expresamente, después de todo, que todo individuo “es igual ante y bajo la ley y tiene el derecho a la igual protección y a la igualdad de beneficios de la ley sin discriminación”... La cláusula no hace ninguna distinción entre leyes que imponen cargas desiguales y las que deniegan iguales beneficios. Si aceptamos el concepto de discriminación por los efectos adversos, parece inevitable concluir, al menos mientras analizamos la Sección 15(1), que el gobierno tiene la exigencia de adoptar medidas especiales para asegurar que los grupos desaventajados estén en condiciones de beneficiarse en igual medida de los servicios del gobierno»

Un punto especialmente interesante planteado por la propia Corte es el impacto financiero que tendrá la provisión de intérpretes. La Sección 1 de la Carta, aplicable a todo el instrumento, establece que «la Carta Canadiense de Derechos y Garantías garantiza los derechos y libertades que ella prescribe, sujetos sólo a los límites razonables establecidos por ley en la medida en que puedan ser demostrablemente justificados en una sociedad libre y democrática». La cuestión discutida por la Corte es si puede invocarse el delicado y difícil equilibrio de la asignación presupuestaria de recursos para la salud, como límite a la Sección 15, fundado justamente en la Sección 1. La respuesta de la Corte es negativa: la Provincia no logró demostrar que la ausencia total de intérpretes en los servicios médicos signifique una afectación mínima de los derechos de las personas sordas. La Corte sostiene que:

Dado el lugar central de la buena salud en la vida de todas las personas de nuestra sociedad, la provisión de servicios médicos de

inferior calidad a las personas sordas disminuye necesariamente la calidad total de sus vidas. El gobierno simplemente no ha demostrado que este estado de cosas inconveniente deba ser tolerado a efectos de lograr el objetivo de limitar el gasto en servicios de salud. Dicho de otro modo, el gobierno no ha efectuado una «adaptación razonable» a la discapacidad de los apelantes. En el lenguaje de la jurisprudencia en materia de derechos humanos de esta Corte, no ha demostrado que la adaptación a las necesidades de los apelantes genere una carga «excesivamente gravosa».

Como puede apreciarse, la sentencia emplea en el análisis la noción de *igualdad material*, *igualdad de oportunidades* o *igualdad de resultado*, por oposición al tradicional concepto de *igualdad formal* o *igualdad de trato*<sup>67</sup>. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho. El empleo de la noción de igualdad material supone una herramienta de enorme potencialidad para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y se emparenta con la estrategia de consideración de las obligaciones positivas que surgen de los derechos civiles y políticos, desarrollada en este mismo capítulo.

Por último, cabe ilustrar una variante completamente distinta de esta estrategia, que también abre interesantes perspectivas de justiciabilidad de derechos sociales. Se trata de una extendida serie de casos planteados ante los tribunales judiciales estatales de los Estados Unidos, en los que básicamente se pone en cuestión la constitucionalidad del financiamiento de la educación a partir de cláusulas constitucionales de los estados. El argumento central de esta serie de casos, planteados en treinta y seis de los estados y exitosos en veinte de ellos<sup>68</sup>, es que la dependencia de gran parte del financiamiento del

67. Para un análisis de estas nociones, cf. L. Ferrajoli, «Igualdad y diferencia», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 73-96; J. García Añón, «Current Problems of Legal Dogmatics in European Regulation: The Principle of Equality and the Policies of Affirmative Action», en M. van Hoecke y F. Ost (eds.), *The Harmonization of European Private Law*, Oxford y Portland, 2000, pp. 189-206; A. Ruiz Miguel, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» y «La discriminación inversa y el caso Kalanke», y M. V. Ballestrero, «Acciones positivas: punto y aparte», todos en *Doxa* 19 (1996); M. Barrère Unzueta, *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva en favor de las mujeres*, Madrid, 1997; O. Fiss, «Grupos y la Cláusula de la Igual Protección», en R. Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, 1999, pp. 137-167.

68. La estrategia ha obtenido sentencias favorables en los siguientes estados: California (caso *Serrano v. Priest*, 1976), Nueva Jersey (*Robinson v. Cahill*, 1973 y *Abbot v. Burke*, 1990), Montana (*Helena Elementary School District No. One v. State*, 1989),

ciclo de educación obligatorio de impuestos de carácter local (municipal o distrital) importa una violación al principio de igual protección de la ley, dado que liga la calidad de la educación recibida por los niños y adolescentes a la riqueza del distrito escolar en donde vivan. Esta forma de financiamiento regresivo hace cargar a los distritos más pobres con un mayor esfuerzo presupuestario (trasladado, claro, a los contribuyentes del distrito) para obtener niveles educativos similares a los de los distritos más ricos<sup>69</sup>. El planteo está dirigido a obtener la declaración de inconstitucionalidad del plan de financiamiento estadual, y a obligar a los estados a financiar con recursos estaduales un mayor porcentaje de los gastos que conlleva el funcionamiento del sistema educativo<sup>70</sup>.

Los litigantes han empleado fundamentalmente dos variantes estratégicas: la primera (*equity claims*) consiste en demandar la equiparación del gasto educativo entre los distintos distritos, mientras que la segunda (*adequacy claims*) pretende la mejora de los recursos educativos de los distritos que se encuentran en peor situación, sin requerir necesariamente igualdad de recursos entre distritos. Una de las

Kansas (*Knowles v. State Board of Education*, 1976), Connecticut (*Horton v. Meskill*, 1977 y *Horton v. Meskill*, 1985), Washington (*Seattle School District No. 1 v. State*, 1978), Virginia Occidental (*Pauley v. Kelly*, 1979), Wyoming (*Washakie County School District No. One v. Herschel*, 1980), Arkansas (*Dupree v. Alma School District No. 30*, 1983), Kentucky (*Rose v. Council for Better Education*, 1989), Texas (*Edgewood Independent School District v. Kirby*, 1989), Tennessee (*Tennessee Small School Systems v. McWherter*, 1993), Massachusetts (*McDuffy v. Secretary of the Executive Office of Education*, 1993), Nueva Hampshire (*Claremont School District v. Governor*, 1993), Arizona (*Roosevelt Elementary School District No. 66 v. Bishop*, 1994), Idaho (*Idaho School for Equal Educational Opportunity v. Idaho State Board of Education*, 1996), Alabama (*Ex parte School*, 1997), Vermont (*Brigham v. State*, 1997), Ohio (*De Rolph v. State*, 1997) y Carolina del Norte (*Leandro v. State*, 1997).

69. Resulta notable la coincidencia de estos planteos con el señalamiento hecho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la OG n.º 13: «Las agudas disparidades de políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación con arreglo al Pacto» (punto 35). Nuevamente puede apreciarse la convergencia de argumentos fundados en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

70. Para ampliar sobre esta estrategia, cf. D. S. Reed, «Twenty-Five Years after Rodriguez: School Finance Litigation and the Impact of the New Judicial Federalism»: 32 *Law and Society Review* 17 (1998); J. Banks, «State Constitutional Analyses of Public School Finance Reform Cases: Myth or Methodology?»: 45 *Vanderbilt Law Review* 129 (1992); W. E. Thro, «Judicial Analysis during the Third Wave of School Finance Litigation: The Massachusetts Decision as a Model»: 35 *Boston College Law Review* 597 (1994); R. F. William, «Foreword: The Importance of an Independent State Constitutional Equality Doctrine in School Finance Cases and Beyond»: 24 *Connecticut Law Review* 675 (1992). Agradecemos a Katie Fleet la información sobre estos casos.

justificaciones para adoptar una u otra línea de acción está vinculada con el tipo de cláusula constitucional estadual que se invoca para fundar el litigio judicial: los llamados *equity claims* se apoyan fundamentalmente en cláusulas de igualdad o de igual protección de la ley, mientras que los *adequacy claims* se centran fundamentalmente en las cláusulas que establecen principios vinculados con la educación, y se dirigen a reclamar la provisión de un servicio adecuado de educación, a partir del intento de determinación del contenido mínimo del derecho construido sobre la base de las prestaciones efectivamente recibidas por los distritos más ricos.

En 1996, el Consejo Constitucional francés tuvo la oportunidad de revisar la constitucionalidad de un proyecto de ley cuestionado bajo argumentos similares<sup>71</sup>. Un grupo de diputados puso a consideración del Consejo —que, como se sabe, tiene facultades de control de constitucionalidad previo a la sanción de una ley— un proyecto de ley en el que se descentralizaba la administración de la seguridad social, otorgándose a los departamentos facultades de gestión de los beneficios previsionales. De acuerdo con el planteo, la descentralización violaba el principio de igualdad, ya que autorizaba el tratamiento dispar de los pensionados de acuerdo con su situación geográfica, rompiendo así el principio de solidaridad del sistema previsional. El Consejo, aunque no consideró inconstitucional la descentralización *per se*, señaló que las autoridades locales debían aplicar la ley de modo tal que los pensionados que estuvieran en la misma situación fuesen tratados de modo idéntico.

#### b) Debido proceso

Otra vía de justiciabilidad de la violación de derechos económicos, sociales y culturales consiste en el empleo de la noción de debido proceso. La riqueza de las implicaciones de este concepto instrumental/procedimental permite el tratamiento de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales indirectamente, a partir de una crítica de las formas dispuestas por el Estado como condición de su afectación o de su tutela judicial o administrativa. Repasaremos a continuación algunos contextos en los cuales se ha empleado esta noción.

##### b.1) Acceso a la justicia, recursos judiciales y garantías procesales

Una primera variante de esta estrategia consiste en la denuncia de la omisión del Estado de garantizar el acceso a la Justicia, proveer

71. Consejo Constitucional francés, Decisión n.º 96-387 DC, del 21 de enero de 1997.

recursos judiciales efectivos para la tutela de derechos económicos, sociales y culturales y asegurar, con relación a estos derechos, procesos con las debidas garantías. Estas cuestiones abren directamente la puerta para el planteo de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales a partir de la invocación de las garantías procedimentales previstas por toda constitución tanto de carácter social como liberal, y por los instrumentos internacionales que establecen derechos civiles y políticos. Así, la invocación de un derecho económico, social o cultural tiene como vehículo la denuncia de afectación de derechos de tipo procedimental sobre cuya justiciabilidad no se han planteado dudas.

Debe recordarse además que, como analizamos en el capítulo 2, de acuerdo a la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados tienen la obligación de brindar recursos judiciales y otros recursos efectivos. Como dijimos, uno de los obstáculos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reside en que la mayoría de los recursos judiciales han sido históricamente diseñados en función de los derechos civiles y políticos y no contemplan algunos aspectos particulares de aquéllos, como el hecho de que se trata, por lo general, de derechos de incidencia colectiva. De tal modo, los recursos judiciales efectivos que el Estado debe asegurar deberán contemplar estas diferencias. En muchos casos, no bastará con disponer de los recursos que tutelan derechos civiles y políticos.

La primera cuestión interesante debatida es la aplicación de las cláusulas sobre debido proceso contenidas tanto en constituciones como en instrumentos de derechos humanos a los derechos sociales. En este sentido, resulta importante referir la experiencia generada a partir de la interpretación de instrumentos que sólo establecen derechos civiles. Como ha señalado Scheinin<sup>72</sup>, si la cláusula de no discriminación del artículo 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 artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. 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. Éste ha sido, por

72. M. Scheinin, «Economic and Social Rights as Legal Rights» en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, cit., pp. 41-62.

lo demás, el punto de partida para el trabajo de interpretación más importante en pos de brindar resguardo a algunos derechos económicos y sociales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos debió definir el alcance de la tutela y determinar caso por caso si podían considerarse amparados por la norma los derechos sociales. Así, en los casos *Deumeland* y *Feldbrugge*, el TEDH tuvo oportunidad de analizar 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.

En el caso *Deumeland*<sup>73</sup>, 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 de una denuncia contra el Estado alemán por violación del artículo 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 artículo 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 señor Deumeland no hubiese sido afectada en sus relaciones con la autoridad pública como tal, actuando en virtud de facultades discrecionales, sino en su capacidad personal como particular. Su derecho era de naturaleza personal, patrimonial y subjetiva, 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.

73. TEDH, caso *Deumeland* del 29 de mayo de 1986 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 100). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, pp. 470-498.

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

En el caso *Feldbrugge*<sup>74</sup> 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 errores de procedimiento imputables a los organismos públicos, entre ellos las limitaciones a su facultad de participar en el proceso y el carácter restrictivo de los recursos disponibles, no había gozado del acceso a un procedimiento que cumpliera con la totalidad de las garantías del artículo 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 privada, como su naturaleza personal y económica, su vinculación con un contrato individual de trabajo, el hecho de que la prestación tuviera 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 de carácter público para el derecho holandés, según el principio de autonomía interpretativa tal circunstancia no se estimó relevante. Finalmente se entendió que se trataba de un derecho comprendido en el artículo 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 v. Italia* y *Schuler-Zraggen v. Suiza* la aplicación del artículo 6.1 a cuestiones vinculadas con beneficios de la seguridad social instituidos con carácter de derecho público. De tal modo se fijó el principio de que, independientemente de que el seguro, la asistencia social o la prestación remita a características de derecho privado (principalmente, que pueda vincularse con un contrato de empleo) o

74. TEDH, caso *Feldbrugge* del 29 de mayo de 1986 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 99). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., pp. 499-518.

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*<sup>75</sup>, el TEDH aplicó el artículo 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 artículo 38 de la Constitución italiana según la cual todos los ciudadanos que no estén en condiciones de trabajar y necesiten el sustento básico para vivir deben ser provistos de los medios para su subsistencia por la asistencia social. Por lo demás el servicio lo prestaba exclusivamente el Estado italiano. En este caso el TEDH señala que su interpretación del artículo 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*<sup>76</sup>, 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 artículo 6.1 es aplicable a los seguros sociales, incluyendo la asistencia social. En este caso la garantía del debido proceso se combina con la violación del artículo 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<sup>77</sup>.

En el sistema interamericano de derechos humanos no existen obstáculos *a priori* para aplicar la garantía de debido proceso del

75. TEDH, caso *Salesi v. Italia* del 26 de febrero de 1993 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 257-E).

76. TEDH, caso *Schuler-Zraggen v. Suiza* del 24 de junio de 1993 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 263). Afirma el TEDH: «El artículo 6.1. se aplica al campo de la seguridad social, incluyendo aun la asistencia social».

77. Este argumento fundado «en la experiencia de la vida cotidiana» fue utilizado como justificación de su fallo del 21 de junio de 1988 por el tribunal suizo (*Federal Insurance Court*) y consta en el § 29 del fallo del TEDH: «Al momento en que fue tomada la decisión controvertida..., el niño tenía menos de dos años, y en consecuencia, haciendo un balance de las probabilidades..., debe asumirse que la peticionante, aunque su salud no se hubiera visto afectada, sólo se hubiera ocupado de sus tareas de ama de casa y madre».

artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos 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 CADH es aún más rigurosa que la del artículo 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 existe ningún precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interprete esta garantía en relación a los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de interpretar la garantía del artículo 8 de la CADH en relación con la imposibilidad de acceso a la justicia por motivos económicos, al momento de dilucidar el sentido del artículo 46.2 de la CADH, y de establecer excepciones a la regla del agotamiento de recursos internos. En tal sentido sostuvo que en aquellos casos en que resulta necesaria la representación legal para el ejercicio del debido proceso, la persona no puede obtenerla —por ejemplo por carecer de recursos— y el Estado no la brinda, no es obligatorio agotar los recursos internos<sup>78</sup>.

#### b.2) Los elementos componentes de la garantía del debido proceso para la protección de derechos económicos, sociales y culturales

Establecida la aplicabilidad de la garantía del debido proceso a los derechos económicos, sociales y culturales, la próxima cuestión que debe analizarse es el alcance de esa aplicación: ¿cuáles de los elementos que componen esa garantía resultan relevantes para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales? Es evidente que algunos componentes de la garantía del debido proceso, tal como se la formula, por ejemplo, en el artículo 8 de la CADH, pero también en la dogmática y jurisprudencia constitucional de muchos países tanto de tradición jurídica continental como anglosajona, resultan de inestimable valor para la efectividad de los derechos sociales.

En tal sentido, uno de los obstáculos centrales para el acceso a los

78. CIDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, «Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2. a y 46.2. b CA)». Inspirándose en el caso *Airey*, la Corte 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» (§ 28).

tribunales de Justicia es la condición económica y social de los justiciables. Numerosas cuestiones vinculadas al acceso, como los costos del proceso y la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos, resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por lo demás, existen circunstancias propias del diseño y el funcionamiento de los mecanismos judiciales que tienen efecto directo sobre estos derechos. Así, por ejemplo, resulta relevante la garantía de «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 excesiva de los procesos puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos que, como se sabe, se rigen por la urgencia, forzando a la parte débil a transar o resignar la integridad de su crédito.

La ausencia de mecanismos judiciales adecuados para efectuar una revisión amplia de las decisiones administrativas también tiene efectos directos sobre la vigencia de los derechos sociales, desde que muchos de estos derechos dependen de la adopción de decisiones administrativas. 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. Basta pensar, por ejemplo, en la concesión de pensiones o subsidios de desempleo.

Por último, durante el proceso, es común que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en juicio. La desigualdad procesal puede darse también en el litigio de casos vinculados a derechos sociales frente al Estado, como resabio de las posiciones tradicionales del derecho administrativo que suelen conferir privilegios al Estado en su relación con los administrados. Por ello, la igualdad de armas entre los litigantes en un proceso en el que se ventilan derechos sociales es otro punto central en cualquier estrategia de defensa de estos derechos a partir del mejoramiento de los mecanismos judiciales.

En numerosos casos del ámbito del sistema europeo de protección de derechos humanos el plazo razonable de duración de los procesos, el margen de revisión judicial de decisiones administrativas, y el principio de igualdad de armas han sido utilizados para proteger la posición del titular de un derecho económico, social y cultural.

El TEDH consideró casos relacionados con la *demora irrazonable de procesos* en los que se ventilaban derechos sociales. Un punto que se debe considerar es que el TEDH tuvo especialmente en cuenta

las características de los derechos sociales en juego para aplicar un criterio estricto al considerar la demora de los procedimientos. Así, en el mencionado caso *Deumeland*, al considerar el tiempo empleado por los tribunales alemanes para examinar un proceso de la seguridad social (más de 10 años), entendió que de acuerdo a las circunstancias de la causa «semejante duración se revela anormal, teniendo en cuenta la particular diligencia requerida en materia de seguridad social»<sup>79</sup>.

En el caso *Lombardo v. Italia*<sup>80</sup>, en concordancia con la consideración de la materia involucrada en el caso, el TEDH evaluó la «importancia de aquello que está en juego para el denunciante». En el caso, el denunciante reclamaba en el ámbito interno la obtención de beneficios de la seguridad social. En igual sentido, se pronunció en el caso *Submann v. Alemania*, en el que expresó que «el carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia en cada caso a la vista de las circunstancias que concurren y teniendo en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes y de las autoridades y la importancia de lo que está en juego para el peticionante en el litigio»<sup>81</sup>.

En aplicación del criterio descrito, el TEDH ha requerido particular diligencia en casos concernientes a la situación laboral del denunciante<sup>82</sup>.

Como vimos, uno de los obstáculos de orden procesal para la exigibilidad de los derechos sociales es la falta de mecanismos adecuados para la ejecución de las sentencias cuando imponen a los estados obligaciones de hacer. Otro de los elementos que debe tenerse en cuenta, en particular en los casos vinculados con derechos de la seguridad social, es el dictado de normas de emergencia que tienden a condicionar los pagos a la disponibilidad de recursos presupuestarios, demorando las ejecuciones y por lo tanto el cobro de los beneficios. Este tipo de normas de emergencia es común en América Latina. En la jurisprudencia europea, un punto central para tomar en consideración es que el plazo razonable de los procesos, se extiende durante el período de la ejecución de las sentencias<sup>83</sup>. En el ámbito interamericano, se han pro-

movido varias denuncias contra la Argentina y el Perú, alegando que las denominadas leyes de emergencia económica que demoran irrazonablemente las ejecuciones de sentencias en materia previsional, al condicionarlas a la disponibilidad de recursos presupuestarios, implican una vulneración del derecho a las garantías judiciales.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también entiende que el principio de igualdad de armas es parte de la garantía del debido proceso y expresa reiteradamente, en relación con el carácter adversarial del procedimiento civil, que requiere un justo balance entre las partes, aun cuando una de ellas sea el propio Estado. En tal sentido ha afirmado que: «(T)odo el que es parte de tales procedimientos debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial *vis-a-vis* su oponente»<sup>84</sup>. El TEDH adoptó esta misma fórmula en el contexto de «derechos y obligaciones civiles» en el caso *Dombo Beheer v. Países Bajos*<sup>85</sup>. El TEDH entiende que el principio incorpora la idea de «un justo balance» entre las partes. Así, el TEDH dijo que el principio de igualdad de armas equivalía al derecho a presentar el caso ante un tribunal en igualdad de condiciones<sup>86</sup>. En este mismo sentido, es dable entender que la posibilidad de presentación de alegatos también debe ser equitativa para ambas partes, como también la posibilidad de contestar esos alegatos<sup>87</sup>. La igual-

decisiones judiciales definitivas y obligatorias que, en un Estado que respeta la preeminencia del derecho, no pueden resultar inoperantes en detrimento de una parte, razón por la cual la ejecución de una decisión judicial no puede retardarse excesivamente».

84. TEDH, caso *Kaufman v. Bélgica*, n.º 5.362/72, 42 CD 145 (1972) y caso *Bendenoun v. Francia*, A 284, § 52 (1994).

85. TEDH, caso *Dombo Beheer v. Países Bajos*, A 274, § 34 (1993).

86. En el caso *Foucher v. Francia*, la justicia francesa impidió a un particular el acceso a archivos criminales, y también le negó los pedidos de copias de los documentos allí contenidos. Por ende, el tribunal de apelación de la causa sólo se basó sobre informes oficiales para dictar sentencia. Ante esta situación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que: «(D)e acuerdo con el principio de igualdad de armas, como parte del concepto más amplio del debido proceso, cada parte debe tener la oportunidad de presentar su caso en condiciones que no lo sitúen en desventaja con respecto a su oponente». TEDH, caso *Foucher v. Francia*, fallo del 18 de marzo de 1998, considerando 34.

