



Universidad Nacional de San Luis
Facultad de Ciencias Económico Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía, Procurador y Tuaj.

Asignatura: Derechos Humanos y Ciudadanía

**Documento de cátedra
 preparado por la Prof. Gabriela Ricart**

UNIDAD N° SIETE
DERECHOS HUMANOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

I. POBREZA Y DERECHOS HUMANOS: 1. Algunos conceptos sobre Pobreza. 2. Métodos de Medición de la Pobreza en Argentina: a. método directo, b. método indirecto, c. método combinado. 3. Concepto de pobreza en la política social argentina: a. La pobreza en la virtud cristiana: la caridad. b. El proceso de laicización: la pobreza como deber moral. c. El conocimiento científico en la pobreza: la asistencia social moderna. d. La pobreza en el paradigma de la Justicia Social. e. La pobreza en la visión desarrollista. f. La pobreza en la nueva cuestión social. g. Hacia una formulación de la pobreza basada en los derechos humanos.

II. LOS DERECHOS SOCIALES: 1. Estructura: a. Concepción clásica. b. Concepción crítica. 2. El problema de su exigibilidad. 3. El modelo de derecho privado clásico y el modelo social: presupuestos y términos jurídicos.

I. LA POBREZA EN ARGENTINA.

El primer apartado de esta unidad ha sido elaborado por la Mgter. Virginia Vilchez, constituyendo una selección teórica de la bibliografía detallada a continuación:

Levin, Silvia. (1997): "El concepto de pobreza en la política social Argentina" en Nuestra pobreza, Arturo Firno (Comp.) Ed. Fundación Ros. Rosario, Pág. 23/65.

Olguín, Jorge y Vilchez, Virginia (2008) "La pobreza en Cuyo entre 2002 y 2006. Análisis combinado" en Revista de Estudios Regionales y Mercado de Trabajo, N° 4. Año 2008. ISSN 1669-9084

Salvia Agustín. Desafíos del enfoque de los derechos humanos y del desarrollo en la lucha contra la pobreza. Aportes al debate desde las Ciencias Sociales.

Introducción

Existen diferentes maneras de aproximarse a la comprensión del tema de la pobreza. Básicamente, en este documento se abordan tres modalidades:

En primer lugar, para intentar comprender lo que es la pobreza se puede partir de diferentes **definiciones o conceptos** hallados en la literatura vigente que aborda este tema.

En segundo lugar, otra modalidad para aproximarse a la problemática de la pobreza es mediante las diversas formas de **medición de la pobreza**, lo que permite conocer el alcance de la pobreza en una determinada provincia o país. Las diferentes formas de medición de la pobreza permiten otra forma de comprender el tema. Son ejemplos de ello el Índice de Desarrollo Humano (IDH), la Línea de Pobreza (LP), Línea de Indigencia (LI), Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), etc.

En tercer lugar, otra forma de abordar el tema de la pobreza es mediante el estudio de las políticas públicas, específicamente las **políticas sociales**, puesto que en cada una de ellas existe implícita o explícitamente una determinada perspectiva teórica, en tanto modo específico de ver la realidad social. Entonces, en cada política social implementada se puede analizar la concepción de pobreza con la que se comprende la realidad. En este sentido, se entiende a la política social como el conjunto de intervenciones públicas -del Estado- que pretenden mejorar las condiciones de vida en una sociedad, mediante la satisfacción de necesidades a través de políticas de vivienda, salud, educación, etc. *“Una definición operativa de política social es la que la define como aquella política relativa a la administración pública de la asistencia, es decir, al desarrollo de servicios y prestaciones que intentan paliar determinados problemas sociales”* (Montagut, 2014 p. 21).

1. Algunos conceptos sobre pobreza

De acuerdo con el **Banco Mundial** (1990) se define a la pobreza como "la imposibilidad de alcanzar un nivel de vida mínimo". Esta sucinta definición hace referencia a un fenómeno multidimensional y complejo toda vez que no comienza ni termina en lo estrictamente económico (Olguín y Bussetti, 2003). Aún, la dimensión estrictamente económica ha sido objeto de múltiples aproximaciones y perspectivas, fuertemente influidas por los instrumentos de medición disponibles (Castagna et al, 1997).

Para la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1995: 57) “la condición caracterizada por una privación severa de necesidades humanas básicas, incluyendo alimentos, agua potable, instalaciones sanitarias, salud, vivienda, educación e información”. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 1997) sostiene que la pobreza es la incapacidad de las personas de vivir una vida tolerable. La Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL) sostiene que la pobreza es la situación de aquellos hogares que no logran reunir, en forma relativamente estable, los recursos necesarios para satisfacer las necesidades básicas de sus miembros.

Por otro lado, Amartya Sen (1992) sostiene que la pobreza no es sólo la falta de ingresos suficientes, sino, la privación de capacidades básicas que se reflejan en la mortalidad prematura, el analfabetismo, la desnutrición, la alta morbilidad, entre otras características, que no se resuelven sólo con un aumento de los ingresos económicos.

Nótese que en estas definiciones existe algo en común. No es casual que las definiciones de pobreza hablen de un mínimo de necesidades no cubiertas, “necesidades básicas”, “mínimos de bienestar”. Con la crisis fiscal del Estado (la escasez de recursos públicos para el bienestar) se perfila una serie de criterios orientadores de las intervenciones públicas sobre los sectores más carenciados de la sociedad (Tenti Fanfani, 1991: 127). En tal sentido, dos son principios básicos estructuran esta propuesta: el concepto de **necesidades básicas** y el de **focalización**¹” (Tenti Fanfani, 1991:127). El concepto de necesidades básicas entra en conflicto con la idea de derechos sociales, pues cuando se sancionaron estos derechos en la constitución se formularon sin adjetivos limitativos, por ejemplo, no se estableció el derecho primario de la salud, sino el derecho a la salud.

En el escenario de crisis fiscal y escasez de recursos, los discursos de las “necesidades básicas” y los “mínimos de bienestar” tienen una racionalidad: expresan lo que los dominantes están dispuestos a conceder y lo que los grupos subordinados están en condiciones de exigir. Puesto que en este escenario los recursos son escasos comparados con las necesidades de los pobres, es preciso hacer un recorte sobre las necesidades legítimas a ser atendidas (Tenti Fanfani, 1991: 127-128). De esta manera, se implementan políticas focalizadas para atender problemas de pobreza, desempleo, la desnutrición, etc. Por ejemplo: los planes sociales focalizados en personas

¹ Focalización implica seleccionar la población objeto ayudas, asistencia o políticas.

desempleadas (Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados y Plan de Inclusión Social “Trabajo por San Luis”).

Abordar el estudio sobre el problema de la pobreza implica comprender su múltiple dimensionalidad, y la diversidad de enfoques que hacen de su estudio y medición una actividad compleja y no reductible a lo meramente económico. Así, los resultados de la medición de la pobreza van a depender del indicador usado o el método de medición.

2. Medición de la pobreza en Argentina

Si se desea determinar si una persona es pobre o no, puede utilizarse, tres tipos de enfoques o métodos:

El primero es el **enfoque o método indirecto**, en el que pueden utilizarse distintos criterios: tales como *consumo calórico*, *costo de necesidades básicas*, entre otros.

El segundo es el **enfoque directo**, donde se puede medir las *Necesidades Básicas Insatisfechas* (NBI) o el *Índice de Desarrollo Humano* (IDH).

El tercero es el enfoque o **método combinado**, integra el método directo y el indirecto (Rodríguez Ramírez, 2004).

a. Método de medición indirecto

El método de medición indirecto de la pobreza, utilizando el criterio del *costo de necesidades básicas* (entendidas como conjunto de bienes y servicios de consumo primario), consiste en distinguir los costos económicos de una canasta básica, la cual se calcula en relación de las pautas culturales alimentarias y no alimentarias de una sociedad en particular y en relación con un momento históricamente delimitado. De esta manera el costo de esta canasta denominada Canasta Básica total (CBT) determina cuál es la Línea de la Pobreza (LP), es decir, que quienes tengan un ingreso menor del determinado por la canasta básica total se encuentran por debajo de la LP, por ende, es pobre; por el contrario, quienes tengan un ingreso igual o mayor al del costo de esa canasta se encuentran por encima de la LP, y por consiguiente, no son pobres.

También, este método permite medir la pobreza extrema mediante la llamada Línea de Indigencia (LI), que define como indigentes a las personas que viven en hogares cuyos ingresos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir las necesidades alimentarias y nutricionales de todos sus miembros (Canasta Básica Alimentaria CBA).