87. En el caso *Ruiz Mateos v. España*, en el cual se procuraba la restitución de bienes expropiados por el Estado español, el abogado del Estado, adversario en el proceso civil, pudo presentar ante el Tribunal Constitucional de España observaciones escritas sobre la compatibilidad de la ley 7/1983 y el artículo 24.1 de la Constitución española, en tanto el particular no pudo hacerlo. A este último sólo se le consideró lo dicho en el escrito de demanda inicial. Ante esta situación el TEDH entendió que «el principio de igualdad de armas representa un elemento de la noción más amplia de proceso equitativo, el cual engloba también el derecho fundamental al carácter contra-

79. TEDH, caso *Deumeland*, sentencia del 29 de mayo de 1986.

80. TEDH, caso *Francesco Lombardo*, sentencia del 26 de noviembre de 1992.

81. TEDH, caso *Submann v. Alemania*, Petición n.º 20024/92, sentencia del 16 de septiembre de 1996.

82. TEDH, caso *Buchholz v. Alemania*, § 52 (1981) y *Obermeier v. Alemania*, A 179, § 72 (1990).

83. Así el TEDH considera que la ejecución de una sentencia de cualquier jurisdicción debe ser considerada parte integrante del proceso. Ver TEDH, caso *Immobiliare Saffi v. Italia*, sentencia del 28 de julio de 1999. Afirma el tribunal que «el derecho a acceder a un tribunal —art. 6— protege igualmente el cumplimiento de las

dad entre las partes en la presentación del caso, comprende tanto la posibilidad de producción de prueba como la facultad de impugnar debidamente las pruebas producidas por la parte contraria. El derecho a impugnar la prueba o realizar alegatos en igualdad de condiciones con el Estado demandado fue especialmente establecido en relación con causas en las que se discutían derechos sociales.

Así, en el ya mencionado caso *Feldbrugge v. Holanda*, sentencia del 29 de mayo de 1986, en el que se discute el derecho a las prestaciones económicas de la seguridad social, el presidente de la Comisión de Apelaciones no había prestado audiencia, ni permitido alegaciones escritas de la señora Feldbrugge, ni dado oportunidad a la demandante para rebatir los informes médicos que fundamentaron la decisión. Si bien el TEDH dijo que «no se ha producido vulneración del principio de igualdad de medios, inherentes al concepto de un proceso justo» en virtud de que la Asociación tampoco hubiera podido formular alegaciones, afirmó que «el procedimiento referido ante la Presidencia de la Comisión de Apelaciones, en aplicación de la ley holandesa, evidentemente no permitía una adecuada participación de las partes, y mucho menos en la fase final del proceso. Para comenzar, el presidente ni prestó audiencia al demandante, ni le solicitó que remitiera alegaciones por escrito. En segundo lugar, tampoco dio la oportunidad a la demandante o su representante para conocer y criticar los dos informes, fundamento de la decisión, emitidos por los asesores médicos» concluyendo que «se ha producido un quebrantamiento del artículo 6.1» dado que «el proceso ante la Presidencia de la Comisión de Apelaciones no respetó en grado suficiente una de las garantías básicas del proceso judicial».<sup>88</sup>

En otros casos el TEDH afirmó el *derecho de las personas a impugnar* los dictámenes que emanaban de órganos públicos que, de una u otra manera, dependían del Estado, que era al mismo tiempo parte de un proceso adversarial<sup>89</sup>.

ditorio de la instancia». Y agrega más adelante: «En el marco de un procedimiento relativo a un derecho civil y en el que son partes personas de ese círculo, se les debe garantizar, en principio, el libre acceso a las observaciones de las demás partes, y una verdadera posibilidad de comentarlas». TEDH, caso *Ruiz Mateos v. España*, fallo del 23 de junio de 1993, considerandos 15, 61, 63 y 65.

88. TEDH, caso *Feldbrugge*, sentencia del 29 de mayo de 1986, considerando 44.

89. Así, en el caso *Bönisch*, sentencia del 6 de mayo de 1986, el demandante es objeto de sanciones por contener sus productos sustancias peligrosas más allá de lo legalmente permitido. El Instituto para los Productos Alimenticios impulsa el proceso contra el señor Bönisch y a su vez su director ejerce el papel de perito. Según el tribunal, el perito actúa como testigo de cargo y, en consecuencia, el principio de igualdad de armas exige el equilibrio entre su audición y la de las personas que fueran oídas a petición de la defensa. Tal equilibrio no se da en el caso porque el perito jugaba

El derecho a impugnar dictámenes emitidos por órganos dependientes del Estado cuando éste es parte de un procedimiento adversarial ha sido establecido claramente por la jurisprudencia del TEDH en casos relacionados con la determinación de derechos sociales.

En el caso *Lobo Machado v. Portugal*<sup>90</sup> el denunciante era un ingeniero empleado por una compañía petrolera que fue nacionalizada por el Estado portugués en el año 1975. En 1980, el peticionante se jubiló. En 1986, inició una demanda ante el tribunal industrial alegando que, luego de jubilado, había sido clasificado erróneamente en un grado inferior a efectos de los beneficios de la seguridad social y, en consecuencia, solicitaba el pago de las sumas que consideraba se le debían. La demanda fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia. El peticionante apeló a la Corte Suprema. En el año 1989, el procurador general, en representación del Estado, emitió opinión ante la Corte Suprema sugiriendo que el caso había sido ya considerado y debía ser rechazado. El denunciante no había tenido la oportunidad de acceder a este dictamen ni contestar las consideraciones allí vertidas. La Corte Suprema finalmente rechazó la apelación. Durante las deliberaciones de la Corte, estaban presentes tres miembros de la Corte, un registrador y un miembro del departamento de la Procuración General. Ante la Comisión Europea y el TEDH, el peticionante denunció la violación del artículo 6.1 del CEDH y en lo que aquí interesa alegó que la Corte Suprema de Portugal permitió injustamente que durante las deliberaciones estuviera presente un miembro del departamento de la Procuración General al tiempo que se negó a que el denunciante respondiera a las alegaciones efectuadas por ese organismo público. El TEDH expresó:

un papel predominante. El TEDH dijo: «En principio, su audiencia durante la vista no es contraria al Convenio, pero el principio de igualdad de armas, consecuencia directa de la noción de proceso equitativo e ilustrada por el párrafo 3.d) del artículo 6, exigía el equilibrio entre esta audiencia y la de las personas que, a cualquier título, pudieran ser oídas a petición de la defensa». Agregó el TEDH: «El Tribunal considera, con la Comisión, que no se ha observado tal equilibrio en los dos procedimientos en cuestión: en primer lugar, el director del Instituto fue nombrado perito [...] por lo cual tendría que desarrollar una función de asistencia neutra e imparcial al Tribunal [...] Varios datos ilustran el papel predominante que ha juzgado el director. En calidad de perito podía asistir a toda la vista, plantear, con autorización del juez, preguntas al acusado y a los testigos y comentar sus declaraciones en el momento oportuno. Mientras tanto, el testigo designado por la defensa fue admitido a comparecer ante el tribunal sólo en momento de su testimonio, durante éste fue interrogado tanto por el juez como por el perito...» (TEDH, caso *Bönisch*, sentencia del 6 de mayo de 1985, considerando 32).

90. *Application* n.º 15.764/89, del 23 de febrero de 1996.

Teniendo en cuenta entonces el interés que estaba en juego para el denunciante en el proceso ante la Suprema Corte, la naturaleza de la opinión del Procurador General, por la que se sugirió el rechazo del caso y el hecho de que fue imposible para el señor Lobo Machado obtener una copia del dictamen y contestarlo con anterioridad a la emisión de la sentencia, se ha violado el derecho a un proceso judicial adversarial. Este derecho, significa, en principio, la oportunidad para las partes, ya sea en procesos civiles o penales, de tener conocimiento y alegar sobre toda la prueba producida y las consideraciones efectuadas, aunque sea por un miembro independiente del servicio legal nacional, que tenga por finalidad influenciar en la decisión de la Corte (párrafo 31).

Por último merece señalarse que en otros casos vinculados a la determinación de derechos sociales, el TEDH indicó que el principio de «igualdad de armas» requiere que las partes en procedimientos judiciales puedan examinar a los testigos de la parte contraria<sup>91</sup>, sean informadas de los fundamentos de las decisiones administrativas y en consecuencia puedan recurrirlas<sup>92</sup> y se las faculte a impugnar dictámenes en términos equitativos<sup>93</sup>.

En la jurisprudencia argentina, el principio de igualdad de armas fundó la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de la legislación previsional que autorizan al Estado a oponer una excepción de falta de recursos presupuestarios, sobre la base de un dictamen emitido por un órgano estatal<sup>94</sup>.

91. TEDH, caso *X v. Austria*, n.º 5.362/72, 42 CD 145 (1972). Cf. D. J. Harris, M. O. O'Boyle y C. Warbrick, *op. cit.*, p. 209.

92. TEDH, caso *Heinrich v. Francia*, A 269-A, § 56 (1994).

93. TEDH, caso *Schuler-Zraggen v. Suiza*, A 263 § 8 (1993). Cf. D. J. Harris, M. O. O'Boyle y C. Warbrick, *op. cit.*, p. 209.

94. En el caso *Ciampagna*, la Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social cuestionó severamente la Ley de Solidaridad Previsional al declarar la inconstitucionalidad de sus artículos 16 y 17. El Tribunal sostuvo que la defensa de limitación de recursos opuesta al reclamo de reajuste del haber jubilatorio encubre el propósito de condicionar la responsabilidad del posible condenado ante la sentencia y afecta en definitiva su eficacia, lo que constituye una injerencia en la órbita de reserva del Poder Judicial. Más que como una defensa funciona entonces como una «auto-sentencia absoluta» en favor del deudor, «lo que entroniza la más escandalosa injusticia en el proceso y reduce al acreedor a la más absoluta indigencia jurídica». Por lo demás, sostiene el fallo, la potestad excluyente de la Auditoría General de la Nación para cumplir la función pericial, afecta la división de poderes, pues sustrae al magistrado el control de los peritos y en definitiva la supervisión del proceso, en beneficio de otro poder del Estado. Afecta además la igualdad de las partes en el proceso, pues la Auditoría es un órgano del Estado demandado en el juicio. Ambas normas impugnadas afectan además el derecho a la jurisdicción conferido por los tratados internacionales de rango constitucional, que no se agota en el acceso ante el órgano judicial, sino que requiere también un debido proceso, con derecho de defensa e igualdad de las partes y

Como vimos, otro de los recaudos de la garantía del debido proceso que guarda íntima relación con la protección de derechos económicos, sociales y culturales, es el derecho a la *revisión judicial de decisiones administrativas*.

La jurisprudencia del TEDH exige que el Estado parte garantice el derecho de recurrir las decisiones administrativas ante un tribunal que ofrezca las garantías contenidas en el artículo 6 del CEDH, similar, valga remarcar, al artículo 8 de la CADH. Respecto al ámbito de revisión que le compete al tribunal de justicia, los pronunciamientos del TEDH son coincidentes en señalar que el tribunal que revisa decisiones administrativas debe tener una jurisdicción amplia, vale decir, tanto sobre el derecho como sobre los hechos. Ello por cuanto el individuo debe tener la posibilidad de que en definitiva sea un juez, con las debidas garantías de independencia e imparcialidad, quien resuelva sobre el mérito de sus pretensiones<sup>95</sup>. Los pronunciamientos que sobre esta cuestión ha efectuado el Tribunal Europeo sugieren que el tribunal que revise decisiones adoptadas en sede administrativa, además de revestir las garantías requeridas por el artículo 6.1 debe tener una jurisdicción de apelación plena (*full appellate jurisdiction*) para controlar lo actuado en punto a la determinación de los hechos y el derecho aplicable, al menos en casos que no involucran cuestiones de política general.

efectividad de la sentencia que finalmente se dicte (Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social, Sala II, *Ciampagna, Rodolfo N.*, 11 de abril de 1997: *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 17 de julio de 1997, con nota de G. Bidart Campos y W. Carnota, «Economicismo, Constitución y Seguridad Social», p. 36).

95. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia es abundante. Así, por ejemplo, en el caso *Albert y Le Compte v. Bélgica* los denunciantes eran médicos que alegaban la inexistencia en el orden jurídico interno de una vía legal adecuada para recurrir decisiones disciplinarias adoptadas en su contra por una asociación profesional. Las decisiones de este órgano administrativo sólo podían ser recurridas ante un órgano de igual naturaleza que la asociación, cuyas decisiones, a su vez, se debían recurrir por casación ante la Corte de Casación Belga. El Tribunal Europeo manifestó que el Convenio requiere que los órganos administrativos que aplican sanciones disciplinarias cumplan con los requisitos exigidos por el art. 6, o en su defecto, sus decisiones deben estar sujetas al control de un órgano judicial que tenga jurisdicción plena (*full jurisdiction*) y cumpla con las garantías prevista en el artículo 6.1 del Convenio Europeo. El Tribunal Europeo consideró que en el caso no se había cumplido con el artículo 6.1, ya que la asociación profesional, que ejercía poderes disciplinarios y podía resolver sobre los méritos del caso, no tramitaba el proceso en forma pública, y porque la Corte de Casación, que cumplía con los requisitos procedimentales del artículo 6.1, sólo podía considerar los aspectos legales dentro del margen acotado de este recurso (TEDH, caso *Albert y Le Compte v. Bélgica*, A 58, § 29 [1983]). Cf. D. J. Harris, M. O. O'Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention of Human Rights*, Londres, 1995, p. 192).

La garantía también se ha aplicado directamente a derechos sociales. En el caso *Obermeier v. Austria*, por ejemplo, el reclamante había sido despedido por un órgano gubernamental que motivó su decisión expresando que la cesantía estaba «socialmente justificada». A pesar de que era posible recurrir tal decisión ante la Corte Administrativa austríaca sobre la base de que el órgano gubernamental había ejercido su discreción de manera incompatible con el objeto y el fin de la ley, el TEDH entendió que una revisión tan limitada, violaba el artículo 6.1 del Convenio europeo<sup>96</sup>.

De tal modo, al existir una relación directa entre la idoneidad del mecanismo judicial y la integridad de los derechos económicos, social y culturales, el litigio que procura la remoción de los condicionantes económicos en acceso a la justicia, la fijación de un plazo razonable de los procesos sociales, la efectiva igualdad de armas en el proceso, y la adecuada revisión judicial de las decisiones administrativas entre otras cuestiones, representa un camino indirecto de enorme utilidad para la exigibilidad de estos derechos.

Cabe señalar por último las posibilidades de exigibilidad indirecta de derechos sociales que se abren a partir de la garantía de acceder a un *recurso judicial efectivo*. Como vimos en el capítulo 2 el Comité ha impuesto a los Estados importantes obligaciones de adecuar los recursos judiciales y otros recursos internos, a fin de que actúen como recursos efectivos para la tutela de los derechos consagrados en el PIDESC. Sin embargo, tal como hemos mencionado en este mismo capítulo con relación a los obstáculos a la exigibilidad de estos derechos, los recursos judiciales disponibles en la jurisdicción interna del Estado pueden no resultar adecuados para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, si no están diseñados para atender algunas de sus principales características. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con aquellas acciones creadas originalmente para la tutela de derechos civiles o políticos, cuando no admiten su empleo en conflictos de orden colectivo, al no prever su utilización por grupos de afectados o la posibilidad de demandar en representación de esos grupos. Además, como puntualizáramos, un proceso ordinario puede ser inefectivo para tutelar un derecho económico, social y cultural, cuando no prevé un mecanismo de ejecución de sentencias idóneo para superar los problemas típicos que suelen tener en esta instancia procesal las sentencias que imponen al Estado obligaciones de hacer —tal como la obligación de rediseñar su política en materia de vi-

96. TEDH, caso *Obermeier v. Austria*, A 179 § 70 (1990); cf. D. J. Harris, M. O. O'Boyle y C. Warbrick, *op. cit.*, p. 193.

vienda, o de finalizar un laboratorio para fabricar una vacuna—. Si las sentencias se tornan inoperantes por la falta de un diseño adecuado de los procedimientos judiciales, estaríamos frente un típico caso de carencia de recurso judicial adecuado y efectivo para la tutela de un derecho. De tal modo, la falta de recursos adecuados y efectivos en el orden jurídico interno de los Estados para tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, puede ser cuestionada apelando a las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceder a ese recurso. Si de verdad tenemos un derecho, debemos tener una acción. Estas normas consagran, en definitiva, el derecho del titular de un derecho, a tener una acción para su tutela. Este derecho abre un marco de posibilidades de exigibilidad, pues nos ayuda a enfocar desde una nueva perspectiva el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales. La falta de una acción adecuada para tutelar un derecho social, lejos de ser considerada una prueba de la imposibilidad de exigir estos derechos judicialmente, puede ser entendida en determinados supuestos, a la luz de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como la vulneración del derecho a tener una acción, del derecho de acceder a un recurso efectivo para la tutela del derecho. En este sentido, la interpretación que el Comité ha hecho de esta obligación bajo el artículo 2 del PIDESC será de enorme valor para apoyar esta estrategia<sup>97</sup>.

97. La jurisprudencia sobre recurso judicial efectivo es clara en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Así, en el caso *Genie Lacayo*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado al respecto que «los artículos 25 y 1.1 de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno: los artículos 25 y 1.1 requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados partes. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con ésta del derecho interno de los Estados partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1.1 de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1.1, y 2 de la Convención».

El tribunal ha analizado el tema también en relación con la necesidad de agotar recursos internos, fijando los alcances del concepto de recurso judicial efectivo en la Convención Americana ya desde sus primeros pronunciamientos. Así, en el caso *Velázquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C n.º 4, entiende que de acuerdo a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, los recursos judiciales deben existir no sólo formalmente, sino que deben ser efectivos y adecuados. «Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables

### b.3) El debido proceso legal ante la afectación de un derecho social

Una segunda variante de empleo de la noción de debido proceso está dada por las connotaciones vinculadas con el principio de legalidad, es decir, el requisito de ciertas condiciones formales indispensables que se deben cumplir si el Estado pretende afectar o conculcar un derecho. En este sentido resultan relevantes exigencias tales como las de ley previa en sentido formal, la notificación previa de la medida por parte de la administración, el derecho a ser oído, aun en sede administrativa, etc. Dos ejemplos ilustrarán esta perspectiva.

En el caso *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*<sup>98</sup> de

en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable... Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido». Ver Corte IDH, caso *Velázquez Rodríguez*, § 64 y 66. En el caso *Cinco Pensionistas*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos protegió el derecho a la seguridad social (integridad de pensiones jubilatorias) a través del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (protección judicial), al considerar que el Estado incumplió con sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. Ver Corte IDH, caso *Cinco Pensionistas*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, n.º 98.

En el sistema europeo, la jurisprudencia sobre recurso judicial efectivo ha obtenido un importante desarrollo en los casos recientes contra Turquía. Así, en *Mahmut Kaya v. Turquía*, sentencia del 28 de marzo de 2000, el TEDH ha sostenido que «el artículo 13 de la Convención garantiza la disponibilidad en el nivel nacional de un recurso para exigir la sustancia de los derechos y libertades de la Convención cualquiera sea la forma en que éstos pudieran ser asegurados en el nivel doméstico. El efecto del artículo 13 es entonces el de requerir la provisión de un recurso doméstico para atender las demandas sustanciales que pudieran iniciarse bajo la Convención y garantizarles un remedio apropiado, sin embargo, los Estados parte tienen alguna discreción acerca de la manera en que cumplirán con esta cláusula. El alcance de la obligación impuesta por el artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de las peticiones de las víctimas. Sin embargo, el remedio requerido por el artículo 13 debe ser «efectivo» en la práctica tanto como en la norma, en particular en el sentido que su ejercicio no debe ser impedido injustificablemente por actos u omisiones de las autoridades estatales». Ver al respecto además, *Aksoy v. Turquía*, sentencia del 18 de diciembre de 1996; *Aydın v. Turquía*, sentencia del 25 de septiembre de 1997; y *Kaya v. Turquía*, sentencia del 19 de febrero de 1998. Sobre el tema de la falta de recursos internos en casos de violaciones sistemáticas de derechos humanos puede consultarse A. Reidy, F. Hampson y M. Boyle, «Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the case of Turkey»: *Netherland Quarterly of Human Rights* 15/2 (1997), pp. 161-173.

98. Corte Suprema de la India, caso *Olga Tellis and others, Petitioners v. Bombay Municipal Corporation and Others, Respondents*, y *Vayyapuri Kuppusami and Others, Petitioners v. State of Maharashtra and Others, Respondents*, AIR 1986 Supreme Court 180, del 7/10/85. Agradecemos a Beth Lyon por facilitarnos gentilmente el material. Pueden verse comentarios al caso en D. J. De, *New Dimensions of the Constitutional*

1986, la Corte Suprema de la India analizó una acción de tutela promovida por diversos grupos de personas que habitaban en viviendas precarias construidas en las aceras, pasillos y espacios públicos adyacentes a las calles de la ciudad de Bombay, con el propósito de hacer cesar los desalojos masivos y las relocalizaciones forzosas que realizaba la Corporación Municipal de Bombay con el auxilio de la policía. Los peticionantes eran mujeres y hombres que habían emigrado desde zonas rurales a la ciudad en busca de trabajo y recursos mínimos de subsistencia. Aproximadamente la mitad de la población de la ciudad habitaba en construcciones precarias sobre las aceras, pasillos y en lugares públicos adyacentes a las calles. El gobierno local ya venía realizando desalojos forzosos masivos y sometía a esta población a un continuo hostigamiento, pero había tomado la decisión de deshacerse definitivamente del problema. Luego de anunciar mediante avisos públicos en periódicos que todas las personas sin hogar que vivían en las calles de la ciudad de Bombay serían desalojadas por la fuerza y deportadas a sus respectivas ciudades de origen o a zonas de la periferia, se encargó a la Corporación Municipal proceder al desalojo y a la relocalización con el auxilio de la policía, encomendándosele la demolición de las viviendas precarias. Algunos de los peticionantes habían sido desalojados y transportados en autobuses a las afueras de la ciudad, pero habían vuelto luego para ocupar de nuevo otro lugar en las calles. Los demandantes requerían al tribunal que frenara los desalojos hasta no tener acceso a un debido proceso fijado por ley y recibir alojamiento alternativo. También requerían que se impidiera la demolición de las casillas y en los casos de demoliciones ya consumadas, se restituyera el valor de las mismas a sus moradores.

La Constitución de la India no protege expresamente el derecho a la vivienda, pero los demandantes invocaron el artículo 21 que consagra el derecho a la vida<sup>99</sup>. Si bien no cuestionaban la afirmación de que carecían de un derecho a vivir en las aceras junto a las calles de la ciudad, alegaban que tenían derecho a vivir y que para ello debían contar con algún medio de subsistencia. No habían tenido más opción que emigrar desde las zonas rurales y procurar esos medios en la ciudad de Bombay y habían fabricado sus moradas en zonas cercanas a sus lugares de trabajo, en las que muchos de ellos residían desde hacía más de veinte años. El derecho a la vida, aducían, es ilusorio sin

*Law*, Nueva Delhi, 1991, pp. 82-82; S. Ahuja, *People, Law and Justice. Casebook on Public Interest Litigation I*, Nueva Delhi, 1997, pp. 336-346 y 351-359.