En resumen, son pobres los que se encuentran por debajo de la LP y dentro de este grupo, son indigentes o pobres extremos los que se encuentran por debajo de la LI.

La línea de Pobreza

El método basado en la *línea de pobreza*² tiene como eje el criterio de la valorización de un conjunto de bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades mínimas, tanto referidas a la alimentación como a otros bienes y servicios (vestimenta, transporte, salud, vivienda, educación, etc.) de la población.

Ahora bien, la LP no es una cifra universal, sino que se calcula para cada hogar de acuerdo a su composición, ya que el monto necesario para cubrir la canasta de bienes y servicios no es igual para un hogar compuesto por dos personas que para uno compuesto por cuatro. De la misma manera, no todos los componentes del hogar se ponderan de igual modo.

Como primer paso para el cálculo de la Pobreza se estipula el costo económico necesario para adquirir los alimentos indispensables para satisfacer las necesidades nutricionales de un individuo estándar en función de los hábitos de consumo de la población de referencia³. Se considera individuo estándar a un hombre de 30 a 59 años, de actividad moderada. Esta cifra se denomina Canasta Básica de Alimentos (CBA) y es establecida y suministrada por el INDEC. A continuación, se ponderan las necesidades nutricionales de todas las personas de un hogar con relación a las de ese individuo estándar considerando: el sexo, grupo etario y tres niveles de actividad (ligera, moderada e intensa), además de la condición de embarazo y lactancia. Estos ponderadores reciben el nombre de *coeficientes de adulto equivalente*.

A partir de ello se calcula, en primer lugar, la *línea de indigencia* para cada hogar, para luego establecer la *línea de pobreza*. La Línea de Indigencia (LI) representa únicamente el consumo de alimentos necesario para asegurar la reproducción física de los miembros del hogar. Entonces, la suma de los coeficientes de adulto equivalente correspondiente a los miembros de cada hogar dará la cifra por la cual hay que multiplicar la canasta básica de alimentos para obtener la CBA de ese hogar el cual determinará la línea de indigencia.

Para calcular la Línea de Pobreza (LP) es necesario contar con el valor de la CBA y ampliarlo con la inclusión de bienes y servicios no alimentarios (vestimenta,

² Epszteyn y Orsatti (1989); Beccaria y Minujin (1991); Castagna et al (1997); Féliz y Panigo (2000); Philipp (2002), entre otros, se han ocupado extensamente de este tema.

³ De acuerdo a los resultados de la Encuesta de Gastos e Ingresos de los Hogares de 1985/1986

transporte, educación, salud, etc.) con el fin de obtener el valor de la Canasta Básica Total (CBT). Para ello se expande el valor de la CBA según la relación gasto total/gasto en alimentos (inversa del Coeficiente de Engel) que corresponde a las necesidades propias de los hogares de bajos ingresos, se obtiene el gasto mínimo del hogar, o “línea de pobreza”, cuyo valor resulta ser aproximadamente el doble del anterior. Los ingresos corrientes declarados por los hogares se comparan con ambas líneas, para identificar así a los hogares indigentes y pobres⁴.

b. Método de medición directa

Por otra parte, el método de medición directa de la pobreza, que enfatiza en las condiciones de vida de la población, evalúa la distancia entre esas condiciones y los estándares de vida sociales. Dichos estándares de vida son definidos, usualmente, mediante el método de las NBI.

Las NBI se basan en observar las condiciones de vida de los individuos y sus hogares, intentando conocer si se satisfacen o no ciertos requisitos. Si bien, es la situación propia de un país la que determina qué tan apropiado es un indicador, existen ciertas carencias que se han constituido en el común denominador de las aplicaciones de este método, ellas son: a) *hacinamiento*, b) *condiciones sanitarias*, c) *vivienda inadecuada*, d) *asistencia escolar* y e) *subsistencia del hogar*.

Necesidades Básicas Insatisfechas

El método de medición según NBI identifica aquellas condiciones que evidencian la falta de acceso a ciertos tipos de servicios considerados fundamentales. Este método requiere la determinación de distintos niveles de satisfacción de las necesidades consideradas básicas en determinado momento del desarrollo de la sociedad.