99. Ilustraremos este punto al analizar otro caso de la Corte Suprema de la India, ver caso *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity*, pp. 204 ss., *infra*.

el derecho a los medios esenciales de subsistencia. Al ser privados de la vivienda se verían forzados a perder el empleo y dejar la ciudad, careciendo de toda posibilidad de obtener medios de vida en las zonas rurales o en la periferia. El derecho a la vida no puede ser restringido sino a través de los procedimientos establecidos por la ley, que deben ser adecuados y razonables y no arbitrarios. Los procedimientos fijados por la legislación que autorizaba a actuar a la Corporación Municipal y la policía de la ciudad no reunían, en opinión de los demandantes, esos requisitos.

En esta acción no se buscaba entonces reclamar el derecho de acceso a la vivienda, sino proteger la tenencia precaria impugnando la política municipal de desalojos masivos, demolición de viviendas y relocalización, con argumentos fundados centralmente sobre el concepto de debido proceso. Para poder invocar la protección estricta de debido proceso en el esquema constitucional, los actores construían su argumento sobre el derecho fundamental a la vida, derivando de éste la protección de sus actuales medios de subsistencia que incluían la conservación del espacio público en el que vivían, reclamando de manera alternativa el suministro de otro sitio para vivir.

El gobierno de Maharashtra justificaba los desalojos invocando su deber de mantener el libre acceso a las calles y lugares públicos destinados al tránsito de personas, y de evitar además los problemas sociales y ambientales que provocaba el hacinamiento. Alegaba también que las relocalizaciones habían sido consentidas, ya que existían notas firmadas por algunos peticionantes aceptando los traslados, y que se había limitado a suministrar medios para transportar a las familias a sus ciudades de origen.

La Corte admitió el argumento de los actores, considerando que en el caso resultó afectado el derecho a la vida. El derecho a la vida, según entendió la Corte, puede ser afectado cuando se priva a una persona de sus medios esenciales de subsistencia<sup>100</sup>.

100. Luego de analizar las circunstancias históricas que habían motivado la emigración desde las áreas rurales a la ciudad y considerar el contexto económico y social de la población involucrada, el tribunal concluyó que era razonable entender que la privación de la vivienda determinaría en esta situación particular, la privación de los medios de subsistencia. Si bien los actores no habían aportado en cada caso prueba concluyente al respecto, la Corte entendió que frente a problemas sociales como el que implicaba el caso, cuando casi la mitad de la población de Bombay resultaba potencialmente afectada por la decisión, podía acudir a datos empíricos de expertos y agencias oficiales y no oficiales que permitieran determinar la magnitud de la situación. Se trataba de un caso de desalojo, pero no de una persona contra otra: había en juego un conflicto social de proporciones masivas. Ello justificaba apelar a diferentes estándares sobre carga de la prueba. «No sería realista rechazar la acción sobre la base de que los

Al afirmar que el derecho a la vida implica el derecho a no ser privado de los medios esenciales de subsistencia, la Corte deja en claro que no está sosteniendo que el Estado tenga la obligación positiva de proveer esos medios a quien lo requiera. Sin embargo, afirma, ninguna persona puede ser privada de ellos sino sobre la base de un debido proceso establecido por ley. Al analizar detalladamente la legislación que autorizaba a la Corporación Municipal y a la policía a realizar los desalojos masivos sin notificación fehaciente ni derecho de los moradores a ser debidamente oídos en resguardo de sus derechos, considera diversas situaciones que podrían configurar violaciones del debido proceso. La Corte señala que normalmente se limitaría a interrumpir los desalojos e indicar a la autoridad que debe brindar la oportunidad de ejercer el derecho de audiencia del afectado, pero que el caso, por su magnitud y complejidad, requiere otra solución, pues el proceso judicial en sí mismo ha implicado una debida oportunidad de audiencia para los peticionantes. La Corte señala que no existe un derecho de los actores a vivir en las aceras, pasillos y zonas adyacentes a las calles y otros lugares públicos y que el gobierno tiene la facultad de desalojar esos sitios. Sin embargo, ante la complejidad del caso, establece para cada caso un plazo (un mes luego de finalizada la temporada de los monzones) y un mecanismo a fin de que se proceda al desalojo, y fija —para cierta categoría de moradores que habían sido censados por el gobierno— la obligación de suministrarles lugares de residencia alternativos cercanos a sus lugares habituales de trabajo, aunque no como una condición a cumplir previamente a su desalojo. En caso de viviendas construidas más de veinte años atrás y en las cuales se hubieran realizado mejoras, establece que no podrán ser demolidas, salvo que exista interés público en la tierra en la cual se asientan, y en ese caso, se debe indemnizar y relocalizar a los moradores conforme un procedimiento que también se fija en la sentencia.

Un segundo ejemplo proviene de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia venezolana. Se trata de una acción de amparo constitucional presentada por un grupo de alumnos de la Universidad Simón Bolívar contra una medida adoptada por el Consejo Directivo de esa institución, consistente en el establecimiento de un aporte

actores no han probado que quedaran desempleados si se los desaloja». Así, sobre la base de información estadística, informes de expertos y los propios datos aportados por el gobierno, y la prueba de que la mayoría de los actores tenían empleos en la ciudad, la Corte concluye que los desalojos conducirían a la privación de los medios de vida habituales de las personas afectada, y que por lo tanto existía una base material para considerar que el derecho a la vida estaba en juego en el caso.

obligatorio mensual a los estudiantes<sup>101</sup>. La Universidad Experimental Simón Bolívar es una institución de estudios superiores dependiente del Estado, cuya ley de regulación establece la gratuidad de la educación. El artículo 78 de la Constitución venezolana establece que:

Todos tienen derecho a la educación. El Estado creará y sostendrá escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura, sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y las aptitudes.

La educación impartida por los institutos oficiales será gratuita en todos sus ciclos. Sin embargo, la ley podrá establecer excepciones respecto de la enseñanza superior y especial, cuando se trate de personas provistas de medios de fortuna.

Los demandantes arguyen que el carácter obligatorio de los aportes y su regularidad mensual hacen de éste un requisito indispensable sin el cual cada alumno de la Universidad se ve privado de posibilidad de estudiar allí. Sostienen además que el artículo 78 de la Constitución debe entenderse en un triple sentido: *a)* que la adecuación superior en todo instituto oficial debe ser gratuita; *b)* que sólo mediante ley que expresamente lo contemple se puede cobrar a los alumnos, y *c)* que sólo se les puede cobrar a las personas provistas de medios de fortuna. Las leyes que regulan el funcionamiento de la universidad en cuestión consagran el principio de gratuidad de la enseñanza sin excepción, de modo que cualquier actuación normativa que establezca lo contrario viola la norma constitucional aludida. Invocan también el PIDESC y el artículo 26 de la CADH, señalando la violación del principio de progresividad y de la correlativa prohibición de regresividad.

La Universidad contesta, en lo que aquí resulta relevante, que la disposición de la universidad es equiparable a un acto legislativo, en virtud de delegación hecha por la ley.

La Corte Suprema aborda la cuestión estableciendo primero el alcance de la norma constitucional citada. De acuerdo a la interpretación del tribunal, la norma establece como principio la gratuidad de la educación impartida por institutos oficiales. El principio, no obstante, no es absoluto o ilimitado: se permite mediante ley exceptuar de dicho beneficio a aquellas personas provistas de medios de fortuna.

101. Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa, caso *Iván José Sánchez Blanco y otros v. Universidad Experimental Simón Bolívar*, decisión del 10 de junio de 1999. Agradecemos a Luz Patricia Mejía y a Raúl Cubas la gentil remisión de una copia del caso.

Ello significa que «es de rango constitucional el derecho a la educación gratuita en las instituciones oficiales siendo la excepción, precisamente, la no gratuidad».

En lo que hace al aspecto que más nos interesa aquí, la Corte debe decidir cuál es el alcance del término «ley» en la cláusula constitucional. La Corte señala que, cuando la norma establece que las excepciones al principio de gratuidad sólo pueden establecerse mediante ley,

convierte en materia de reserva legal la regulación de los supuestos en que dicha excepción se aplicará, esto es, que se veda a normas de rango infralegal toda iniciativa en la materia reservada; por lo que los lineamientos generales bajo los cuales operarán las excepciones al principio de gratuidad aludido, deberán siempre ser el producto del ejercicio de potestades legislativas.

Lo anterior, se apresura a señalar la Corte, no implica que una materia sometida a reserva legal no pueda ser desarrollada o complementada por normas de rango inferior. Puede el Legislador autorizar al Ejecutivo para reglamentar sobre esta materia, mediante una habilitación y remisión que sea suficiente.

Pero, al tiempo, se hace necesario que esa actividad reglamentaria sea subordinada y complementaria a la Ley. Es decir, que el reglamento cumple la función de *colaborar* con la Ley en las tareas de definición de aquellos aspectos que, deliberadamente, sólo se han trazado a grandes rasgos o no de manera suficientemente desarrollada o definida.

De ahí, que esa función deba siempre entenderse como una colaboración y de ninguna manera como una sustitución de la Ley, pues lo contrario sería incurrir en una deslegalización y por lo tanto en una degradación de los derechos tutelados por reserva legal. Mucho menos es posible conceptualizarla como una «delegación» de potestades legislativas, hipótesis sólo concebible en los específicos supuestos permitidos por la Constitución [...] pues lo contrario implicaría la potestad de innovar —propia de la Ley— en la materia sometida a reserva.

Aplicando estos principios a la situación concreta, la Corte considera que la ley que regula la actividad de la Universidad demandada de ningún modo habilita la posibilidad de que el Ejecutivo pueda incorporar por sí excepciones al principio de gratuidad en materia de educación en instituciones oficiales. La Corte concluye que la estipulación de pago hecha por la Universidad infringe el derecho a la gratuidad, y declara procedente el amparo solicitado.

Como puede observarse, el asunto discutido centralmente en el caso consiste en la violación del procedimiento formal establecido por la Constitución venezolana para limitar o restringir el alcance del derecho a la gratuidad de la educación. La Corte no afirma que el derecho sea inmodificable, sino que el procedimiento empleado por

la universidad para arancelar la educación no respeta las garantías formales establecidas por la norma constitucional. No se trata aquí de la exigencia directa de un derecho social: el empleo de las normas procedimentales, tal como la que se discute en el caso, está orientado a la defensa o preservación de una situación de la cual ya se goza<sup>102</sup>.

c) La protección de derechos económicos, sociales y culturales a través de derechos civiles y políticos

Dada la interdependencia de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, en muchos casos las violaciones de los primeros resultan también afectaciones a los segundos, y viceversa. La tajante diferenciación entre ambas categorías suele desdibujarse cuando se procura identificar los derechos violados en los casos concretos. Muchas veces el interés tutelado por un derecho civil cubre también el interés tutelado por la definición de un derecho social. El límite entre una y otra categoría de derechos resulta ciertamente borroso. Cuando en el derecho interno de los Estados, o bien en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, no existan mecanismos directos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, una estrategia indirecta consiste en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos, de modo que la violación pueda discutirse por esa vía. De manera que otro medio de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales consiste en emplear las vías de protección existentes para derechos civiles y políticos para proteger por conexidad derechos económicos, sociales y culturales. Esta vía resulta de suma importancia en aquellos países, como por ejemplo España y Chile, en el que la protección judicial constitucional a través de acciones tales como la de amparo, de tutela o de protección ha sido restringida a un catálogo cerrado de derechos, que en general coincide con la lista clásica de derechos civiles. De este modo, resulta posible acceder a la tutela judicial en situaciones de flagrante violación de un derecho social. La estrategia puede adoptar al menos dos variantes:

102. La Corte Suprema de los Estados Unidos decidió, en el mismo sentido, que para poder quitar legítimamente beneficios sociales ya recibidos, el Estado debe seguir un procedimiento que garantice el derecho de audiencia y de defensa al interesado, con asistencia letrada si fuese necesario. La Corte consideró también que la carga de demostrar que la persona no califica para recibir el beneficio la tiene el Estado. Ver *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

c.1) La «traducción» de la violación de un derecho social a violación de un derecho civil

Una primera variante de esta estrategia consiste en «recontextualizar» o «traducir» la violación de derechos económicos, sociales y culturales, en violaciones a derechos civiles y políticos conexos, cuya justiciabilidad no está puesta en duda. La conexión teórica y práctica entre algunos derechos resulta obvia: por ejemplo, el derecho a la vida y el derecho a la salud, o el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda, el derecho de asociación y los derechos sindicales<sup>103</sup>, la libertad de expresión, el derecho de manifestación y el derecho de huelga, etc. Se han planteado también conexiones entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la intimidad, y entre éste y derechos culturales, y aun del derecho de protección de la vida familiar, como también del derecho a fijar el lugar de residencia y el derecho a la protección de la vivienda o con mayor precisión con el derecho a no ser objeto de evicciones arbitrarias.

Para implementar esta vía de justiciabilidad resulta conveniente —a fin de resaltar la estrecha vinculación de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales con violaciones a derechos civiles y políticos— poner énfasis en las obligaciones positivas del Estado en materia de derechos civiles y políticos. En muchos casos, si el Estado se limitara a no intervenir, su comportamiento estaría lejos de garantizar el goce del derecho, y más bien equivaldría a abandonar al ciudadano a su propia suerte. Así lo ha entendido en relación con el derecho a la vida consagrado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) el Comité de Derechos Humanos de la ONU, 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 derecho<sup>104</sup>.

«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 me-

103. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Baena*, protegió derechos laborales individuales y colectivos a través del derecho a la asociación. Ver Corte IDH, caso *Baena Ricardo y Otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, n.º 72.

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

didadas 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».

Pocas dudas caben acerca de que la interpretación amplia del derecho a la vida que realiza el CDH involucra 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<sup>105</sup>.

En sentido similar, la Corte Suprema de la India ha decidido en el caso *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity*<sup>106</sup> que la falta de provisión de servicios médicos de urgencia atenta contra el derecho a la vida de las personas. La decisión resulta sumamente interesante, ya que la Constitución de la India no incorpora directamente derechos económicos y sociales a su declaración de derechos<sup>107</sup>, sino que los incluye lateralmente como «directrices fundamentales de la política estatal»<sup>108</sup>. Sin embargo, la Corte Suprema de ese país se las ha ingeniado para «leer» prohibiciones y obligaciones positivas para el Estado en estas directrices —de modo que el efecto práctico es que se entiendan como derechos—, o bien —como en el caso que se comenta— para encarar la violación de un derecho social *qua* violación a un derecho civil<sup>109</sup>.

Los hechos puestos a consideración de la Corte en esta cuestión

105. Sobre la desaparición de los límites entre derechos económicos, sociales y culturales y derechos civiles y políticos ver V. Viljamen, «Abstention or Involvement? The Nature of State Obligations Under Different Categories of Rights», en K. Drzewicki, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, cit., pp. 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 vinculan con algunos derechos civiles fundamentales, como el derecho a la vida privada, a la protección de la familia y del ámbito familiar.

106. Corte Suprema de la India, caso *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity and Others. Petitioners v. State of West Bengal and another. Respondents*, AIR 1996 Supreme Court 2426, del 5 de junio 1996. Agradecemos a Savithri Walatara, del Center for Policy Alternatives de Sri Lanka, por facilitarnos gentilmente el material.

107. Constitución de la India, Parte III: Derechos fundamentales, arts. 12-35.

108. Constitución de la India, Parte IV: Principios directrices de la política estatal, arts. 36-51.

109. Como hemos dicho al comentar el caso *Olga Tellis*, pp. 196-199, *supra*, la Corte también ha interpretado que el derecho a la vida incluye el derecho a acceder a medios esenciales de subsistencia, entre ellos el derecho a un techo.

eran los siguientes: un trabajador rural cae desde un tren en las afueras de Calcuta y sufre serias lesiones en la cabeza, que incluyen una hemorragia cerebral. El accidentado es trasladado sucesivamente a ocho instalaciones médicas, que por diversos motivos van rechazando su internación. Finalmente, consigue ser admitido en un hospital donde recibe tratamiento, casi un día después del accidente. La cuestión legal que se somete a la Corte es la de decidir si la falta de instalaciones médicas disponibles para el tratamiento de lesiones graves en hospitales estatales supone una violación del derecho fundamental a la vida, garantizado por el artículo 21 de la Constitución de la India. La Corte, al enfrentar esta cuestión, afirma:

La Constitución apunta al establecimiento de un Estado de bienestar, tanto en el ámbito federal como estatal. En un Estado de bienestar, la obligación primaria del gobierno es la de asegurar el bienestar de la población. La provisión de instalaciones médicas adecuadas para la población es una parte esencial de las obligaciones asumidas por el gobierno en un Estado de bienestar. El gobierno cumple con su obligación administrando hospitales y centros de salud que ofrezcan tratamiento médico a las personas que acudan a dichas instalaciones. El artículo 21 [de la Constitución de la India] impone al Estado la obligación de salvaguardar el derecho a la vida de toda persona. La preservación de la vida humana reviste entonces fundamental importancia. Los hospitales gubernamentales administrados por el Estado y los funcionarios médicos que desempeñan tareas en ellos están obligados a extender la asistencia médica para preservar la vida humana. El fracaso por parte del gobierno en proveer a tiempo tratamiento médico a una persona que lo necesita importa una violación a su derecho a la vida garantizado por el artículo 21. En el presente caso, existió un violación de dicho derecho de Hakim Seikh, garantizado por el artículo 21, al serle denegado el tratamiento en los diversos hospitales gubernamentales a los que se acercó, a pesar de que su condición en ese momento era grave y requería atención médica inmediata. Dado que la denegación del derecho de Hakim Seikh garantizado por el artículo 21 se debió a empleados estatales en hospitales administrados por el Estado, el Estado no puede librarse de su responsabilidad por dicha denegación del derecho constitucional de Hakim Seikh.

La Corte adopta en su parte resolutive medidas de dos tipos. Por un lado, decide otorgar al peticionante una indemnización por los daños sufridos. Por otro lado, a fin de «prevenir la recurrencia de tales sucesos en el futuro y para asegurar la atención y tratamiento médico inmediato de las personas que lo necesiten realmente», la Corte ordena al gobierno una serie de medidas, que por su interés tanto teórico como práctico transcribimos:

A fin de que existan instalaciones médicas adecuadas disponibles para enfrentar casos de emergencia debe asegurarse que:

1. existan instalaciones adecuadas en los centros de atención primaria donde el paciente pueda recibir tratamiento primario inmediato para estabilizar su condición;
2. los hospitales de distrito y de sub-división deben ser mejorados para que los casos graves sean tratados allí;
3. las instalaciones que ofrezcan tratamiento especializado sean mejoradas, y estén disponibles en los hospitales de distrito y de sub-división, teniendo en cuenta las crecientes necesidades;
4. a fin de asegurar la disponibilidad de camas en una emergencia en hospitales estatales, exista un sistema de comunicación centralizado que permita que el paciente pueda ser referido inmediatamente al hospital donde haya cama disponible teniendo en cuenta el tratamiento requerido;
5. se establezca un adecuado sistema de ambulancias para transportar a los pacientes de los centros de atención primaria a los hospitales de distrito o de sub-división, y de los hospitales de distrito o de sub-división a los hospitales estatales;
6. las ambulancias estén provistas adecuadamente con el equipo y personal médico necesario;
7. los centros de salud y los hospitales y el personal médico asignado a estos centros y hospitales sean entrenados para enfrentar un número más importante de pacientes que necesiten tratamiento médico de emergencia teniendo en cuenta el mayor riesgo de accidentes en determinadas ocasiones y períodos del año.

La Corte Suprema de la India concluye señalando:

No hay duda de que para proveer estas facilidades se requieren recursos económicos. Pero al mismo tiempo, no puede ignorarse que proveer servicios médicos adecuados a la población es una obligación constitucional del Estado. Deben tomarse todas las medidas necesarias para alcanzar ese propósito. En el contexto de la obligación constitucional de proveer asistencia legal gratuita a un imputado pobre, esta Corte ha decidido que el Estado no puede eludir sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras.

También el sistema europeo de protección de derechos humanos nos brinda ejemplos sumamente útiles de cómo puede ser utilizada esta estrategia.

Es sabido que el Convenio sólo contempla derechos civiles, lo que no ha sido obstáculo para que numerosos casos vinculados a la violación de derechos sociales, en particular en cuestiones vinculadas a la protección del ambiente, fueran considerados por los órganos del sistema. La habilidad de los planteos consistió en identificar intereses amparados por derechos civiles tanto como por derechos sociales, de

manera tal que la violación de un derecho social pudo traducirse en términos de violación a un derecho civil. La estrategia se dirigió entonces a romper la tradicional relación entre derechos civiles y deberes de abstención, extendiendo el cúmulo de deberes de conducta exigibles a los Estados aun con relación a tradicionales derechos de autonomía.

En respuesta a esos planteos el TEDH fue consolidando un cuerpo de jurisprudencia referida a las obligaciones del Estado en materia de derechos civiles que resulta de inestimable valor para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Como vimos, el uso del derecho a la vida para proteger intereses amparados por derechos sociales ha sido una estrategia utilizada en el nivel doméstico y que podría ser utilizado en el ámbito del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En el sistema europeo también se ha utilizado el derecho a la vida como una forma de proteger intereses vinculados al derecho a la salud y de exigir al Estado obligaciones positivas de protección. En el caso *LCB v. Reino Unido*, el TEDH afirmó que la obligación del primer párrafo del artículo 2 del Convenio obliga a los Estados no sólo a abstenerse de privar a alguien intencional e ilegalmente de su vida, sino también a adoptar medidas apropiadas para garantizar la vida. En el caso se discutía el alcance del deber del Estado de proveer información adecuada a la peticionante sobre circunstancias que podrían haber mitigado o evitado la enfermedad que padecía, por lo que lo analizaremos con más detalle en el punto referido al uso de información para exigir derechos sociales<sup>110</sup>.

110. La jurisprudencia europea sobre obligaciones positivas en relación con el derecho a la vida ha tenido un importante desarrollo recientemente. En tal sentido en el caso *Osman v. Reino Unido*, sentencia del 28 de octubre de 1998, el TEDH estableció que entre esas obligaciones se encontraba el deber primario de garantizar la vida implementando una legislación penal efectiva para evitar la comisión de delitos contra las personas, sosteniendo un sistema legal para la prevención, y el castigo de las conductas criminales. Esto incluye, en determinadas circunstancias, la obligación positiva de adoptar medidas operativas para proteger a un individuo o individuos cuya vida está en riesgo por actos criminales de otros individuos. Para que la obligación de actuar positivamente del Estado pueda exigirse, es necesario establecer que las autoridades «sabían o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o de individuos identificados, originado por la conducta criminal de un tercero, y que esas autoridades omitieron tomar las medidas que podrían haber adoptado dentro del alcance de sus competencias, las cuales, juzgadas razonablemente, podría esperarse que hubieran evitado ese riesgo». La gama de obligaciones positivas impuestas al Estado varía considerablemente. Así, por ejemplo el deber del Estado de *investigar oficialmente* si un individuo ha sido muerto a raíz del uso de la fuerza se ha entendido también como una consecuencia del artículo 2 leído junto con

También se ha impuesto a los Estados obligaciones positivas para garantizar y proteger el derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio. El alcance de estas obligaciones positivas en muchos casos permitió cubrir intereses que suelen considerarse bajo la tutela de derechos ambientales. Para arribar a este significado del artículo 8, el TEDH comenzó a definir de un modo amplio la noción de vida privada y familiar. La vida privada y familiar, según lo ha entendido el TEDH, no se limita al ámbito cerrado del hogar o el domicilio, sino que comprende la relación del individuo con su entorno social y con el medio ambiente. Al mismo tiempo, el TEDH fijó también extensivamente el tipo de acciones u omisiones del Estado que podían ser entendidas como una «injerencia» en la vida privada de las personas. En la jurisprudencia europea reciente, la injerencia ya no equivale exclusivamente a la violación de un deber de respeto, a una intromisión arbitraria, sino que puede consistir, en ciertos casos, también en una omisión, en la no adopción de acciones de resguardo o tutela por parte del Estado.

Procuraremos seguir brevemente esta evolución en la jurisprudencia del sistema europeo. El TEDH sostuvo que la noción de vida privada de las personas es pasible de injerencias o intromisiones indirectas, tales como las consecuencias no evitadas de medidas adoptadas o consentidas por el Estado, no dirigidas directamente contra un individuo particular<sup>111</sup>. En tal sentido, el TEDH afirmó que las obligaciones de los Estados en relación con este derecho no se limitan a un deber de respeto, sino que comprenden una serie de conductas de tipo positivo destinadas a garantizar el derecho frente a eventuales ataques de otras personas u obstáculos materiales que impidan su ejercicio. El TEDH estableció claramente que el objeto esencial del artículo 8 del Convenio Europeo era la protección del individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, y que existen obligaciones positivas de los Estados inherentes al respeto efectivo de

el deber general impuesto por el artículo 1 del Convenio. Ver TEDH, *Mc. Cann y otro v. Reino Unido*, sentencia del 27 de septiembre de 1995, y *Kaya v. Turquía*, sentencia del 19 de febrero de 1998. Más recientemente, en *Mahmut Kaya v. Turquía*, sentencia del 28 de marzo de 2000, se estableció deberes positivos con relación al derecho a la vida sobre la base del derecho a un recurso efectivo establecido en el artículo 13 del Convenio. Así sostuvo el TEDH que «dada la importancia fundamental del derecho a la protección de la vida, el artículo 13 requiere, adicionalmente al pago de una compensación cuando sea apropiado, desarrollar una completa y efectiva investigación capaz de conducir a identificar y castigar a los responsables de la privación de la vida y eso incluye el acceso efectivo de los peticionarios a los procedimientos».

111. TEDH, caso *Rayner v. Reino Unido*, Petición 9.310/81 (1990).

la vida privada y familia<sup>112</sup>. También entendió que el concepto de vida privada no puede restringirse exclusivamente al ámbito cerrado en el cual el individuo vive su vida personal sin injerencias del mundo exterior. Este concepto comprende el derecho de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos o relaciones sociales<sup>113</sup>. En tal sentido, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos, como el TEDH, han procurado extender el concepto de vida privada más allá del estrecho significado de la idea anglosajona de *privacy*.

De esta forma, el TEDH ha reconocido que la vida privada de las personas puede verse afectada por las molestias o daños producidos en el ámbito en el cual aquélla se desarrolla, tanto en el domicilio como en el medio ambiente. Por ejemplo, en un caso el TEDH entendió que el ruido intenso y persistente de las aeronaves que sobrevolaban la casa del denunciante, constituía una violación del artículo 8.1 del Convenio Europeo<sup>114</sup>.

Luego del reconocimiento del significado amplio de la noción de vida privada y del concepto de injerencia, el TEDH avanzó en la afirmación de considerables deberes positivos a los Estados vinculados a la protección del medio ambiente, en los casos en que una alteración ambiental sería impide el goce del derecho civil consagrado en el artículo 8 del Convenio.

En el caso *López Ostra v. España*, el TEDH entendió que violaba esa norma el comportamiento negligente del Estado en el control de una planta depuradora de aguas y residuos industriales, que causaba emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación. La actora habitaba con su familia en una zona vecina a la planta depuradora que había sido habilitada por la autoridad municipal. Como consecuencia de la contaminación causada por la planta se vio forzada a abandonar en ocasiones su domicilio y alegaba además daños en su salud y en la salud de los demás integrantes de su grupo familiar. El TEDH sostuvo que los «atentados graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio de manera nociva para su vida privada y familiar»<sup>115</sup>. Conviene detenernos en el caso para ilustrar con mayor detalle la estrategia que propiciamos en este punto —el uso de derechos civiles para proteger bienes o intereses tutelados por derechos sociales—. En el caso, los derechos a la protección de la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del

112. TEDH, caso *Kroon v. Países Bajos*, A 297, § 31 (1994).

113. TEDH, caso *Niemietz v. Alemania*, A 251-B, § 29 (1992) y *McFeeley v. Reino Unido*, petición 8.317/78, 20 DR 44/91 (1980).

114. TEDH, caso *Rayner v. Reino Unido*, Petición 9.310/81 (1990).

115. TEDH, caso *López Ostra v. España*, A 303-C (1994).

domicilio fueron utilizados para tutelar el derecho a un medio ambiente adecuado. La estrategia consistente en traducir la violación de un derecho social por una violación de un derecho civil fue diseñada por la actora ya en las acciones iniciadas en los tribunales locales. A partir de la lectura de la sentencia del TEDH puede reconstruirse la suerte de esta estrategia de litigio en las diversas instancias del proceso. El problema en el sistema jurídico español era la ausencia de una acción de tutela para el derecho a un ambiente adecuado reconocido en el artículo 45 de la Constitución española. La ley 62/1978 de protección de derechos fundamentales alcanzaba tan sólo a los derechos enunciados en los artículos 14 a 29 de la Constitución. Es por ello que los abogados de la víctima debieron ya en sede interna reformular la acción en términos de violación de un derecho civil considerado como derecho fundamental bajo la norma constitucional y, por lo tanto, alcanzado por la acción procesal prevista en la ley mencionada. Así, Gregoria López Ostra inicia ante la Audiencia Territorial de Murcia una acción de tutela fundada en la ley 62/1978 argumentando que la omisión de las autoridades municipales de controlar el funcionamiento de la planta depuradora de desechos industriales constituía una «injerencia ilegal» en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a elegir el lugar de residencia, el derecho a la integridad física y psíquica, y el derecho a la libertad y seguridad individual (arts. 15, 17.1, 18.2, 19 de la Constitución española). La demandante presenta entonces la negligencia o la falta de acción de las autoridades municipales como una injerencia, alegando que los derechos fundamentales reseñados originaban para el Estado obligaciones positivas. Ante el rechazo de la acción en la Audiencia Territorial, presenta el 10 de febrero de 1998 una apelación ante el Tribunal Supremo. En esta apelación los letrados de la demandante argumentan ya sobre la base del artículo 8 párrafo 1 del Convenio Europeo, que el comportamiento de la autoridad municipal en el caso constituía una «injerencia ilegal» en su derecho a la inviolabilidad del domicilio y a su integridad física y psíquica<sup>116</sup>. El Tribunal Supremo, el 27 de julio de 1989, rechaza la apelación por entender que «(n)ingún oficial público ha entrado en su domicilio o atacado su integridad personal»<sup>117</sup>. El argumento del Tribunal Supremo remite, claro está, a la clásica concepción de que los derechos civiles sólo generan deberes de abstención, y en consecuencia se violan exclusivamente por acción. En el caso la «injerencia» referida por la norma, sólo podía

concebirse, según lo entiende el tribunal, como una acción tendiente a interferir en el goce del derecho, y en modo alguno la omisión denunciada podía ser considerada bajo la noción de «injerencia». El 20 de octubre de 1989, López Ostra presenta un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando la violación de los artículos 15, 18 y 19 de la Constitución española (derecho a la integridad personal; a la vida privada y la inviolabilidad del domicilio, y derecho a elegir libremente la residencia, respectivamente)<sup>118</sup>. El Tribunal Constitucional declara inadmisibile el recurso de amparo. Justifica el rechazo afirmando que la afectación del derecho a la vida privada no había sido planteada en las instancias ordinarias. En cuanto a los demás derechos, afirma que la presencia de humos, olores y ruidos no constituye en sí misma una violación de la inviolabilidad del domicilio. El rechazo de la orden de clausura de la planta no podía ser considerado un trato inhumano o degradante pues no había prueba de que la vida o la integridad física de la demandante estuviera en peligro. Por último, el derecho a fijar la residencia no había sido violado pues la demandante no había sido expulsada de su domicilio por ninguna autoridad<sup>119</sup>. Nuevamente, el Tribunal Constitucional se aferra al esquema que relaciona derechos civiles con obligaciones negativas, dejando fuera del alcance de la norma aquellas conductas omisivas que pudieran tener por efecto directo la privación de los derechos en juego en el caso. En su planteo ante la Comisión Europea la peticionaria reclama la violación del artículo 8 y del artículo 3 del Convenio, repitiendo el argumento que había expuesto en sede interna: que estos derechos originaban obligaciones positivas y que, por lo tanto, la falta de acción, esto es, la no adopción de medidas adecuadas, podía constituir una forma de «injerencia ilegal» en el goce del derecho al domicilio y a la integridad personal. Como se ha visto, el TEDH toma en consideración los argumentos expuestos por la peticionaria únicamente con relación al artículo 8 del Convenio, avanzando en la fijación de deberes de conducta positiva mucho más allá de lo que habían estado dispuestos a admitir los tribunales locales.

En igual sentido, el TEDH entendió que un Estado violaba estos derechos al privar a una persona de información esencial acerca de los riesgos que ella y su familia corrían, por estar expuestas al peligro de una detonación explosiva accidental en una fábrica cercana a su domicilio. Veremos este caso, con más detalle, al desarrollar la posi-

116. Ver párrafo 12 de la sentencia.

117. Ver párrafo 14 de la sentencia.

118. Ver párrafo 15 de la sentencia.

119. Ver párrafo 15 de la sentencia.

bilidad de uso del derecho a la información<sup>120</sup>. Merece mencionarse por último el uso del derecho consagrado en el artículo 8 del Convenio para la protección de derechos culturales. En un caso tramitado por el pueblo indígena Sami ante la Comisión Europea el mencionado precepto fue invocado para tutelar las prácticas culturales de subsistencia y la protección de la tierra ancestral. En el caso *G y E v. Noruega*<sup>121</sup>, dos miembros del pueblo Sami alegaron la violación del artículo 8 debido a que un proyecto hidroeléctrico inundaría parte de sus tierras ancestrales destinadas al pastoreo de renos. La Comisión aceptó el argumento de los peticionarios de que esas prácticas económicas tradicionales quedaban incluidas en la noción de vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio. La petición fue sin embargo desestimada al entender la Comisión que debido a la escasa cantidad de tierra que sería inundada no existía una injerencia arbitraria en el goce del derecho y que el proyecto estaba justificado en la necesidad de brindar bienestar económico al país<sup>122</sup>.

De los casos reseñados surge con claridad que las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida privada y familiar, en el sistema europeo, no se limitan a un comportamiento negativo, de omisión de injerencia o mero respeto. En los casos de afectación de este derecho por alteración del medio ambiente, se adjudicó responsabilidad internacional a los Estados por no haber impedido la contaminación, por no haber controlado o supervisado las actividades industriales contaminantes, por no haber subsanado los daños causados por la degradación del ambiente, e incluso por no haber garantizado el acceso adecuado a la información relacionada con los riesgos de eventuales explosiones cercanas al domicilio del reclamante.

El TEDH también impuso a los Estados fuertes deberes positivos con relación al derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes, consagrado en el artículo 3 del Convenio. En tal sentido se estableció que la obligación que emanaba del artículo 1 de la Convención imponía a los Estados el deber de asegurar que toda persona bajo su jurisdicción gozara de los derechos y libertades establecidos en ella, y que considerado en conjunto con el artículo 3 requería a los Estados adoptar medidas diseñadas para asegurar que

120. TEDH, caso *Guerra y otros v. Italia*, 19 de febrero 1998.

121. Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *G y E v. Noruega*, petición conjunta 9.278/81 y 9.415/81 (1984).

122. El caso puede confrontarse con los referidos a derechos de pueblos indígenas y de minorías culturales, ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y ante el sistema interamericano, que tratamos en este mismo apartado.

los individuos no estén sujetos a torturas o tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando aquel tipo de trato fuera causado por un actor no estatal. En estos caso el Estado puede violar el artículo 3 cuando su legislación no provee una adecuada protección<sup>123</sup>. O cuando omite adoptar medidas que razonablemente hubieran podido evitar el riesgo de que la persona se vea sometida a este tipo de trato si las autoridades sabían o hubieran podido saber de la existencia de ese riesgo<sup>124</sup>. Este tipo de obligaciones positivas abre la posibilidad de utilizar la norma en determinados contextos para la protección de intereses generalmente amparados por algunos derechos sociales. El TEDH se ha negado a utilizar la norma en casos de exposición a daños ambientales originados en conductas omisivas o negligentes del Estado<sup>125</sup>. Sin embargo, en el caso *D v. Reino Unido*<sup>126</sup>, el TEDH amplió considerablemente el alcance del precepto al aplicarlo en el análisis de procesos migratorios, en particular al evaluar el riesgo de que una deportación pudiera causar la interrupción de los tratamientos médicos indispensables para la vida de un inmigrante. El TEDH había aplicado el artículo 3 en casos de deportación al considerar la posibilidad de que la persona deportada quedara expuesta a torturas o a alguna forma de trato inhumano o degradante en el país de receptor, a raíz de acciones intencionales de las autoridades públicas del Estado. En este caso, sin embargo, el peticionario era un inmigrante portador de HIV/SIDA quien cuestionaba una orden de deportación a la Isla de St. Kitts sobre la base de que allí no contaría con la

123. Así, en el caso *A v. Reino Unido*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, el TEDH afirmó que la legislación inglesa que permitía al padre o pariente que golpeaba a un niño alegar la defensa de castigo razonable tendente a disciplinar o educar, no era un medio adecuado para proteger a los niños de malos tratos en el ámbito doméstico que por sus características de severidad y continuidad podían calificar como un trato inhumano o degradante. En el caso un niño había sido golpeado reiteradamente con una caña de jardín por su padrastro quien había sido absuelto por un jurado de los cargos de lesiones corporales en virtud de la mencionado defensa de castigo razonable. El TEDH entendió que existía en el caso trato inhumano o degradante sin perjuicio de que era un particular el que lo había infligido y que el Estado no había cumplido con su deber de proteger al niño de tales sufrimientos, violando por ello el artículo 3 del Convenio.

124. TEDH, caso *Mahmut Kaya v. Turquía*, sentencia del 28 de marzo del 2000, con cita de *Osman v. Reino Unido*, donde se establecía un deber similar con relación al derecho a la vida.

125. El argumento fue rechazado en *López Ostra v. España*. Para un lectura crítica de esta parte de la sentencia puede verse M. T. Acevedo, «The Intersection of Human Rights and Environmental Protection in the European Court of Human Rights»: 8 *New York University Environmental Law Journal* 437 (2000).

126. Caso *D v. Reino Unido*, sentencia del 21 de abril de 1997.

posibilidad de continuar el tratamiento médico que lo mantenía con vida. En tal sentido alegaba que la deportación implicaba someterlo a un trato inhumano o degradante. El Estado inglés argumentaba, por el contrario, que el sufrimiento y la reducción de la expectativa de vida del demandante se debía al estado terminal de su enfermedad y a las deficiencias del sistema de seguridad social en su país de origen, y que ambas cuestiones eran absolutamente ajenas a su responsabilidad. El TEDH consideró que aun cuando en sus precedentes había limitado la aplicación del artículo 3 en casos migratorios a la posibilidad de que la persona expuesta a deportación pudiera sufrir torturas o tratos inhumanos como consecuencia del accionar intencional de agentes del Estado receptor, la importancia de la norma le obligaba a reservar cierta flexibilidad para poder aplicarla en otros contextos. En tal sentido, el TEDH estaba en condiciones de analizar si la deportación del peticionario podía exponerlo al riesgo real de padecer un tratamiento encuadrable en el estándar del artículo 3, en vista de su condición médica actual. El TEDH consideró acreditado que el peticionario se encontraba en un estado avanzado de su enfermedad terminal e incurable y que su limitada calidad de vida dependía exclusivamente de la disponibilidad del tratamiento médico sofisticado y la medicación que le proveía el gobierno británico y una organización comunitaria. La abrupta interrupción de este tratamiento y del suministro de la medicación lo hubiese afectado de modo irreparable. También consideró probado sobre la base de información referida a graves deficiencias sanitarias en la Isla de St. Kitts, que existía un serio riesgo de que la deportación provocara una expectativa de vida aún menor, sometiéndolo por ende a un sufrimiento físico y psíquico. El TEDH tuvo en cuenta por último que el Estado inglés había asumido una responsabilidad en el tratamiento del demandante desde hacía un par de años, y que por ello, éste dependía de ese tratamiento oficial para sobrevivir<sup>127</sup>. Si bien las condiciones que el peticionario enfrentaría en el país receptor no podían ser consideradas en sí mismas, según el TEDH, bajo el estándar del artículo 3, en cambio sí podía considerarse que «su expulsión lo expondría a un riesgo real de morir bajo las más angustiosas circunstancias, lo que configurarían un trato inhumano»<sup>128</sup>.

127. Como puede verse, se trata de un argumento similar al ya comentado al analizar el caso *Beviacqua*: la conducta anterior del Estado constituye un elemento fundamental a la hora de establecer el alcance de la conducta debida.

128. El TEDH se cuida de cerrar considerablemente el alcance de su decisión. No es la exposición a deficientes condiciones sanitarias de un enfermo terminal lo que produce la violación del artículo 3, sino la expulsión del inmigrante que viene reci-

También el derecho de propiedad ha sido en ocasiones invocado en el sistema europeo para proteger intereses amparados por derechos ambientales, aunque en la mayoría de los casos que reseñemos el interés específicamente afectado es el valor de la propiedad deteriorado por alteraciones del medio ambiente. En *Arrondelle v. Reino Unido*<sup>129</sup>, por ejemplo, la Comisión Europea declaró admisible una petición que alegaba que el ruido y la polución interfería con el derecho al goce pacífico de la posesión consagrado en el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio. El peticionario era propietario de una vivienda ubicada en la adyacencia de un aeropuerto y una importante autopista y reclamó luego de que la autoridad municipal reiteradamente se negara a modificar la zonificación del área de zona residencial a zona de uso industrial y comercial, lo que le hubiera permitido vender su propiedad a un precio razonable. El caso fue objeto de transacción, por lo que la Comisión no se pronunció sobre el fondo, pero en el informe de admisibilidad por primera vez el órgano reconoció el posible vínculo entre el ruido, la contaminación y los derechos consagrados en el Convenio<sup>130</sup>. En *Vearncombe y otros v. Reino Unido y República Federal Alemana*<sup>131</sup>, la Comisión rechazó una petición en la que se alegaba que la construcción y operación de un campo de tiro para el ejército inglés en Berlín, junto a un barrio residencial, constituía una violación del derecho al goce pacífico de la posesión. La Comisión consideró que el nivel de ruido continuo y excesivo podía implicar una afectación del derecho al goce de la posesión, pero que en el caso no superaba el límite de lo tolerable. En *S. v. Francia*<sup>132</sup>, la Comisión declaró inadmisibles una petición que alegaba que la construcción de una planta nuclear en la proximidad de un barrio residencial violaba el derecho al goce de la posesión. En

biendo un tratamiento y se ve expuesto a la angustiosa situación de morir por no acceder a ese tratamiento en el país receptor.

129. Comisión EDH, caso *Arrondelle v. Reino Unido*, Petición n.º 7.889/77: 5 *Eur. H. R. Rep.* (1982) pp. 118-119.

130. Un planteo similar fue formulado en *Baggs v. Reino Unido*, Petición n.º 9.310/81: 44 *Eur. Comm'n H. R. Dec. & Rec.* (1985), pp. 13-19. El peticionario también reclamaba daños en su propiedad derivados de la no zonificación de un área en la que tenía su actividad comercial, cercana al aeropuerto de Heathrow, pero invocaba la violación del derecho a un recurso efectivo sobre la base del artículo 13 del Convenio. El caso también fue objeto de solución amistosa.

131. Comisión Europea, caso *Vearncombe y otros v. Reino Unido y República Federal Alemana*, petición N.º. 12.816/87: 59 *Eur. Comm'n H. R. Dec. & Rep.* (1989), pp. 186-199.

132. *S v. France*, petición n.º 13.728/88: 65 *Eur. Comm'n H. R. Dec. & Rep.* (1990), pp. 250, 258, 260.

el caso el peticionario había sido indemnizado y la Comisión encontró que la compensación otorgada por el Consejo de Estado no había sido desproporcionada respecto del daño alegado. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empleado el derecho de propiedad para proteger derechos sociales y culturales. En los casos *Awás Tingni* y *Cinco Pensionistas*, la Corte fundó en el derecho de propiedad la tutela de derechos colectivos de los pueblos indígenas y de derechos previsionales, respectivamente<sup>133</sup>.

También ha resultado fructífera la vinculación entre el derecho a la autonomía personal (derecho a elegir autónomamente un plan de vida) y el derecho a la preservación de la cultura. La interpretación extensiva que ha hecho el Comité de Derechos Humanos del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos abre un marco suficientemente amplio como para cubrir numerosas situaciones vinculadas con la protección del derecho a la cultura de pueblos indígenas y de minorías étnicas o culturales. El artículo 27 del PIDCP establece que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Aunque incluido en un tratado destinado a establecer derechos civiles y políticos, resulta obvio que este derecho tiene estrechas vinculaciones con derechos culturales —la propia norma vincula el goce individual del derecho con el de los demás miembros de la comunidad cultural a la que pertenece—. La interpretación de esa norma efectuada por el Comité, moldeada a partir de las decisiones adoptadas en los casos *Lubicon Lake Band v. Canadá* (1990)<sup>134</sup> y

133. Ver Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, n.º 79, y caso *Cinco Pensionistas*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, n.º 98.