Siguiendo el estudio metodológico de Grosso et al (1997), hasta finales de la década del 80, los indicadores de necesidades básicas insatisfechas se calculaban a partir de la información de los Censos de Población. También, en nuestro país, desde 1988 comenzó a medirse el NBI según la Encuesta Permanente de Hogares (EPH). Aunque, existen diferencias metodológicas entre la medición censal y la que puede establecerse a partir de los datos relevados por la EPH, éstas no son significativas.

⁴ Aunque generalizado, este procedimiento no está a salvo de críticas metodológicas. En efecto, Beccaria y Minujin (1991) han destacado que este procedimiento es inconsistente, ya que el *gasto total* promedia el de los hogares que pagan un alquiler explícito con el de los que no lo hacen, sin imputarles a éstos un alquiler de oportunidad, por lo cual el coeficiente no refleja correctamente los gastos de unos ni de otros. Además, al no imputarse el valor locativo de la vivienda a los hogares que no alquilan, los ingresos declarados subestiman a los ingresos corrientes.

El índice compuesto NBI consiste en la definición de un conjunto de necesidades básicas con sus correspondientes componentes. A partir de ellos, se selecciona un conjunto de indicadores que expresan el grado de satisfacción de cada necesidad. Se fija un nivel mínimo para cada indicador y se considera que debajo del mismo el hogar no logra satisfacer dicha necesidad. Desde esta perspectiva, se considera pobres a aquellos hogares que no logran la satisfacción de los estándares mínimos de al menos un indicador.

El índice compuesto de NBI utilizado en este trabajo, incluye los siguientes indicadores: 1) hacinamiento, 2) tipo de vivienda, 3) condiciones sanitarias, 4) asistencia escolar y 5) subsistencia del hogar:

- **Hacinamiento**

Se define como condición de hacinamiento a aquellas viviendas u hogares con más de tres personas por habitación. Hace referencia al hacinamiento por cuarto, que se obtiene dividiendo el número total de personas del hogar por la cantidad de habitaciones destinadas a dormir en la misma. Específicamente el INDEC lo define como *la relación entre la cantidad total de miembros del hogar y la cantidad de habitaciones de uso exclusivo del hogar. Operacionalmente se considera que existe hacinamiento crítico cuando en el hogar hay más de tres personas por cuarto* (INDEC).

- **Tipo de vivienda**

Este indicador expresa otro grado de privación referido a la situación habitacional. Para el INDEC se trata de *“el tipo de vivienda que habitan los hogares que moran en habitaciones de inquilinato, hotel o pensión, viviendas no destinadas a fines habitacionales, viviendas precarias y otro tipo de vivienda. Se excluye a las viviendas tipo casa, departamento y rancho”* (INDEC).

Como vivienda precaria se puede considerar aquellas que no sean casas o departamentos o que no tengan provisión de agua por cañería dentro de la vivienda y aquellas en las que los materiales de la vivienda sean inconvenientes: adobe, chorizo, cartón ó desechos u otros en las paredes externas, o tierra o ladrillo suelto para los pisos. Se considera a todo el resto de las viviendas como convenientes.

- **Condiciones sanitarias**

Este indicador hace referencia a las características de los servicios sanitarios de la vivienda. La medición por EPH interroga acerca de la existencia o no de instalación de baño con arrastre de agua. Para este indicador será baño instalado el que tiene

arrastre de agua (aunque sea mediante el uso de un balde) y baño no instalado o letrina, el que carece de arrastre de agua.

• **Asistencia escolar**

El acceso a servicios adecuados de educación constituye una necesidad básica para el desarrollo de la vida en sociedad. Este indicador registra la existencia de niños en edad escolar que no asisten a la escuela, ya sea por abandono de la misma o porque nunca han asistido. De esta manera, provee una aproximación tanto al problema de la deserción como del retraso escolar. El INDEC define este indicador como *“hogares que tienen al menos un niño en edad escolar (6 a 12 años) que no asiste a la escuela”*

• **Subsistencia del hogar**

Este indicador trata de identificar hogares que, de acuerdo a determinadas cualidades de sus jefes de hogar, presentan una incapacidad para la obtención de ingresos suficientes para su mantenimiento (CEPAL, 1993). Los bajos niveles educativos de los jefes de hogar se combinan con condiciones desfavorables de inserción ocupacional, repercutiendo de manera directa en sus condiciones de vida.