134. CDH, caso *Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canadá* (1990), Comunicación n.º 167/1984. En este caso el CDH admitió analizar las alegaciones de violación al artículo 27 del Pacto a raíz de la afectación de la tierra ancestral y de las prácticas económicas tradicionales del pueblo indígena por la concesión de licencias públicas para la explotación de yacimientos de petróleo y gas en las tierras históricas de este pueblo, en la provincia de Alberta. También analizó bajo el marco de esta norma violaciones de derechos culturales de pueblos indígenas en los casos *Ilmari Lämsman v. Finlandia* (1993), Comunicación n.º 511/92, sobre afectación de tierras de pastoreo de renos del pueblo Sami por una empresa minera; y el caso *Kitok v. Suecia*

*Ballantyne y Davidson v. Canadá* (1993)<sup>135</sup>, fue plasmada en la Observación General 23, del 8 de abril de 1994<sup>136</sup>. En esa observación general, el Comité expresa:

Aunque la norma del artículo 27 está expresada en términos negativos, de todos modos la disposición reconoce la existencia de un «derecho» y establece la obligación de no negarlo. Por consiguiente, todo Estado Parte está obligado a asegurar la realización y el ejercicio de este derecho y a ampararlo contra toda negativa o violación. Así, las medidas positivas de protección por conducto ya sea de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas, son procedentes no sólo contra los actos del propio Estado Parte, sino también contra el acto de cualquier persona que se encuentre en el Estado Parte (punto 6.1).

El Comité avanza aún más en su interpretación:

Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con otros miembros del grupo. En este sentido, se debe observar que dichas medidas positivas deben respetar las disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo 26 del Pacto, tanto en lo que se refiere al tratamiento de las distintas minorías como en lo relativo al tratamiento entre las personas pertenecientes a ellas y el resto de la población. Sin embargo, en la medida en que estén destinadas a corregir una situación que impide o dificulta el goce de los derechos garantizados por el artículo 27, dichas medidas pueden constituir una diferenciación legítima con arreglo al Pacto, con tal de que estén basadas en criterios razonables y objetivos (punto 6.2).

(1988), Comunicación n.º 197/85, en la que miembros del pueblo Sami cuestionaban una ley que regulaba la ganadería de renos en esas comunidades.

135. CDH, caso *John Ballantyne y Elizabeth Davidson v. Canadá* (1993), comunicaciones n.º 359/1989 y 385/1989. En el caso ciudadanos canadienses, residentes de habla inglesa en la provincia de Quebec, cuestionaban bajo el artículo 27 del Pacto una ley local que les impedía el uso del inglés con fines publicitarios en carteles comerciales o en el nombre de sus negocios. El CDH entendió que los ciudadanos de habla inglesa no podían ser considerados una minoría en Canadá y rechazó el caso bajo el artículo 27, aunque encontró que existía una violación del artículo 19 párrafo 2, pues la ley en cuestión privaba irrazonablemente a los demandantes de su libertad de expresión.

136. CDH, Observación General n.º 23, «Derechos de las minorías: art. 27», del 8 de abril 1994.

Y se dedica finalmente a establecer el alcance del término «cultura» al que alude la norma:

Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Este derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que las afectan (punto 7).

Como puede observarse, la interpretación del Comité hace difícil distinguir el derecho del artículo 27 del PIDCP de un derecho cultural ejercido colectivamente. Sumando los elementos que el Comité señala, el derecho queda configurado como un derecho individual que sin embargo supone la obligación estatal de adoptar medidas para proteger el desarrollo de la cultura, religión y prácticas lingüísticas de la comunidad. Las medidas que el Estado debe adoptar son negativas y positivas, e incluyen la protección de las prácticas culturales del grupo ante el ataque de terceros. Esto significa, por ejemplo, que un miembro del grupo ve afectado su derecho individual a ejercer sus prácticas culturales, religiosas o lingüísticas si el Estado no adopta medidas ante el ataque u obstaculización de esas prácticas contra otro miembro del grupo por un tercero, o por el propio ataque estatal, o por la omisión estatal de proteger la preservación o el desarrollo de la cultura del grupo. Piénsese, por ejemplo, en la omisión estatal de proveer maestros de la lengua del grupo minoritario.

Por último el Comité deja en claro la íntima relación que existe entre la elección de una forma de vida individual y el aprovechamiento de bienes culturales que identifican a una determinada minoría o a un pueblo indígena. El proyecto de vida de cada miembro de ese colectivo guarda una profunda dependencia del goce de esos bienes culturales, tales como la lengua, la religión, la tierra ancestral y las prácticas económicas tradicionales de los pueblos indígenas<sup>137</sup>. En tal

sentido, la opinión del Comité no sólo permite aprovechar el artículo 27 del PIDCP para la protección de derechos culturales, sino que también ayuda a abordar con nuevos argumentos el uso del derecho de autonomía personal o la protección de la vida privada y familiar, por ejemplo, bajo el artículo 8 del Convenio europeo, para la tutela de estos derechos<sup>138</sup>.

reserva, se había casado con un no indígena y luego de divorciarse deseaba volver a vivir en la reserva como parte del pueblo Maliseet al que pertenecía. La comunidad le negaba ese derecho. La peticionaria alegaba que se violaba su derecho a participar de la cultura de la comunidad bajo el artículo 27 del PIDCP, pero también su derecho a fijar una residencia bajo el artículo 12 y su derecho a la no injerencia en la vida privada y familiar bajo el artículo 17, además del derecho a no ser discriminada por su género bajo el artículo 26 del Pacto. En su alegato, que fue luego recogido por el CDH, se ponía en evidencia la relación profunda entre la autonomía personal y el goce de los bienes culturales. Su plan de vida había sido casarse, luego divorciarse y ahora volver a vivir como indígena en el lugar en que había nacido. La posibilidad de ese plan de vida estaba ligada al uso del territorio cultural, pues únicamente en la reserva existía la comunidad a la que ella sentía pertenecer. El CDH entendió que en el caso el artículo 27 debía ser leído a la luz de los artículos 12, 17, y 26 entre otros, y consideró que la legislación canadiense en virtud de la cual se le negaba a la demandante su pertenencia al pueblo indígena y su derecho a residir en la reserva, constituía una violación del artículo 27 del Pacto.

138. En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, existe una importante jurisprudencia en materia de protección de derechos indígenas, en muchos casos interpretando derechos civiles consagrados en la Declaración Americana o en la Convención Americana para proteger derechos culturales, como la tierra cultural. Puede verse principalmente Informe del caso 7.615, *Yanomami v. Brasil*, resolución n.º 12/85 (5 de marzo de 1985); Informe Anual CIDH 1984-85, OEA/Ser.L/V/II.66, 1 de octubre de 1985; caso 10.975 *Piche Cuca* (Guatemala), Informe 36/96, CIDH, Informe Anual 1996, p. 299; Informe sobre la situación de derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc.10 rev. 3, 29 de noviembre de 1983; Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador. OFA/Ser.L/V/II.96.Doc.10. rev. 1, 24 de abril de 1997, p. 122. En un caso reciente que la Comisión presentó ante la Corte Interamericana, se alega la violación del derecho de propiedad colectiva de las tierras de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Nicaragua. El caso se conoce como «Awas Tingi». La demanda, interpuesta por la Comisión el 4 de junio de 1988, denuncia la supuesta violación por el Estado nicaragüense de los artículos 21 (propiedad) y 25 (protección judicial), junto con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. Se funda en la falta de demarcación y de reconocimiento oficial del territorio de dicha comunidad. La Corte Interamericana acogió la pretensión de la Comisión. Ver Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, n.º 79. Para un análisis de la jurisprudencia de la Comisión en la materia puede verse D. Shelton, «Land Rights and Indigenous Peoples. The Role of the Inter-American Commission on Human Rights»: *Cultural Survival Report* (Cambridge) 29 (1988); R. A. Williams Jr., «Encounter on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World»: *Duke Law Journal* 660/90 (1990); J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2004.

137. Éste fue el argumento utilizado por la peticionaria en el caso *Sandra Lovelace v. Canadá* (1981), Comunicación n.º 24/1977. En este caso la actora pertenecía étnicamente al pueblo indígena Maliseet. Conforme a la legislación indígena y a las reglas fijadas por la propia comunidad indígena para el uso de la reserva de Tobique donde habitaba, las mujeres que contraían matrimonio con un no indígena perdían el derecho a habitar la reserva, aún cuando hubieran nacido en ella. La peticionaria, nacida en la

c.2) La consideración del contexto socio-económico en el ejercicio de derechos civiles y políticos

Una segunda variante de esta estrategia consiste en problematizar judicialmente las barreras al goce de un derecho civil derivadas de circunstancias socio-económicas, ya que es evidente que en un contexto económico y social desfavorable el ejercicio de cualquier derecho se ve seriamente obstaculizado.

Un ejemplo de consideración del contexto económico-social para evaluar el goce de un derecho civil es el caso *Airey*<sup>139</sup>, decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En dicha controversia, 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 artículo 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 señora Airey a promover su juicio de divorcio, tampoco había hecho nada para impedirlo. El TEDH sostuvo en relación con este punto:

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, n.º 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, n.º 31, p. 15 § 31, y *De Wilde, Ooms y Versyp* de 10 de marzo de 1972, Serie A, n.º 15, p. 10 § 22). El deber de asegurar el derecho a un efectivo acceso a los Tribunales entra en esa categoría de deberes<sup>140</sup>.

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 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<sup>141</sup>.

140. *Ibid.*, § 25, p. 572.

141. 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 artículo 6.1, inclinándose por una posición conservadora: «He llegado a la conclusión, sin grandes dudas aunque con pesar, de que la demandante no se puede apoyar en lo dispuesto por el artículo 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

139. TEDH, caso *Airey* del 9/10/1979 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 32), que puede consultarse en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, cit., pp. 563-577.

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 señora 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 artículo 6.1 del CEDH.

Durante el período de la denominada *Corte Warren*, la Corte Suprema estadounidense también decidió casos similares. Así, por ejemplo, en los fallos *Griffin v. Illinois*<sup>142</sup> y *Douglas v. California*<sup>143</sup>, estableció que el Estado debe suministrar a una persona indigente acusada de un delito los fondos necesarios para costear la transcripción de la prueba presentada en el juicio y contratar los servicios de un abogado para la apelación. Como puede verse, el aseguramiento de un derecho tal como la defensa en juicio exige en estos casos el despliegue de medidas afirmativas por parte del Estado, emparentadas sin duda con el tipo de medida de igualación y redistribución típicas del derecho social.

#### d) La protección de derechos sociales por otros derechos sociales

En los últimos años hemos sido testigos del dismantelamiento de las instituciones tradicionales que caracterizaron el denominado Estado

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 artículo 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).

142. Corte Suprema estadounidense, 351 U.S. 12 (1956).

143. Corte Suprema estadounidense, 372 U.S. 353 (1963).

de Bienestar. Este proceso tuvo un impacto indudable sobre los derechos sociales, y su nota característica es la precarización de los derechos sociales clásicos vinculados al trabajo y a la seguridad social. Sin embargo, simultáneamente surgieron con fuerza nuevos derechos sociales, a partir de la reivindicación de espacios de autonomía académica, el desarrollo de principios de interpretación normativa, y la gestación de mecanismos novedosos de tutela que se han abierto camino en la jurisprudencia, hasta alcanzar muchos de ellos su consagración legal<sup>144</sup>. Entre estos nuevos derechos sociales podemos mencionar los derechos de los consumidores y los derechos que protegen el ambiente. De tal modo, así como antes señalamos la existencia en algunos sistemas jurídicos domésticos o internacionales de mecanismos de tutela de los derechos civiles y políticos que podían utilizarse para proteger derechos económicos, sociales y culturales, en el marco de este proceso de degradación de los derechos sociales del trabajo y la seguridad social, una vía alternativa de exigibilidad consiste en utilizar los derechos sociales «fuertes» y sus mecanismos de tutela, para proteger derechos sociales «debilitados».

En determinadas circunstancias, derechos sociales «fuertes», como el derecho a la protección del ambiente, pueden salir en defensa de derechos sociales tradicionales, como los vinculados a la regulación del trabajo. Pensemos, por ejemplo, en qué medida podría aprovecharse la rica jurisprudencia sobre legitimación colectiva en la acción ambiental, o sobre la procedencia de estudios de impacto ambiental, con un sentido cautelar ante la inminencia o desarrollo de una obra o actividad industrial peligrosa, para la tutela del derecho a condiciones de trabajo dignas, o a un ambiente de trabajo seguro e inocuo.

En la misma línea argumental, algunas prestaciones del Estado en materia de seguridad social pueden ser exigidas reforzando la posición de los beneficiarios de esas prestaciones a partir de su condición de usuarios o consumidores de un servicio público. Un ejemplo de esta estrategia proviene de la jurisprudencia argentina: se trata del caso resuelto por la Sala IV de la Cámara Federal Contencioso-administrativa de la Capital Federal, *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, en el que el tribunal suspendió a través de una medida cautelar el proceso licitatorio de la entidad de prestación

144. Cf. V. Abramovich y C. Courtis, «Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo»: *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate* 22 (1994), pp. 54-63. También en *No Hay Derecho* 12 (1995). También puede verse «Futuros Posibles. El derecho laboral en la encrucijada»: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1/2 (1997), pp. 149-176.

de servicios sociales para jubilados, por vulnerarse el derecho de los beneficiarios a obtener información adecuada y veraz sobre las condiciones de las futuras contrataciones<sup>145</sup>. El instituto mencionado presta servicios médicos y sociales a más de cuatro millones de jubilados en la Argentina, mediante un programa denominado PAMI. En el año 1999 la intervención del instituto había iniciado un proceso de privatización de los servicios médicos, previendo la adjudicación de los mismos a empresas «gerenciadoras» que actuarían como intermediarias entre el instituto y los prestadores médicos. Los afiliados debían optar entre las tres gerenciadoras que ganaran el concurso. El plazo que se preveía para la opción era exiguo y la información que se exigía brindar sobre la calidad y el tipo de prestaciones que cada una ofrecería, indispensable para que el afiliado pudiera realizar la opción, era escasa. Se habían iniciado numerosas acciones de amparo tendientes a suspender la licitación sobre la base de que la privatización de los servicios afectaría la calidad de las prestaciones, vulnerando el derecho a la salud y a la seguridad social de los afiliados. Los argumentos de los demandantes en estos procesos se sostenían en las previsiones de la ley de seguro nacional de salud, de la ley de obras sociales y de la ley de creación del Instituto. La mayoría de las acciones fundadas en estos derechos sociales habían sido rechazadas. En algunas, sin embargo, se habían admitido medidas cautelares, que al ser apeladas por el instituto quedaban sin efecto hasta la resolución de los tribunales de alzada. Ello era así, por cuanto los derechos mencionados sólo podían ser protegidos por la vía del amparo ordinario, que establece el efecto suspensivo de la apelación de las medidas cautelares. Esta regulación procesal había permitido a las autoridades del instituto continuar el proceso, superando las diversas impugnaciones judiciales. El caso presentado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires<sup>146</sup>, partió de la constatación del fracaso de las estrategias tradicionales destinadas a frenar la licitación mediante acciones de amparo ordinarias en las que se invocaba la violación de los derechos a la salud y a la seguridad social. El análisis de la legislación arrojaba una gama de acciones posibles, entre las cuales se advertía que la legislación sobre usuarios y consumidores, en particular la denominada Ley de Defensa del Consumidor, contenía una protec-

ción más clara del derecho de acceso a la información. Además de ello, la legislación en materia de consumidores regulaba un amparo especial, en cuyo marco la apelación de la concesión de medidas cautelares sólo tiene efecto devolutivo y no suspende la medida. Por ello, la Defensora del Pueblo inició una medida cautelar, invocando las normas constitucionales y legales que brindan amplia protección a los derechos de consumidores y usuarios, argumentando que los afiliados del instituto, además de beneficiarios de un seguro social, eran usuarios de un servicio público. De tal modo, aprovechó por un lado las normas sobre acceso a la información, y al mismo tiempo, las ventajas procesales de la acción especial. El tribunal actuante decidió interrumpir el proceso sobre la base de la falta de información adecuada a los afiliados, hasta tanto el instituto garantizara el acceso a esta información<sup>147</sup>. El instituto apeló la medida, pero la licitación permaneció suspendida durante todo el tiempo que demandó el proceso judicial. Finalmente, el nuevo gobierno que asumió a finales de 1999 anuló la licitación.

Del mismo modo, el contexto brasileño aporta interesantísimos ejemplos de cómo la utilización combinada de la legislación de protección del consumidor y de formas procesales de representación de intereses transindividuales ha redundado en la tutela de derechos sociales tales como la salud, la educación y la vivienda. A partir de la legitimación para defender intereses transindividuales, el Ministerio Público ha presentado acciones civiles públicas para proteger a los contratantes adherentes a planes de salud<sup>148</sup>, a padres de niños que estudian en escuelas privadas<sup>149</sup> y a contratantes de planes de vivienda<sup>150</sup> contra el aumento del pago mensual sobre los índices de ajuste legalmente autorizados.

El Tribunal Superior de Justicia de Brasil tuvo la oportunidad de decidir acerca de la legitimación del Ministerio Público para llevar adelante esas acciones. En el Recurso Especial n.º 177.965-PR, deci-

145. Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo de la Capital Federal, Sala IV, caso *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, del 10 de febrero de 1999, en *La Ley* 1999-D, pp. 377 ss.

146. Se trata de la denominación de la figura del *ombudsman* en la ciudad de Buenos Aires.

147. Volveremos sobre lo decidido al analizar el uso de la información como estrategia para proteger derechos sociales.

148. Ver, además del caso que aquí se comenta, entre muchos otros, Primer Tribunal de Alzada Civil del Estado de San Pablo, Apelación Civil n.º 785.001-5, de 30 de junio de 1998; Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, Apelación Civil n.º 46.427.4/0 – Guarulhos, de 17 de noviembre de 1998.

149. Ver Supremo Tribunal Federal del Brasil, RE n.º 185.360/SP, de 20 de febrero de 1998.

150. Ver Tribunal Superior de Justicia del Brasil, Resp. n.º 105.215/DF, Cuarta Turma, de 18 de agosto de 1997.

dido el 18 de mayo de 1999, el tribunal debió considerar la legitimación del Ministerio Público para iniciar una acción civil pública en representación de todos los afiliados a un plan de salud de la Sociedad Cooperativa de Servicios Médicos y Hospitalarios de Maringá (UNIMED), del Estado de Paraná. La prestadora aumentaba el valor de la mensualidad por encima de los índices oficiales de corrección monetaria acumulados en el año anterior. La acción solicitaba una medida cautelar para suspender la aplicación de esos aumentos en todos los contratos en que el porcentaje fuera mayor al de los índices autorizados, y ordenar el mantenimiento de la prestación regular de los servicios médicos mientras se desarrollara el juicio. La empresa cuestionó la legitimación del Ministerio Público para representar intereses individuales homogéneos<sup>151</sup>, y la cuestión llegó así ante el tribunal.

El Tribunal rechazó el recurso de la empresa, ya que consideró que «(e)l Ministerio Público tiene legitimación para promover acciones colectivas en defensa de intereses individuales homogéneos cuando exista interés social compatible con la finalidad de la institución». La decisión afirma que «el interés social de esa intervención surge de la necesidad de que se cumpla la ley que regula una actividad de importancia crucial para la colectividad (mensualidad escolar, salud pública, pago de vivienda propia), que debe ser protegida de prácticas comerciales ilícitas y de contratos con cláusulas abusivas, hecho que debe ser preferentemente evitado. Si la prevención no fuese posible, es necesario que la infracción pueda ser prontamente reprimida a través de una actuación judicial eficaz tal como la acción colectiva, especialmente cuando la operación es masiva, con pluralidad de perjudicados que no siempre están en condiciones de afrontar el inicio de una demanda judicial. Eliminada la acción colectiva del Ministerio Público, ciertamente tales conductas no sólo serían libremente practicadas, sino tal vez ampliadas, profundizando la ilegalidad abusiva y aumentando el perjuicio a los ciudadanos que negocian bajo esas reglas».

e) Límites a los derechos civiles y políticos justificados por derechos sociales

Otra situación en la cual los derechos económicos, sociales y culturales resultan indirectamente amparados a través de la implementación

151. Es decir, la suma de los intereses individuales de las personas que se encuentran en la misma situación jurídica y que resultan afectadas por un ilícito común. En el caso, el cobro de un aumento superior al porcentaje autorizado a todos los contratantes de un mismo plan de salud.

de las normas que consagran derechos civiles es el caso en que el ejercicio de un derecho civil resulta en cierta medida interferido o limitado por el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales. Se trata, de algún modo, de la situación inversa a la protección de un derecho social a través de un derecho civil: en este supuesto, los derechos económicos y sociales funcionan como justificación de la limitación o restricción de los derechos civiles y políticos de algunos individuos. Dado que algunos derechos humanos son susceptibles de razonable reglamentación, una de las posibles justificaciones de esta reglamentación es la adopción de medidas que tiendan a garantizar un derecho económico, social y cultural. Esta vía resulta importante en dos contextos:

a) Como justificación de las medidas adoptadas por el Estado para garantizar derechos económicos y sociales. Se trata de un contexto sumamente relevante en países de alta concentración —y por ende mala distribución— de la riqueza, ya que provee una justificación a la limitación de derechos —especialmente, del derecho de propiedad y de la libertad de comercio— de sectores que no padecen de necesidades, revistiendo de un cariz social a la función de la propiedad.

b) Como defensa de grupos desaventajados ante amenazas de recorte o aniquilación de un derecho social. Esta vía parece adecuada como defensa para impetrar ante amenazas sufridas por los derechos económicos y sociales, tales como el derecho a la vivienda, o el derecho a la salud. Resulta relevante además para demandar medidas en materia ambiental, cuando quienes afectan en medio ambiente son personas privadas.

El caso *James y otro v. Reino Unido*<sup>152</sup>, del TEDH, representa un ejemplo de esta estrategia. 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 condicio-

152. TEDH, caso *James y otros* del 21 de febrero de 1986 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 98). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., pp. 431-467.

nes 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 artículo 1 del Protocolo n.º 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 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 considerada como un legítimo propósito para justificar la restricción del goce pacífico de la posesión en el caso *Mellacher y otros v. Austria*<sup>153</sup>, en el cual se alegó que una considerable reducción de la renta resultaba violatoria del artículo 1 del Protocolo n.º 1. El TEDH entendió infundada la petición pues sostuvo que la legislación interna de los Estados tienen un amplio margen de apreciación con relación a las políticas económicas y sociales. En el caso *Spadea y Scalabrino v. Italia*<sup>154</sup>, el TEDH consideró que una ley que suspendía los desalojos forzosos de viviendas

urbanas por un período de cuatro años, tenía un fin legítimo pues estaba destinada a superar el vencimiento simultáneo de una gran cantidad de arriendos, lo que podía provocar un marcado déficit de viviendas, evitando de tal modo perjuicios a los inquilinos y un posible estado de tensión social y de amenaza del orden público. En tal sentido no había existido vulneración del derecho de propiedad. A su vez, en *Fredin v. Suecia*<sup>155</sup> el TEDH consideró que la revocación de una licencia para explotar una cantera de arenilla por razones de orden ambiental había tenido un fin legítimo, considerando que la protección del medio ambiente era un interés de importancia creciente en la sociedad que podía justificar en el caso la restricción del derecho de propiedad de los reclamantes<sup>156</sup>.

Un campo importante de empleo de esta estrategia es el de la modulación de las relaciones contractuales o del ejercicio del derecho de propiedad cuando el objeto de la relación jurídica entre particulares consiste en la satisfacción de derechos sociales, tales como la salud, la educación o la provisión de vivienda. De tal manera, los derechos sociales pasan a limitar los poderes privados en el marco de relaciones entre particulares. Se trata de una extensión hacia otros derechos sociales de una lógica similar a la de los desarrollos sobre la protección de derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de la empresa, elaborados por la doctrina laboral y consagrados por la jurisprudencia constitucional italiana y española<sup>157</sup>.

155. TEDH, caso *Fredin* del 18 de febrero de 1991.

156. En numerosos casos el tribunal rechazó peticiones de que determinados actos de los poderes del Estado habían violado derechos consagrados en el Convenio, considerando que esos actos se fundaban en la protección del medio ambiente y constituían restricciones razonables de derechos individuales. Así, en *Mateos e Silva, Ltd. y otros v. Portugal* (del 16 de septiembre de 1996) el TEDH consideró que la creación de una reserva natural en la costa de Algarve implicaba una restricción razonable del derecho de propiedad del reclamante y que servía a un legítimo interés general. Aunque entendió que la medida no era necesaria pues el Estado no la había implementado en tiempo oportuno. En *Piney Valley Developments Ltd. y otros v. Irlanda* (ECHR Serie A n.º 222—1991—) el TEDH consideró que la prohibición de construir un depósito industrial y un complejo de oficinas en un cinturón ecológico constituía una interferencia en el derecho a gozar pacíficamente de la posesión, pero entendió que esa interferencia estaba justificada por un fin legítimo como era la protección del ambiente y que las acciones tomadas eran proporcionales a ese fin.

157. Cf. J. Aparicio Tovar y A. Baylos Grau (eds.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, 1992; A. Baylos Grau, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991, pp. 67-78; S. del Rey Guanter, *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Madrid, 1994; J. L. Goñi Sen, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988; A. Pedrajas Moreno, *Despido y derechos fundamentales*, Madrid, 1992, pp. 15-99.

153. TEDH, caso *Mellacher y otros* del 19 de diciembre de 1989 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 169).

154. TEDH, caso *Spadea y Scalabrino*, del 28 de septiembre de 1995.

Un ejemplo interesante proviene de la Corte Constitucional colombiana. Se trata de la sentencia T-065/93<sup>158</sup>, en la que el tribunal acoge la acción de tutela presentada por dos alumnos de un colegio secundario privado de la ciudad de Neiva, que intentan hacer valer el derecho a la educación frente a la amenaza de ser suspendidos de clase y sufrir la cancelación de la matrícula. La razón de la amenaza de suspensión de clase y cancelación de la matrícula por parte de las autoridades escolar es simplemente la negativa de los alumnos a cortarse el pelo. Como puede verse, está en juego el conflicto entre el derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad de los alumnos, y el derecho de propiedad y la libertad contractual del establecimiento educativo privado, que pretende imponerles sus pautas disciplinarias como condición de permanencia en la institución.

La Corte Constitucional recuerda en su consideración del caso argumentos que ya había empleado en casos anteriores: *a)* la educación es un servicio público, una «actividad encaminada a satisfacer una necesidad general, en forma continua y obligatoria, sin importar que su prestación (esté) directamente a cargo del Estado o a cargo de instituciones privadas»; *b)* en el Estado social de derecho proclamado y consolidado en la Constitución de 1991, «el principio constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la participación de la comunidad educativa, han hecho del estudiante un sujeto activo con deberes y derechos que toman parte en el proceso educativo»; *c)* los reglamentos educativos, aun los de establecimientos privados, están sujetos al respeto de las principios y límites establecidos por la Constitución.

Un reglamento que consulte las nuevas realidades del educando no debe ser simplemente un instrumento de autoritarismo irracional llamado a reprimir expresiones de conducta que bien pueden ser opciones abiertas por la propia Carta (constitucional) como formas alternativas de realizar la libertad de vivir que no otra cosa es el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta vigente. [...] En otros términos, los reglamentos de las instituciones educativas no podrán contener elementos, normas o principios que estén a contravía de la Constitución vigente como tampoco favorecer o permitir prácticas entre educadores y educandos que se aparten de la consideración y el respeto debidos de la privilegiada condición de seres humanos tales como tratamientos que afecten el libre desarrollo de la personalidad en un país que hace hoy de la diversidad y el pluralismo étnico, cultural y social principio de praxis general.

Establecida esta base, la Corte analiza la racionalidad de la amenaza de sanción en el caso particular:

La presentación personal no puede convertirse en un fin *per se* que haya de perseguirse con todos los instrumentos del autoritarismo hasta el punto de que aquéllos renuentes a aceptarlo, como ocurre en el presente caso con la pauta concerniente a la longitud de los cabellos, autorice su marginamiento de los beneficios de la educación y, de consiguiente, del mismo derecho constitucional fundamental del alumno. [...] Si la institución considera que sus alumnos deben llevar sus cabellos a una longitud determinada, los instrumentos más adecuados para lograr este propósito son naturalmente los propios de la educación, así sus resultados sean más lentos y en ocasiones casi nulos.

En consecuencia, hace lugar a la acción de tutela, ordena a las autoridades educativas no volver a incurrir en la conducta que dio lugar a la acción, y asigna a la doctrina del caso carácter obligatorio, del acuerdo a la reglamentación que rige la acción de tutela en Colombia.

En sentido similar, reforzado en gran medida por lo ya dicho sobre la tutela de otros derechos sociales a través de las normas de protección al consumidor, la Corte Constitucional colombiana ha avanzado en el resguardo del derecho a la salud en los casos en los que una prestadora privada de servicios de salud pretende limitar el alcance de la cobertura, dejando a cargo del afectado el pago suplementario de una intervención o negándose directamente a cubrirla. En la Sentencia T-533/1996<sup>159</sup>, la Corte Constitucional decidió un caso en el que una empresa de medicina prepaga se negó a realizar una intervención quirúrgica urgente a la beneficiaria del plan, alegando que como la patología detectada se había iniciado con anterioridad a la fecha de suscripción del contrato, la compañía no debía cubrirla. La afectada acudió a la acción de tutela, fundándola en la afectación al derecho a la salud y a la seguridad social. Varias de las consideraciones de la Corte Constitucional resultan trascendentes para ilustrar las posibilidades de esta vía.

En primer lugar, la Corte discute la procedencia de la acción de tutela (equivalente a la de amparo) frente a particulares. Si bien el tribunal reconoce que, en el régimen legal colombiano, la procedencia de la acción de tutela entre particulares es excepcional, uno de los

158. Corte Constitucional colombiana, Sentencia n.º T-065/93, del 26 de febrero de 1993.

159. Corte Constitucional colombiana, Sentencia n.º T-553/96, del 15 de octubre de 1996.

casos incluidos es precisamente «cuando se trate de particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión». A ese respecto, la propia Corte tenía dicho que «(l)a prestación de un servicio público se califica en relación con la responsabilidad confiada al particular. Según el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o particulares. Cuando los entes particulares asumen el encargo, lo hacen dentro del marco jurídico trazado por la Constitución y por la ley y, aunque conservan su naturaleza privada, son responsables, como lo serían las entidades del Estado, en lo que concierne a la prestación del servicio. De allí su equiparación, en términos de derechos fundamentales, a la autoridad pública». De modo que las empresas de medicina prepaga pueden ser sujetos pasivos de la acción de tutela.

En segundo término, se analiza la procedencia de la acción de tutela teniendo en cuenta la existencia de vías procesales ordinarias a través de las cuales pueden discutirse los alcances de las obligaciones contractuales. El punto que la Corte aborda es la idoneidad de los medios judiciales alternativos para la «efectiva, concreta e inmediata defensa del derecho constitucional fundamental objeto de violación o amenaza»:

El medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa, y en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía.

En el caso examinado, la Corte concluye que, aunque la controversia surja de un problema de interpretación contractual, el ejercicio de la acción ordinaria hubiera tomado varios años para la definición del punto y, ante la amenaza a la salud y a la vida de la paciente, tal acción resultaría inútil y tardía para la protección de los derechos en juego.

Sobre la cuestión de fondo, la Corte se dedica a analizar las características del contrato de servicios de medicina prepaga. Tratándose de contratos que, con una lógica similar a la del seguro, ponen a cargo de la empresa la cobertura de los percances y dolencias sufridas

por el beneficiario a partir de la celebración, las partes contratantes «deben gozar de plena certidumbre acerca del alcance de la protección derivada del contrato y, por tanto, de los servicios médico asistenciales y quirúrgicos a los que se obliga la entidad de medicina prepaga y que, en consecuencia, pueden ser demandados y exigidos por los usuarios». En ese orden de ideas, las partes contratantes «desde el momento mismo de la celebración del contrato... deben dejar expresa constancia... sobre las enfermedades, padecimientos, dolencias o quebrantos de salud que ya sufren los beneficiarios del servicio y que, por ser preexistentes, no se encuentran amparados». Para ello, la compañía puede, *antes* de la suscripción del convenio, practicar los exámenes de salud correspondientes. «(D)eterminada con claridad la situación de salud vigente a la fecha del contrato en lo que respecta a cada uno de los beneficiarios, se deben consignar de manera expresa y taxativa las preexistencias, de modo que las enfermedades no comprendidas en dicha enunciación deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al correspondiente acuerdo contractual». La Corte considera entonces que «la compañía desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, y pone en peligro la salud y la vida de los usuarios cuando se niega a autorizar —a su cargo— la prestación de servicios, la práctica de operaciones y la ejecución de tratamientos y terapias referentes a enfermedades no incluidas en la enunciación de la referencia —que, se repite, es taxativa—, pues ella se entiende parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes». De modo que queda excluida «toda posibilidad de que, ya en el curso del contrato, la compañía modifique, en contra del usuario, las reglas de juego pactadas y pretenda, con base en dictámenes médicos posteriores, emanados de profesionales a su servicio, deducir unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se había venido gestando o desarrollando desde antes de su celebración y que, por tanto, pese a no haber sido enunciada como preexistencia, está excluida». Ese comportamiento «resulta altamente lesivo del principio de buena fe, inherente a todo servicio público, y se constituye en peligroso instrumento contra los derechos fundamentales de las personas, quienes en las circunstancias descritas —dada la unilateralidad de la decisión— quedan totalmente a merced de la compañía con la cual han contratado».

Por ello, amén de otras razones que juegan en el caso particular, la Corte hace lugar a la acción de tutela e impone sobre la empresa de medicina prepaga hacerse cargo de la intervención quirúrgica en el menor tiempo posible.

La jurisprudencia brasileña desarrollada a partir de la aprobación del Código de Defensa del Consumidor, en 1990, ha seguido líneas similares en la interpretación de obligaciones que surgen de planes privados de salud. Los precedentes jurisprudenciales son numerosos, y han sacado especial partido de la aplicación de principios tales como los de interpretación y cumplimiento de buena fe de los contratos<sup>160</sup>, interpretación más favorable al consumidor y en contra del predisponente<sup>161</sup>, interpretación restrictiva de las cláusulas que importan restricciones o exclusiones en la prestación del servicio e inoponibilidad de las cláusulas abusivas<sup>162</sup>. Algunos de los temas abordados a partir de estas pautas hermenéuticas se refieren a la interpretación restrictiva o la directa exclusión por abusivas de cláusulas de planes de salud que limiten la duración de la internación cubierta por el plan<sup>163</sup>, la taxatividad y aplicación del principio de buena fe en la determinación de enfermedades preexistentes no cubiertas<sup>164</sup>, la interpretación restrictiva de cláusulas excluyentes de enfermedades cubiertas<sup>165</sup>, la prevalencia de la

protección a la vida sobre los intereses patrimoniales de la prestadora<sup>166</sup>, etcétera.

En la jurisprudencia argentina la misma cuestión ha merecido diferentes tratamientos. En el caso *TJM c. Nubial S. A.*<sup>167</sup>, la Cámara Nacional Civil, al confirmar la sentencia dictada por el juez de primera instancia que hizo lugar a acción de amparo, impuso a una empresa de medicina prepaga la obligación de cubrir al demandante (afectado del virus HIV/SIDA) los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos correspondientes a su infección. La ley 24.754, por la que se impone a las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga prestar cobertura a las personas afectadas de SIDA, había entrado en vigencia con posterioridad a que el actor contrajera la enfermedad, por lo que la demandada pretendía que dicha norma no la obligaba a cubrir ese caso concreto. Argumentaba que la aplicación retroactiva implicaría una intromisión del legislador dentro de un contrato privado de fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley. Al confirmar la condena impuesta en primera instancia, la Cámara sostiene que no se afecta el derecho de propiedad de la empresa, en tanto no se reclama que se le pague al actor suma alguna en concepto de gastos efectuados antes de la vigencia de la ley, sino con posterioridad a ella. La actividad comercial que desarrollan esas empresas —se sostuvo— tiende a proteger las garantías constitucionales del derecho a la vida y la integridad personal de sus contratantes, asumiendo así un compromiso social que impide reconocerles «sin más la facultad de resolver el contrato».

En el caso *Hospital Británico c. Ministerio de Salud y Acción Social*<sup>168</sup>, la demandante, una empresa de medicina prepaga, interpuso acción de amparo contra el Estado Nacional tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.754. Considera la accionante que la sanción de esa ley, que ordena a las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga a cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras

160. Ver, por ejemplo, Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, 8.ª Cámara de Derecho Privado, Embargos Infringentes n.º 272.075-2/SP, del 13 de noviembre de 1996, por el que se decide que el intento de oposición de una cláusula restrictiva de la cobertura diez años después de la celebración del contrato es irrazonable y contraria al principio de buena fe.

161. Ver, por ejemplo, Superior Tribunal de Justicia, Caso n.º 259.788/SP (99/0078777-3) del 19 de octubre de 1999, en el que a partir de la interpretación más favorable al consumidor, se anula una interpretación amplia de la cláusula que excluye «internaciones para SIDA».

162. Ver, por ejemplo, Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, 4.ª Cámara de Derecho Privado, Apelación Civil n.º 9.096-4/SP, del 13 de junio de 1996, en el que —considerando que la potencialidad abusiva de la cláusula se esclarece con la ejecución del contrato— se declara que la cláusula a partir de la cual el prestador pretende excluir de la cobertura al tratamiento del SIDA es abusiva.

163. Ver, por ejemplo, Superior Tribunal de Justicia, Recurso Especial n.º 158.728/Río de Janeiro, del 16 de marzo de 1999, en el que se decide que es abusiva una cláusula que limita el tiempo de internación del asegurado, quien prorroga su presencia en la unidad de tratamiento intensivo o es nuevamente internado en relación con el mismo hecho médico, fruto de complicaciones de la dolencia cubierta por el plan de salud.

164. Ver, por ejemplo, Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, 7.ª Cámara de Derecho Privado, Apelación Civil n.º 9.574-4/Santo André, SP, del 18 de marzo de 1998, donde se decide que, en caso de ausencia de verificación del estado de salud de la consumidora al momento de contratar, la prestadora no puede negar la cobertura bajo la excusa de preexistencia de la enfermedad.

165. Ver, por ejemplo, Primer Tribunal de Apelación Civil de San Pablo, 9.ª Cámara, Apelación Civil n.º 769.112-3, del 7 de abril de 1984, que decide que si la prestadora tenía conocimiento de la enfermedad preexistente al contrato, y continuó cobrando la prima, debe entenderse que renunció al derecho de no cubrir el trasplante requerido por la enfermedad preexistente a la realización del contrato.

166. Ver, por ejemplo, Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur, Apelación Civil 6.ª Cámara Civil, caso n.º 596.116.392, del 27 de agosto de 1996, en el que se declara procedente la tutela anticipada para impedir la rescisión del contrato en pleno tratamiento, haciendo prevalecer la protección de la vida humana en detrimento de los intereses patrimoniales del prestador.

167. Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, Sala C, caso *TJM c. Nubial S.A.*, del 14 de octubre de 1997.

168. Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social, Sala II, caso *Hospital Británico c/ Ministerio de Salud y Acción Social*, del 15 de julio de 1998: *La Ley*, Suplemento Derecho Constitucional del 14 de diciembre de 1998, p. 22.

sociales, violenta sus garantías constitucionales de la propiedad, de la libertad contractual y de ejercer toda industria lícita. Cambiando el rumbo que podía perfilarse a partir de caso *Nubial*, en una interpretación restrictiva en cuanto a la extensión de la cobertura, la Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social hace lugar a la acción y declara la inconstitucionalidad de la ley 24.754. Para decidir así, considera que la ley impugnada pretende situar a las empresas de medicina prepaga en igualdad de condiciones con las entidades de servicios sociales, y que ello es incorrecto pues podría acarrear a aquéllas serios perjuicios económicos. En tal sentido, se aclara que, a diferencia de las obras sociales que reciben subsidio del Estado y que a pesar de haber sido desreguladas «gozan a su favor de una virtual clientela cautiva», las entidades de medicina prepaga «tienen derecho a realizar su labor sanitaria dentro de un plano de libertad que vede cualquier intromisión por parte del Estado, ya que —en definitiva— ningún aporte reciben del mismo y su expectativa para subsistir en el mercado económico es la propia de cualquier particular sometido al libre juego de la oferta y la demanda». Sobre esa base los camaristas intervinientes estiman que la imposición a las entidades de medicina prepaga de la cobertura de determinadas patologías de exorbitante costo económico como el SIDA y la drogadicción, afecta el contenido estructural de los contratos que dichas empresas celebran con los particulares y las obligan a competir en condiciones desiguales con las obras sociales.

Finalmente los jueces entienden que su decisión en el sentido de acoger el amparo no implica mengua de los derechos de los particulares, en tanto la cobertura de los drogodependientes y de los afectados por el virus HIV/SIDA puede ser obtenido por parte de las obras sociales o de los hospitales públicos, «sin mengua de los derechos de los particulares y de las organizaciones médicas que cumplen su función social basadas en las premisas propias que hacen al giro de la empresa, como entidades destinadas a satisfacer un fin económico». Siguiendo el mismo hilo argumental añaden «que la promoción de los derechos sociales o comunitarios perderá su sentido si se impulsara a costa de barrenar o menoscabar injustamente los derechos individuales, ya que ambos deben conjugarse en un justo equilibrio».

Nótese que se trata en cada caso de tribunales pertenecientes a distintos fueros. Si bien todavía el debate sobre el fuero al que le correspondería entender en este tipo de casos no ha quedado cerrado, es bastante dudoso que le corresponda a la Cámara de la Seguridad Social, tribunal que falló en esta oportunidad. Lo paradójico de la cuestión —que motiva que incluyamos las referencia a estos casos—

es que el tribunal civil decidió a favor de la cobertura, interpretando que las relaciones contractuales privadas resultan moduladas cuando está en juego el derecho a la vida y a la salud, mientras que el tribunal de la Seguridad Social decidió a partir de una lógica contractual de corte rígidamente clásico, haciendo valer el interés contractual de la demandante sin consideración del contenido del convenio.

#### f) La información como vía de exigibilidad de derechos sociales

Otra de las vías indirectas para hacer justiciables las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales es el reclamo de información relativa a esos derechos. Una de las características fundamentales de la información es su carácter de medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. En línea con lo dicho sobre las garantías procesales, puede establecerse un paralelo entre la información y la justificación tradicional de aquellas garantías: las garantías también son consideradas derechos en sí mismos, y requisitos de la existencia de otros derechos<sup>169</sup>. De igual modo, la información tiene, además de un valor propio, un valor instrumental, que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos<sup>170</sup>.

Hemos señalado en el capítulo 2 que la falta de producción de información pública, o la privación de acceso a dicha información, también constituyen violaciones de obligaciones del PIDESC asumidas por el Estado. Ello se debe, entre otras razones, a que la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está supeitada en gran medida a la definición previa de la conducta debida por el Estado, definición que sin embargo resulta imposible sin información previa acerca de la situación de cada derecho. El control de cumplimiento de la obligación de progresividad, por ejemplo, cuando involucra el análisis de la evolución de indicadores de resultado<sup>171</sup>, requiere necesariamente información que permita conocer al menos el punto de partida y el punto de llegada que están bajo comparación. El punto fundamental de esta cuestión está dado por

169. CIDH, Opinión Consultiva n.º 9, «Garantías Judiciales en Estados de Emergencia», del 6 de octubre de 1987 (Serie A n.º 9).

170. Remitimos para una mayor fundamentación de este punto otro trabajo nuestro, V. Abramovich y C. Courtis, «El acceso a la información como derecho», en E. L. Duhalde (ed.), *Anuario de Derecho a la Información* (Buenos Aires, Madrid) 1 (2000).

171. Tales como erradicación de la mortinatalidad infantil, de las enfermedades endemo-epidémicas, del analfabetismo, o la extensión de la gratuidad de la educación universitaria.

la imposibilidad de conocer el contenido exacto de la obligación estatal sin conocer previamente el estado de goce de un derecho social —salud, vivienda, educación—, de modo que la falta de información sobre la situación de ese derecho frustra las posibilidades de su exigibilidad, dado que resulta imposible establecer una comparación entre la situación anterior y la posterior a la adopción de medidas por parte del Estado. Por ello, uno de los motivos más comunes de censura del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a los Informes de los Estados se centra en la falta de información, o bien en la desactualización o pobreza de la información presentada por el Estado. El propio Estado argentino, por ejemplo, admite en la contestación de las observaciones de la presión en la que se consideró su Informe presentado en 1997, que «no está en condiciones de realizar un diagnóstico global del estado nutricional de madres y niños/as debido a la carencia de registros apropiados en varias provincias, y al uso de indicadores y límites de inclusión diferentes, entre las mismas», lo que significa, en términos llanos, que pese a que existe cierta información, la inexistencia de patrones comunes la hacen inútil a los fines de evaluar el cumplimiento de sus obligaciones.

Desde otro ángulo, el derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en general y en especial de aquellas desarrolladas en el área económica y social, al tiempo que contribuye a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado debe disponer los medios necesarios para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la información pública. Específicamente, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado debe producir y poner a disposición de los ciudadanos, como mínimo, información sobre: *a)* el estado de la situación de las diferentes áreas concernidas, en especial cuando su descripción requiera de mediciones expresadas mediante indicadores, y *b)* el contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas, con expresa mención de sus fundamentos, objetivos, plazos de realización y recursos involucrados. Pueden señalarse algunos desarrollos conexos, útiles para inspirar el empleo de esta vía. Por ejemplo, resultan un parámetro interesante los casos en los que se demanda información sobre actividades públicas al Estado, fundándose en el principio de publicidad de los actos de gobierno —característico de la forma republicana de gobierno, y del Estado democrático de derecho—, en el derecho de acceso a la información, y aún en el derecho a la libertad científica e investigativa. El desarro-

llo de legislación específica sobre acceso a la información pública en países tales como los Estados Unidos<sup>172</sup>, Francia<sup>173</sup>, España<sup>174</sup> y más recientemente la Argentina es un buen punto de inicio para apoyar esta estrategia. Amén de resultar un ejemplo más del género, el acceso a la información pública en materia de derechos económicos, sociales y culturales agrega a su favor, como se dijo, la estrecha dependencia del goce universal de estos derechos de la adopción de medidas positivas por parte del Estado, que, incumpliendo con aquella obligación, sustrae del necesario control el cumplimiento de sus obligaciones esenciales en la materia.

En materia de derechos económicos, sociales y culturales cabe, además, señalar el desarrollo de una extendida consciencia de la necesidad de contar con información previa a la adopción de decisiones que, una vez tomadas, pueden resultar irreversibles, o bien provocar un daño irreparable. Esta lógica de exigencia previa de información como resguardo se ha extendido en diversas ramas del derecho reguladas a partir de la matriz paradigmática del derecho social: así, el derecho ambiental (a través de la exigencia de informes de impacto ambiental previos a la adopción de medidas que puedan afectar el ambiente), el derecho del consumidor (a través de la exigencia de información veraz y adecuada), el derecho de los pueblos indígenas y de

172. Para un balance doctrinario y jurisprudencial sobre la cuestión en el derecho estadounidense, puede consultarse: M. J. Perry, «Freedom of Expression: An Essay on Theory and Doctrine»: 78 *Northwestern University Law Review* 1.137 (1983); V. Blasi, «The Pathological Perspective and the First Amendment»: 85 *Columbia Law Review* 449 (1985); R. A. Cass, «The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory»: 34 *UCLA Law Review* 1.405 (1987); L. Byard Splum, «Freedom of Communicative Action: A Theory of the First Amendment Freedom of Speech»: 83 *Northwestern University Law Review* 54 (1989).

173. Ver F. Santaolalla, «Francia: el secreto administrativo»: *DA* 176 (1977), pp. 159 ss.; L. Díez Picazo, «Francia: el decreto 83/1.025 sobre relaciones de la administración con sus usuarios»: *REDA* 43 (1984), pp. 577 ss.; P. Dibout, «Pour un droit à la communication des documents administratifs»: *RA* 173 (1976), pp. 493 ss.; G. Braibant, *Le Droit administratif français*, París, 1984, pp. 400 ss.; G. Braibant, N. Questiaux y C. Wiener, *Le contrôle de l'Administration et la protection des citoyens*, París, 1977; J. Auby, «Hacia la transparencia de la Administración en Francia»: *RAP* 95 (1981), pp. 315 ss.

174. Cf. E. Gómez-Reino y Carnota (comp.), *Legislación básica de Derecho a la Información*, Madrid, 1994; M. Álvarez Rico, «El derecho de acceso a los documentos administrativos»: *DA* 183 (1979), pp. 103 ss.; F. Sáinz Moreno, «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos»: *REDA* 24 (1980), pp. 119 ss.; A. Vidal y Gironés, «Documentación y Administración»: *DA* 180 (1978), pp. 31 ss.; L. A. Pomed Sánchez, *El Derecho de Acceso de los Ciudadanos a los Archivos y Registros Administrativos*, Madrid, 1989. Para Portugal, ver A. C. Santos, M. E. Gonçalves y M. M. Marques, *Direito Económico*, Coimbra, 1998, título XI.

minorías culturales (a través de la exigencia de informes de impacto cultural previos a la adopción de medidas que puedan afectar la vida cultural del grupo), el derecho laboral (a través de la exigencia de información sobre gestión de la empresa a favor de los sindicatos y los trabajadores, en especial en períodos de crisis o en procesos de relocalización), etcétera. No es casual que, dadas las dificultades de tutela directa de los derechos sociales, se produzca un cierto desplazamiento preventivo que tiende a protegerlos a través de la información.

Otro ejemplo de uso posible del derecho a la información, como vía indirecta de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales, consiste en considerar la información como presupuesto del ejercicio de un derecho. La información funciona en estos casos como presupuesto de la posibilidad de una decisión racional por parte del titular de un derecho. En muchos casos en los que el orden jurídico concede a las personas un marco de posibilidades de acción o elección, el ejercicio efectivo del derecho sólo tiene sentido en la medida de la existencia de información previa que haga posible una verdadera elección.

Ilustraremos lo dicho con algunos casos. Un ejemplo interesante de protección de derechos culturales que involucra el derecho a la información es el derecho de consulta a las comunidades indígenas ante medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar su territorio, patrimonio cultural o identidad colectiva, establecido por los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas<sup>175</sup>. Si bien dicha

175. El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone en su artículo 6 que los Estados tienen la obligación de «consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente». El artículo 7 establece que «los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vida, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente». El artículo 15 establece que: «1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de estos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de

disposición va más allá del simple derecho de acceder a la información que los afecte, garantizando un derecho de los pueblos indígenas a la participación en la toma de decisiones, es indudable que existe un componente directamente vinculado con la obligación positiva del Estado de producir y brindar la información pertinente para dicha toma de decisiones. La consulta supone información previa sobre el impacto ambiental y socio-cultural de las medidas planeadas sobre la comunidad, su territorio y sus costumbres. Este derecho de información previa y consulta se considera parte fundamental del derecho colectivo al respeto de la identidad cultural de las comunidades indígenas, y constituye una herramienta indispensable para la protección del territorio ancestral (*cultural land*). El Estado debe, en este caso, aportar por sí la información relevante, sometiéndola a consulta de los pueblos indígenas, sin necesidad de requerimiento o solicitud por parte de éstas.

La Corte Constitucional colombiana ofrece un ejemplo de este punto en un caso de tutela de derechos culturales de la comunidad U'wa. En la Sentencia SU-39 de 1997<sup>176</sup>, la Corte tuvo la oportunidad de decidir en un caso en el que se puso en cuestión la falta de consulta previa del gobierno colombiano a la comunidad U'wa, para la concesión a una empresa privada de una licencia ambiental destinada a adelantar exploraciones sísmicas tendientes a constatar la existencia de yacimientos petrolíferos en el área de asentamiento de la etnia. Amén de invocar normas constitucionales que protegen los derechos de las minorías étnicas (art. 7, Constitución colombiana), derecho al territorio (arts. 286, 329 y 357), derecho a la autodeterminación (art. 330), derecho a la lengua (art. 10), derecho a la cultura étnica (arts. 70, 95-8 y 72) y derecho a la participación social y comunitaria (arts. 40 y 79), la acción de tutela se funda en la violación de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 sobre pueblos indígenas o tribales, adoptado por la OIT.

El Estado alegó que la consulta se había efectuado, señalando la realización de una reunión de funcionarios estatales y representantes de la empresa petrolera con miembros de la comunidad indígena. En lo que resulta relevante a los fines de esta exposición, el tribunal

emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultados de estas actividades».

176. Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-39 de 1997, 3 de febrero de 1997.

interpreta las obligaciones adoptadas por el Estado al ratificar el Convenio 169 de OIT del siguiente modo:

La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimiento y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano de características singulares.

Concretamente, la Corte considera que la reunión realizada fue insuficiente a efectos de cumplir con las obligaciones que surgen de la Constitución y del Convenio 169, y ordena —con el fin de hacer efectivo el derecho a la participación de la comunidad U'wa— que se proceda en el término de treinta días hábiles a efectuar la consulta debidamente.

Un segundo ejemplo de esta función de la información proviene del derecho ambiental. Se trata de la necesidad de informe de impacto ambiental previo a la realización de obras que puedan afectar el medio ambiente. En este caso, la producción de información es un presupuesto previo a la exigibilidad del derecho «a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano» (art. 41, Constitución argentina) pero el requerimiento de producción de información, dirigido por lo general al Estado, tiene básicamente una función cautelar. En realidad en materia ambiental juegan tres principios complementarios vinculados todos ellos al uso de la información: el acceso a información ambiental<sup>177</sup>, la declaración de impacto ambien-

177. Existen diversos instrumentos internacionales que consagran el deber del Estado de proveer información ambiental como el Principio 10 de la Declaración de Río y el capítulo 23 de la llamada Agenda 21. En igual sentido el artículo 6 de la Convención Marco sobre Cambio Climático. En la Unión Europea se ha establecido el derecho a la información ambiental en determinados supuestos. Ver Directiva 90/313, del 7 de junio de 1990, sobre Libertad de Acceso a Información sobre el Ambiente. También la Convención de Aarhus, «Convención sobre Acceso a Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en Materia Ambiental», patrocinada por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

tal previa<sup>178</sup> y la protección cautelar<sup>179</sup>. Por un lado el reconocimiento de un derecho de acceso a información ambiental en determinadas circunstancias permite a los potenciales afectados recabar datos sobre determinadas actividades eventualmente peligrosas para el ambiente. Además, con relación a determinadas actividades que por sus características pueden ser consideradas riesgosas para el ambiente se establece la necesidad de estudios o declaración de impacto ambiental previo. Esto es, se obliga al Estado o a un particular a producir información sobre el posible impacto ambiental de la actividad planeada. Por último, frente a actividades que amenazan el ambiente, el principio de protección cautelar establece que la falta de certeza científica sobre la futura producción de un daño no puede justificar la omisión de medidas para evitar o mitigar esa amenaza. Los principios actúan complementariamente, pues si frente a una actividad potencialmente peligrosa no se realiza por ejemplo un estudio previo de impacto, debe hacerse jugar en consecuencia el principio de protección cautelar, en virtud del cual puede exigirse la paralización

178. Ver Directiva 85/337 CEE del 27 de junio de 1985, sobre Declaración de Impacto de Ciertos Proyectos Públicos y Privados sobre el Ambiente.

179. El denominado «principio de protección cautelar» (*precautionary principle*) establece que «(c)uando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente». Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, UN Doc A/CONF 151/26/Rev.1 (Vol. I) p. 3, Principio 15 (1992) (Declaración de Río). El principio de protección cautelar ha sido incluido en muchos otros acuerdos ambientales internacionales recientes. Por ejemplo, el Preámbulo de la Convención sobre Biodiversidad establece que «cuando exista una amenaza de significativa reducción o pérdida de diversidad biológica, la falta de certeza científica plena no debe ser empleada como razón para posponer medidas para evitar o minimizar esa amenaza». Muchos juristas consideran que se trata de un principio de derecho consuetudinario internacional. Por ejemplo, J. M. van Dyke, «The Straddling and Migratory Stocks Agreement and the Pacific»: 11 *International Journal of Marine and Coastal Law* 410 (1996). «Los comentaristas han discutido si el principio de protección cautelar ha sido oficialmente aceptado como norma de derecho internacional consuetudinario, que es formalmente obligatorio para todas las naciones. El principio ha sido incluido universalmente en tratados de tal modo que parece haber adquirido ese estatus.» Ver también Informe de la Reunión del Grupo de Expertos sobre Identificación de Principios de Derecho Internacional para el Desarrollo Sostenible (Ginebra, 26 al 28 de septiembre de 1995), preparado para la Cuarta Sesión de la Comisión de Desarrollo Sustentable (18 de abril al 3 de mayo de 1996), p. 18, «el principio de protección cautelar puede exigir que se regule y posiblemente se prohíba actividades y sustancias que pueden ser dañinas para el ambiente, aunque no esté concluyente o sobradamente probado el daño o la posibilidad de daño que esas actividades puedan causar al medio ambiente»; D. Hunter *et al.*, «Concepts and Principles of International Environmental Law: An Introduction»: 6 *UNEP Trade & Environment Series* n.º 2 (1994).

de la actividad, hasta que se determinen sus posibles costos ambientales.

Por ello, gran parte de los casos jurisprudenciales en materia ambiental no se refieren estrictamente a la prohibición de medidas que se sabe a ciencia cierta causarán un daño al medio ambiente, sino más bien a situaciones en las que el litigante cuestiona la falta de información o de estudios respecto de los potenciales efectos ambientales de la realización de una medida determinada. Así, dos de los *leading cases* argentinos en la materia, los casos *Kattan*<sup>180</sup> y *Schroeder*<sup>181</sup> responden a este esquema. En el primero, el litigante solicitó la suspensión de una medida que autorizaba la captura de toninas overas, alegando que la falta de estudio de impacto ambiental previo impedía conocer las consecuencias de la medida sobre el medio ambiente. En *Schroeder*, el litigante solicitó la anulación de un llamado a licitación pública para instalar una planta de residuos tóxicos en el área metropolitana de Buenos Aires, señalando la falta de estudio hidrológico previo de las napas potencialmente afectadas, y la delegación de la realización de informe de impacto ambiental al propio concesionario de la licitación, después de realizada ésta. Como se ve, en ambos casos el tipo de control que se ejerce sobre los actos impugnados es preventivo, ya que la falta de información adecuada impide conocer los efectos de la ejecución de la medida o de la obra. Ambos casos representan ejemplos de aplicación del principio de protección cautelar, que ha merecido un amplio reconocimiento en el derecho ambiental.

El principio de declaración de impacto ambiental y de protección cautelar han sido utilizados además para proteger intereses ambientales y culturales de comunidades indígenas en los tribunales estadounidenses. En el caso *Sierra Club v. Coleman*<sup>182</sup> grupos ambientalistas presentaron una acción contra el gobierno de los Estados Unidos para interrumpir el proyecto de construcción de la denominada *Darien Gap Highway*, una porción de la autopista que iba a ser construida entre Panamá y Colombia como enlace de la autopista panamericana —es decir, el sistema vial de conexión del continente americano—. Un estudio inicial de impacto ambiental había advertido sobre la posibilidad de que la construcción causara la extinción cultural de los

180. Juzgado Primera Instancia Federal Contencioso-administrativo, caso *Kattan, Alberto E. y otro c. Gobierno nacional (Poder Ejecutivo)*, del 10 de mayo de 1983, en *La Ley*, 1983-D, pp. 576 ss.

181. Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala III, caso *Schroeder, Juan c. Estado Nacional -Secretaría de Recursos Naturales*, del 8 de agosto de 1994, en *La Ley* 1994-E, pp. 449 ss.

182. *Sierra Club v. Coleman*, 405 F. Supp. 53 (D.D.C. 1975).

pueblos Choco y Chuna que habitaban junto al trazado de las rutas. El tribunal de distrito entendió que el gobierno no había considerado adecuadamente el impacto cultural de la autopista planeada ni la posibilidad de trazados alternativos de las rutas que pudieran evitar el riesgo de ese impacto, y ordenó una medida tendiente a detener las obras. La corte de apelaciones revocó la orden al entender que el gobierno había estudiado adecuadamente y considerado las posibles consecuencias del proyecto, en *Sierra Club v. Adams*<sup>183</sup>, pero reafirmó la necesidad de determinar el posible impacto adverso de este tipo de obras antes de su construcción.

También puede mencionarse el uso de estos principios para tutelar el derecho a la salud cuando está en íntima vinculación con la protección del medio ambiente. En el caso *Shehla Zia v. WAPDA*<sup>184</sup>, la Suprema Corte de Paquistán revisó la impugnación presentada por un grupo de ciudadanos contra la proyectada construcción de una estación de energía eléctrica. Los demandantes alegaban que las emanaciones electromagnéticas de las líneas de transmisión de alto voltaje amenazaban seriamente la salud de los residentes del área y dañaban el ambiente. La Corte se negó a admitir que el proyecto continuara hasta que sus efectos potenciales fueran analizados por una entidad independiente de la demandada, que era la agencia estatal responsable de la planificación y la construcción de la estación. Las partes le suministraron a la Corte información sobre estudios científicos y artículos de distintos países en los que se analizaban los efectos nocivos para la salud de este tipo de proyectos que afectaban a quienes vivían o trabajaban cerca de las instalaciones de alto voltaje de energía eléctrica. Luego de examinar la prueba, la Corte estableció que «en este estado no es posible otorgar un fallo definitivo sobre el reclamo de ninguna de las dos partes. Existe un estado de incertidumbre y en esta situación las autoridades deberían observar las reglas de prudencia y precaución. La regla de prudencia implica adoptar aquellas medidas que puedan impedir el mencionado peligro, si éste ocurriera. La regla de la política de precaución implica que lo primero a considerar es el bienestar y la seguridad de los seres humanos y el ambiente y luego diseñar y ejecutar el plan que mejor se adapte para evitar el posible riesgo o adoptar aquellas medidas cautelares alterna-

183. *Sierra Club v. Adams*, 578 F.2d.389 (D.C. Circ. 1978).

184. Ver PLD 1994 Supreme Court 693 (Paquistán). El fallo puede consultarse en la página web [/estrellas.elaw.org/cases/Pakistan/ziavwapda.htm/](http://estrellas.elaw.org/cases/Pakistan/ziavwapda.htm/). Agradecemos a Durwood Zaelke del *Center for International Environmental Law* (CIEL) por habernos suministrado esta información.

tivas que puedan asegurar indemnidad»<sup>185</sup>. La Corte revisa luego el principio 15 de la Declaración de Río, y sostiene:

El principio 15 prevé: a) la regla de precaución y prudencia. De acuerdo con ella, si existe una amenaza seria de un daño, deberían adoptarse medidas efectivas para controlarlo y estas medidas no deberían ser pospuestas solamente sobre la base de que los estudios o las investigaciones científicas no tienen resultados ciertos o conclusivos. Esto adhiere al principio de que prevenir es mejor que curar. El enfoque de la protección cautelar tiende a evitar la catástrofe en un estado temprano... parece razonable tomar medidas preventivas y cautelares directamente en lugar de mantener el status quo debido a que no existen conclusiones ciertas acerca del efecto de los instrumentos electromagnéticos en la vida humana<sup>186</sup>.

Sobre la base del principio de protección cautelar considerado como un principio del derecho internacional, la Corte paquistaní prohibió la construcción de la estación hasta que nuevos estudios determinaran claramente el impacto de la obra en la salud de la población y el ambiente.

No se advierten en principio inconvenientes para que la obligación de producción de información previa a la autorización de obras o emprendimientos industriales pueda cumplir una función cautelar en relación con otros derechos económicos, sociales y culturales. La obligación cautelar de producción de información o, dicho en otros términos, el estudio previo del impacto de nuevas actividades económicas, cuando éstas dependan de una autorización o habilitación del Estado, puede convertirse en un medio idóneo de protección de los derechos sociales. Si es mensurable el efecto adverso que una determinada actividad económica puede tener, por ejemplo, en el derecho al trabajo —por la afectación del nivel de empleo, o de la calidad del empleo—, no se advierte por qué el Estado, en cumplimiento de su deber de protección y garantía, no pueda verse obligado por un juez a medir ese impacto, antes de autorizar esa actividad, del mismo modo en que debe medir el impacto ambiental o socio-cultural de determinados emprendimientos privados. En este caso, la acción de naturaleza cautelar debería dirigirse a suspender cualquier acto administrativo de autorización, hasta tanto no se garantice, tras un estudio técnico de impacto sobre el empleo en el área potencialmente afectada, que la actividad de que se trate resultará inocua o al menos se determinen sus potenciales efectos adversos. Es indudable que la valoración de esos

185. *Ibid.*, § 8.

186. *Ibid.*, § 9.

efectos puede disuadir de autorizar la obra o el proyecto y que la omisión de evaluación puede ser considerada, en determinadas casos, como un incumplimiento de las obligaciones del Estado<sup>187</sup>.

En tal sentido es interesante recordar que, como dijéramos en el capítulo 2, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha impuesto a los Estados fuertes obligaciones de producción de información en relación con el derecho a la vivienda, la educación y la salud. Respecto a este último derecho, el Comité, al interpretar el artículo 12 del PIDESC, ha fijado detalladamente obligaciones estatales de producción de información relativas a la higiene y la seguridad industrial, con remisión expresa a los Convenios 155 y 161 de la OIT<sup>188</sup>. De tal modo, además de los canales tradicionales de exigencia de información a la empresa en materia de salubridad laboral, el PIDESC agrega la posibilidad de exigir al Estado la producción de información en cumplimiento de sus deberes de protección y garantía del derecho a la salud en el ámbito industrial. En línea con lo dicho, entendemos que no es irrazonable imaginar por ello que algunos de los principios señalados, en relación con el uso de la información en el derecho ambiental, puedan ser utilizados en acciones contra los Estados para reclamar el cumplimiento de sus obligaciones bajo el artículo 12 del PIDESC en casos en los que se invoquen por ejemplo amenazas o peligros contra la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente del trabajo. El Estado debe producir información general como parte de su política de salud o como presupuesto de sus campañas de seguridad e higiene industrial, pero también puede ser obligado a producir información particular acerca del potencial carácter nocivo de determinados equipos, sustancias, agentes o procedimientos de trabajo que sean utilizados o que pretendan ser empleados por un actor privado, en cumplimiento de su deber de proteger el derecho social en juego. La información será un presupuesto para evaluar si la acción del Estado en materia de policía del trabajo ha cumplido o no los estándares legales.

También constituye un buen ejemplo de esta función el derecho a la información de consumidores y usuarios, en los casos en los que se establecen parámetros de calidad del producto o servicio, tales

187. No es difícil imaginar actividades (una explotación minera o forestal, una obra de infraestructura de gran escala) que puedan provocar un impacto adverso relativamente mensurable en la salud pública, la preservación del patrimonio cultural, la vivienda adecuada y las condiciones de acceso a los servicios básicos que integran el concepto de vivienda adecuada, la alimentación y las condiciones de vida de determinados sectores de la población.

188. Ver al respecto Observación General n.º 14, § 35, 36 y 37 y nota 25.

como la «protección de la salud y seguridad» y la «calidad y eficiencia de los servicios públicos». En tales casos, la falta de información frustra la posibilidad de evaluar el cumplimiento del parámetro establecido —independientemente de la producción de un daño, o de la calidad real del producto o servicio ofrecido—. Numerosos fallos argentinos han aceptado este principio, convalidando sanciones administrativas ante la violación de la obligación de información del artículo 4 de la ley de defensa del consumidor<sup>189</sup>.

En el marco de una economía de mercado, la información constituye un presupuesto básico de la libertad de elección y contratación de bienes y servicios. En este sentido, por ejemplo, la Constitución argentina reconoce en su artículo 42 a los consumidores y usuarios el derecho a la información veraz y adecuada en la relación de consumo, y del mismo modo la Ley de Defensa del Consumidor se refiere en su artículo 4 al derecho a una información «cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente». Un buen ejemplo de aplicación de esta exigencia en la jurisprudencia argentina es el ya mencionado fallo *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*<sup>190</sup>, por el que el tribunal suspendió a través de una medida cautelar el proceso licitatorio de la entidad de prestación de servicios sociales para jubilados, por vulnerarse el derecho de los beneficiarios a «la información cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente para poder ejercer su derecho a optar de una manera reflexiva y razonada». La Cámara afirma que «la información [...] está dirigida a racionalizar las opciones del consumidor y usuario, y tiene por objetivo la transparencia, es decir permitirle ilustrarse para decidir con conocimiento acabado las cualidades y atributos de los servicios puestos a disposición». Seguidamente, señala que «(e)l contenido del derecho a la información consiste en la posibilidad de que el usuario o consumidor pueda acceder a un conocimiento suficiente y acabado sobre las características fundamentales del producto o servicio y, en consecuencia, colocarlo en condiciones de efectuar una opción más reflexiva y razonable, disminuyendo, de ese modo, la desigualdad de conocimientos que natural-

mente existe entre quien convive y publicita un producto o servicio y quien lo puede adquirir».

De modo similar, la información ha cobrado un papel fundamental en materia de derecho laboral, como instrumento para limitar o modular los poderes empresariales de organización y disciplina<sup>191</sup>. En efecto, una de las reivindicaciones más recientes del derecho colectivo del trabajo es el derecho de los sindicatos a recibir información de la gestión de la empresa, en especial cuando la legislación otorga al empresario facultades extraordinarias durante situaciones de crisis, emergencia económica o relocalización. La información posibilita al sindicato la toma de decisiones relacionadas con la situación y el ejercicio del derecho de autotutela colectiva, que resultarían tardías o poco efectivas si careciera de ella. En el mismo sentido, el acceso a la información da sentido pleno al derecho a concertar convenios colectivos de trabajo, dado el carácter indispensable de la información previa para permitir una negociación adecuada. Varios instrumentos de la OIT abordan la cuestión: así, la Recomendación 129, de 1967; el Convenio 135, de 1971 y su Recomendación 143; el Convenio 154, de 1981, y su Recomendación 163. Otra de las facetas vinculadas con el acceso a la información de la empresa es el control en materia de seguridad, salud y higiene laboral, al que se refieren entre otros los Convenios 148, de 1977, y 155, de 1981.

Por último, es interesante citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en la que la necesidad de información previa al ejercicio de un derecho se extiende a la protección de otros derechos del Convenio, tales como la vida privada y familiar o el derecho a la vida<sup>192</sup>. En el caso *Guerra*<sup>193</sup>, el TEDH —pese a interpretar de modo estrecho la libertad de información— decidió

191. Cf. E. Garrido Pérez, *La información en la empresa*, Madrid, 1995.

192. El TEDH también ha relacionado la carencia de información con el derecho de acceso a la justicia. En el caso *Tinnelly & Sons Ltd. y otros v. McElduff y otros v. Reino Unido*, del 10 de julio de 1998, la peticionante era una empresa a la que se le prohibía acceder a licitaciones de obras públicas sobre la base de un certificado que la declaraba riesgosa para la seguridad nacional. El acto administrativo que calificaba de riesgosa a la empresa se fundaba en información de inteligencia que el Estado se negaba a revelar y, por lo tanto, las posibilidades de la empresa de revisar en sede judicial ese acto administrativo se encontraban seriamente limitadas. El peticionante alegaba que el verdadero fundamento del acto era la intención de discriminar a la empresa pues su personal de nivel gerencial era en su mayoría católico. El TEDH entendió que la confidencialidad mantenida por el Estado implicaba una irrazonable restricción del derecho de los peticionarios de acceder a un tribunal para revisar una decisión administrativa que juzgaban discriminatoria.

193. TEDH, caso *Guerra y otros v. Italia*, del 19 de febrero de 1998.

189. Ver, por ejemplo, Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala IV, *Carrefour S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones*, del 28 de octubre de 1997.

190. Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo de la Capital Federal, Sala IV, caso *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, del 10 de febrero de 1999, en *La Ley* 1999-D, pp. 377 ss.

que el Estado italiano había violado el derecho a la vida privada y familiar, por no proveer a los damnificados «de información esencial que les hubiera permitido evaluar los riesgos que ellos y sus familias corrían si seguían viviendo en Manfredonia, ciudad particularmente expuesta a los peligros de un eventual accidente en la fábrica» (de fertilizantes). El TEDH decide, entonces, que el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar no sólo requiere una abstención de injerencia por parte del Estado, sino también el deber garantizar el acceso a la información sobre afectaciones al medio ambiente que pudieran provocar un perjuicio cierto al ejercicio de ese derecho. Cumplida esa obligación, son los particulares quienes deben decidir el lugar de su residencia, teniendo en vista los peligros o molestias a los que puedan verse enfrentados. De tal modo el Tribunal sienta el principio de que un derecho humano fijado en el Convenio puede violarse por la falta de producción o de acceso a la información necesaria para su ejercicio.

En el caso *Mc.Ginley & Egan v. Reino Unido*<sup>194</sup>, el TEDH ratificó lo decidido en *Guerra*, al establecer que cuando el gobierno emprende actividades peligrosas, el respeto a la vida privada y familiar requiere que se establezcan procedimientos accesibles y efectivos para que las personas puedan obtener toda la información relevante y apropiada. En el caso, los peticionarios habían sido militares apostados en las islas Christmas durante la realización de pruebas nucleares en 1954. Alegaron que el gobierno inglés había violado el artículo 8 del Convenio al mantener la confidencialidad de los documentos que contenían información que les hubiera permitido evaluar el riesgo que asumían al exponerse a las pruebas nucleares<sup>195</sup>. En relación a las mismas pruebas nucleares el TEDH analizó una petición de violación del derecho a la vida en el caso *LCB v. Reino Unido*<sup>196</sup>. La demandante era hija de un militar que había participado en las pruebas nucleares entre 1957 y 1958 y por lo tanto había estado expuesto a radiación. La reclamante había nacido en 1966 y en 1970 se le había diagnosticado leucemia. Alegaba que si su padre hubiera sido advertido del posible riesgo que ella corría a raíz de la exposición de su progenitor a sustancias radiactivas, el control pre y post-natal podría

194. TEDH, caso *Mc.Ginley & Egan v. Reino Unido*, 27 Eur.H.R.Rep I (1998).

195. El TEDH, sin embargo, rechaza la petición por considerar que el Estado había revelado toda la información disponible atinente al reclamo de los peticionantes. Como se ve, mas allá del reconocimiento de una obligación positiva de garantizar el acceso a la información, el alcance de esta obligación y en particular la definición de información ambiental es una cuestión que la jurisprudencia europea aún no ha definido.

196. TEDH, caso *LCB v. Reino Unido*, 27 Eur.H.R.Rep 212, sentencia del 9 de junio de 1998.

haber conducido a un diagnóstico temprano de su enfermedad, de modo que hubiese sido posible acceder a un tratamiento adecuado. El TEDH rechaza la acción por entender que no existía prueba suficiente de la relación entre la exposición a radiación del padre de la peticionante y su enfermedad, por lo que no era posible establecer que el Estado podía o debía adoptar medidas para protegerla. Sin embargo, en lo que interesa a nuestro planteo de posibles estrategias de uso de información como resguardo de otros derechos y de derechos sociales en particular, el TEDH establece que la obligación que emana del artículo 2 párrafo 1 del Convenio Europeo sobre derecho a la vida no sólo requiere al Estado abstenerse de privar de manera intencional e ilegal a alguien de su vida, sino que exige adoptar medidas apropiadas para garantizar la vida de aquellos bajo su jurisdicción. En este sentido, el TEDH admite la existencia de cierto nivel de obligaciones positivas relacionadas con el derecho a la vida, que pueden cubrir en ciertos casos la prevención de enfermedades o la protección de la salud. También admite que el acceso a la información adecuada puede ser una de las medidas que el Estado puede adoptar para salvaguardar el derecho a la vida y aún intereses amparados por el derecho a la salud. Así, el TEDH examina en el caso precisamente si la información en manos de las autoridades al nacer la peticionante, hubiera podido hacerlas temer que el padre hubiese estado expuesto a radiación. De ser así, sostiene el TEDH, hubiera sido razonable esperar que adoptaran medidas para advertir al padre de esa exposición y controlar la salud de la peticionante. Por eso analiza los hechos del caso a la luz de este criterio, aun cuando alcance una respuesta negativa respecto a la necesidad de actuación del Estado en las circunstancias particulares de la denunciante.

### 3.3. *Balance provisorio: las políticas sociales frente a la Justicia*

Después de repasar algunos casos exitosos de exigibilidad judicial de derechos sociales, cabe detenernos para realizar un breve balance de lo expuesto. Como apuntáramos, uno de los obstáculos centrales para exigir judicialmente derechos sociales es la amplia deferencia judicial hacia el poder administrador en aquellas cuestiones que revisten mayor complejidad técnica o que ponen en juego decisiones de diseño y ejecución de políticas públicas. Es dable reconocer que, por sus propias características institucionales, la judicatura no es el poder estatal llamado a desempeñar atribuciones centrales para adoptar decisiones complejas en materia de políticas sociales. De allí que se reconozca a

los poderes políticos del Estado un amplio margen de actuación en el diseño y ejecución de esas políticas.

Uno de los aspectos que hay que tomar en cuenta es el acotado marco cognitivo del proceso judicial, en especial en el marco del procedimiento ordinario: en él se debaten cuestiones a partir de un caso concreto, que por definición resultan limitadas por la necesidad de recortar el objeto de la *litis*. Así como la complejidad fáctica de un conflicto social se simplifica al traducirse en un caso judicial, la multiplicidad de factores vinculados con el diseño de una política social también se ve parcializada cuando se la analiza en el marco concreto de un proceso<sup>197</sup>. Por ende, muchos de los factores que podrían resultar relevantes a la hora de adoptar decisiones de política social pueden quedar excluidos de la materia que es objeto de debate judicial y que será la base de la decisión del juzgador. En el mismo sentido, esta simplificación tiende a dejar de lado la valoración de una vasta gama de intereses que han de considerarse a la hora de fijar la política<sup>198</sup>. El proceso judicial —aun aquel en el que se ventilan intereses colectivos— se estructura sobre la base de una confrontación dialéctica entre dos partes antagónicas: resulta claro que este diseño le resta capacidad para componer la totalidad de los intereses en juego en el conflicto originario. La decisión se limita a determinar qué parte prevalece en el proceso: una parte gana, y la otra pierde.

Sin embargo, estas circunstancias no eliminan las posibilidades de intervención judicial en el control de políticas sociales. El análisis de las circunstancias históricas que han llevado a un mayor activismo judicial en esta materia, como hemos visto, está en directa relación con la existencia de factores políticos que le otorgaron al Poder Judicial una especial legitimación para ocupar nuevos espacios de decisión, anteriormente restringidos a los demás poderes del Estado<sup>199</sup>. No obstante, la intervención judicial en estos campos debe estar firmemente asentada sobre un estándar jurídico: la «regla de juicio» —para usar la expresión foucaultiana— sobre cuya base interviene el Poder Judicial no puede ser otra que un criterio de análisis de la medida en cuestión

197. En el mismo sentido, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 176-179.

198. Cf. la observación de Lon L. Fuller, quien distingue entre litigios «bipolares» y «policéntricos», en L. L. Fuller, «The Forms and Limits of Adjudication»: 92 *Harvard Law Review* 353 (1978).

199. Así, la lucha contra la segregación racial en los Estados Unidos; la necesidad de construcción de una legalidad democrática luego de superada la experiencia del *apartheid* en Sudáfrica, o de dictaduras responsables de gravísimas violaciones a los derechos humanos, en la Argentina y en otros países de América Latina.

que surja de una norma constitucional o legal: por ejemplo, los estándares de «razonabilidad», «adecuación» o «igualdad», o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas que fijan derechos. Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y —en caso de hallar divergencias— reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida<sup>200</sup>. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un «diálogo» entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos. Sólo en circunstancias excepcionales, cuando la magnitud de la violación o la falta completa de colaboración de los poderes políticos lo ha justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas que deben adoptarse a partir de su propio criterio.

De acuerdo a lo visto en esta sección, pueden trazarse algunas líneas tentativas para caracterizar situaciones-tipo en las que el Poder Judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas públicas.

Un primer tipo de casos consiste en aquellas intervenciones judiciales que tienden a juridificar medidas de política pública asumidas por el Estado sin entrar en la valoración de la propia política pública —esto es, a transformar medidas formuladas por el Estado dentro de su marco de discrecionalidad en obligaciones legales y, por tanto, sujetas a sanciones jurídicas en caso de incumplimiento—. En su análisis, el tribunal acepta la medida diseñada por los otros poderes del Estado, pero transforma su carácter, de mera decisión discrecional en obligación legal<sup>201</sup>. El Poder Judicial se transforma así en garante de la

200. Se trata de la doctrina adoptada por la Corte Constitucional de Bélgica. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 149-150, 178.

201. Podría imaginarse una variante de esta situación, en la cual el Poder Judicial acepte las líneas generales de una política pública asumida por el Estado pero controle si una medida concreta es o no compatible con los principios que guían la política. En *Beviacqua*, el Estado había distribuido las competencias en materia de prestaciones de salud a través de la Ley Nacional de Seguro de Salud. Sin entrar a valorar los principios que guían esa distribución de atribuciones, el tribunal entiende que la decisión del Estado Nacional de no asumir la prestación en el caso particular era incompatible con esos principios.

ejecución de esa medida. En muchos de estos casos la medida que el Estado ha formulado coincide con la que reclaman los demandantes, sólo que ahora su adopción ha cobrado carácter obligatorio y su ejecución no queda librada solamente a la voluntad del órgano que la formuló. Un ejemplo de estas situaciones es el caso *Viceconte*: el Estado había asumido la decisión política de fabricar la vacuna y hasta había elaborado un cronograma para su producción, y el tribunal se limitó a transformar el carácter de esa medida, convirtiéndola en una obligación legal —y por ende emplazó al Estado en los términos del cronograma, fijando sanciones para el caso de inejecución.

Podría diferenciarse en estos casos dos momentos de la actuación judicial:

a) la conversión de la medida discrecionalmente formulada en obligación legal, es decir, la determinación de la conducta debida;

b) la imposición de la ejecución de la medida, es decir, el control «interno» del cumplimiento de la política en los propios términos en que ella fuera formulada. En casos como *Asociación Benghalensis* la definición de la conducta debida ya venía dada en términos relativamente precisos por una norma legal, de modo que la actuación judicial se limitó a controlar que el Estado cumpliera con la conducta ya fijada. En otros casos, como *Viceconte*, se trata de controlar el cumplimiento de la obligación que fuera jurificada por el propio tribunal.

Un segundo tipo de situaciones está dado por aquellos casos en los cuales el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión. En estos casos, si el tribunal considera que esa política —o un aspecto de esa política— es incompatible con el estándar, reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que ellos la reformulen. Ejemplos de estándares a partir de los cuales los tribunales analizan una política pública son los de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad/no regresividad, transparencia<sup>202</sup>, etc. Así, por ejemplo, en el caso *Grootboom*, el tribunal entiende que la política de vivienda desarrollada por el gobierno

202. Nos referimos a los casos en los que una norma legal impone la obligación de desarrollar procesos de producción de información y consulta —por ejemplo, con los beneficiarios— en la etapa de diseño o evaluación de una política social. Así, en el caso *Defensoría del Pueblo de la Ciudad v. INSSJP*, el criterio para la anulación del proceso de privatización fue precisamente la falta de acceso a la información de los usuarios del sistema. De igual modo, en otros casos, la justicia contencioso-administrativa argentina anuló ajustes de tarifas de servicios públicos por la ausencia de audiencia pública —entendida como oportunidad de consulta a los usuarios— previa a la adopción de la decisión.

sudafricano resultaba irrazonable al no prever el suministro inmediato de soluciones habitacionales a aquellos sectores de la población con necesidades de vivienda imperiosas. En este caso, el tribunal llega a la conclusión de que un aspecto de la política era contrario al estándar de razonabilidad, pero no cuestiona la totalidad de la política. En el caso *Brown v. Board of Education*, la Corte cuestiona la orientación misma de la política de segregación racial del sistema educativo. Por lo general, los tribunales reconocen a los demás poderes un amplio margen para diseñar políticas públicas, de modo que no los sustituyen en la elección de los lineamientos que se ajusten a los estándares jurídicos aplicables. Si la actuación de los poderes políticos se ajusta al estándar, el Poder Judicial no entra a analizar si hubiera podido adoptarse alguna política alternativa. El margen de control también depende del estándar: ya hemos dicho que el análisis de «razonabilidad» es menos riguroso que el que podría elaborarse sobre la base de la noción de «medida apropiada» del PIDESC<sup>203</sup>.

Puede imaginarse un tercer tipo de casos, en el cual el Poder Judicial se vería forzado a valorar él mismo el tipo de medida a adoptar. Se trata de aquellas situaciones en las cuales, ante la pasividad de los demás poderes, el tribunal verifica la existencia de una única medida de política pública adecuada, es decir, la inexistencia de alternativas para satisfacer el derecho en cuestión. Serían ejemplos de ello nuestra variante hipotética en el análisis de *Viceconte*<sup>204</sup> y la situación planteada en *Beviacqua*<sup>205</sup>. En estos casos, a diferencia de los anteriores, el Poder Judicial es el que asume la elección de la medida que debe adoptarse, y, por ende, de la conducta debida.

Una última observación se refiere a las dificultades para imponer el cumplimiento de mandatos judiciales que imponen a otros poderes obligaciones de hacer, especialmente cuando se le requieren reformas de gran escala o cuando la actividad encomendada exige períodos prolongados de tiempo. Una primera práctica judicial tendiente a superar ese problema ha sido el recurso a poner en cabeza de un órgano de

203. Como vimos, en *Grootboom* es el propio tribunal el que marca esa diferencia. En *B. and Others*, el tribunal puntualiza la diferencia entre los estándares de «tratamiento adecuado» y «tratamiento óptimo» señalando que el segundo es más gravoso que el primero.

204. Nos referimos a la especulación de qué hubiera sucedido si el Estado no hubiera manifestado la voluntad de producir la vacuna, ante la determinación de la existencia de una única medida sanitaria posible y la imposibilidad de su producción por un actor no estatal.

205. Donde la preservación de la vida y la salud del niño sólo admitía la entrega del medicamento que los padres no estaban en condiciones de costear.

control independiente (como el Defensor del Pueblo o la Comisión de Derechos Humanos) el seguimiento de las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con el mandato judicial<sup>206</sup>. En el marco del procedimiento judicial ordinario, de carácter adversarial, es la parte interesada —en especial cuando se trata de un actor colectivo, o representante de un colectivo— la que puede asumir el peso del seguimiento, informando al tribunal de la evolución de los pasos adoptados y de los incumplimientos de cronogramas o mandatos concretos. La experiencia estadounidense de segregación racial ha seguido este modelo.

Sin embargo, también en este tema —como en tantos otros— sería deseable alentar la imaginación de los juristas. Si bien el marco del procedimiento judicial ordinario es notoriamente estrecho para cumplir las funciones que requiere la tarea de seguimiento de la ejecución de obligaciones de hacer de gran escala o a largo plazo, el orden procesal asigna a los tribunales también otras funciones, que podrían tomarse en cuenta para el diseño de formas procesales acordes con esa exigencia. Hemos marcado algunos de los aspectos que tornarían más adecuada la actuación judicial en estos casos: la necesidad constante de supervisión y relevamiento de información, la necesidad de adecuar las instrucciones a condiciones cambiantes en la etapa de ejecución, a partir de un mandato judicial previo con valor de cosa juzgada, la necesidad de «diálogo» con la autoridad estatal encargada de implementar las instrucciones, etc. Señalaremos dos posibles fuentes de inspiración, que permiten imaginar posibilidades de diseño distintas del procedimiento judicial, más acordes con las necesidades de control de la ejecución de mandatos que satisfagan derechos sociales. Una primera función judicial a la que cabría prestar mayor atención es la vigilancia de las condiciones de ejecución penal e, igualmente, de las condiciones de internación en hospitales psiquiátricos y otras instituciones similares. En estos supuestos, el Poder Judicial no actúa necesariamente sobre la base de una controversia limitada, sino que su jurisdicción permanece abierta para realizar el seguimiento de una situación que se prolonga en el tiempo. Ello requiere la recepción periódica de información, una supervisión constante de las situaciones, contacto permanente con las autoridades de la institución involucrada y la resolución de controversias puntuales dentro de un mandato general establecido a partir de estándares legales. Muchas de las medidas ordenadas en esta jurisdicción —y, dada la nada infrecuente intercomunicabilidad de resultados, aun las

adoptadas para la resolución de controversias individuales— resultan mandatos o instrucciones de alcance general, que las autoridades deben adaptar al régimen de la institución, y de cuya formulación e implementación deben dar cuenta al juez. Nadie ha puesto en duda en estos casos, sin embargo, la pertinencia del control judicial, motivada por la vulnerabilidad de las personas sometidas a relaciones especiales de sujeción.

Una segunda fuente de inspiración para imaginar un régimen procesal acorde con las necesidades del control judicial de políticas públicas es aquel que rige en procedimientos especiales tales como el de quiebras<sup>207</sup> o el de sucesiones. En estos casos, varias de las notas típicas del procedimiento ordinario están ausentes: se trata de procesos de partes múltiples, el principio dispositivo sufre adaptaciones notorias, el juez está autorizado a tomar medidas que no coincidan necesariamente con el pedido de las partes, existen procedimientos de diálogo destinados a facilitar la solución de la controversia escuchando a todas las partes relevantes, se requiere el control de la gestión de los bienes mientras dura el proceso, etc. Estos procedimientos, aunque firmemente sustentados en principios jurídicos, se estructuran a partir de necesidades que se acercan más a la noción de justicia distributiva que a la de justicia conmutativa, que es la que parece regir los procedimientos ordinarios. Sin embargo, existe firme consenso respecto de la factibilidad del desempeño del Poder Judicial en estas tareas.

Un punto que sería importante tener en cuenta es que, en este tipo de casos, la actuación judicial en la etapa de ejecución no consiste en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente<sup>208</sup>, sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo en el curso de la instancia a partir del «diálogo» entre el juez y la autoridad pública<sup>209</sup>. De modo que la sentencia, lejos de constituir la culminación del proceso, opera como un punto de inflexión que modifica el sentido de la actuación jurisdiccional: desde su dictado, es al Estado a quien le corresponde diseñar el modo en que cumplirá las instrucciones del juez, y el tribunal se limitará a controlar la adecuación de las medidas concretas adoptadas con el mandato que ha impartido.

207. En el mismo sentido, J. R. L. Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais...», cit., p. 138.

208. Por ejemplo, la condena a pagar un monto líquido y exigible.

209. Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de imponer sanciones por incumplimiento a los funcionarios responsables.

206. Cf., al respecto, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 168-173; S. Liebenberg, «Socio-economic Rights», cit., pp. 55-56.