La definición de este indicador remite a los hogares que tienen cuatro o más personas por cada miembro ocupado y además el jefe de hogar registra bajo nivel de educación formal. El propósito es registrar la modalidad de inserción en el mercado laboral de los jefes de hogar con bajo nivel educativo, dado que generalmente ésta se desarrolla en condiciones desfavorables, asociándose de forma directa a situaciones de pobreza. Para el INDEC este indicador *“incluye a los hogares que tienen cuatro o más personas por miembro ocupado y que tienen un jefe no ha completado el tercer grado de escolaridad primaria”*.

Estas condiciones de vida se suponen relacionadas con la pobreza y serán pobres los hogares que no satisfagan alguno de los requisitos previamente definidos. La distancia entre las condiciones de vida reales y los estándares determinarán que un individuo sea pobre o no. En resumen, a la luz de las NBI, serán pobres quienes tengan insatisfecha al menos una de las necesidades básicas establecidas.

Algunas de las dificultades que presentan estos dos métodos (directo e indirecto) son: si bien, el método directo permite medir el número de hogares que no han satisfecho alguna necesidad básica, con ello, no necesariamente, se mide la pobreza. Esto se debe, entre otros factores, a que no existe una forma única y universalmente aceptada de relacionar el número de necesidades básicas insatisfechas con la condición de pobreza, lo que implica una clasificación final arbitraria de pobres y no pobres en la

que prima el criterio del investigador. Por su parte, el método indirecto considera pobres a las personas con un ingreso menor a la línea de pobreza, asimilando el ingreso al consumo y, según Sen (1992) se basa en supuestos particulares sobre el comportamiento del consumo, que pueden ser correctos o equivocados. Es decir, que no siempre el ingreso económico es orientado a satisfacer necesidades básicas, puede ser usado para otras actividades como juegos de azar por dar un ejemplo.

c. Método combinado

De todos modos, ambos métodos tienen características propias que se complementan de manera útil para ciertos propósitos. Así, es posible notar que el método LP es capaz de identificar situaciones de “pobreza reciente”, es decir, hogares que, por motivos coyunturales (por ejemplo, la pérdida del empleo), han visto reducidos sus ingresos a un nivel menor que la línea de pobreza pero que tienen satisfechas sus necesidades básicas. Por su parte, el método de NBI, a pesar de sus debilidades intrínsecas tanto teóricas como prácticas, evalúa razonablemente la situación de pobreza estructural.

Ambos métodos utilizados para la medición de la pobreza comprenden fenómenos diferentes dentro del mismo proceso. No obstante, su utilización conjunta y complementaria permite observar los cambios en la composición de la pobreza a partir de la diferenciación de grupos de hogares.

Boltvinik (citado en Feres y Mancero, 2001) sostiene que la combinación de los métodos de NBI y de LP, permiten una complementariedad con relación al tipo de necesidades que cada uno de ellos identifica. Dado que, el método LP se basa en el consumo o ingreso corriente, no toma en cuenta los servicios públicos provistos gratuitamente ni las necesidades cuya satisfacción requieren de gasto en inversión y no de gasto corriente, como ocurre con la vivienda o la educación. En cambio, el método NBI toma en cuenta justamente estos aspectos, pero no aquellos relacionados con el consumo privado de bienes y servicios.

En tal sentido, y para complementar efectivamente los métodos anteriores se presenta el Método Integrado de la Pobreza, que consiste en la combinación del enfoque directo e indirecto. El desarrollado del método integrado es atribuido a Julio Boltvinik (Rodríguez Ramírez, 2004).

Con este enfoque se intenta superar las limitaciones propias de cada método con las virtudes que aportaría su uso conjunto. En este sentido, el cruce de los resultados de la LP y las NBI se genera una matriz de 2 x 2, que genera cuatro grupos excluyentes

entre sí y que tienen características diferentes y de gran utilidad para el diseño y evaluación de políticas sociales económicas (Busso, 2005).

El Método Integrado en la medición de la Pobreza

NBI/LP	Pobre	No pobre
Necesidades básicas insatisfechas (NBI)	1. Pobreza crónica	2. Pobreza inercial (estructural)
Necesidades básicas satisfechas (NBS)	3. Pobreza reciente (pauperizados o coyuntural)	4. Hogares no pobres (integrados)

Las características de estos cuatro grupos según Feres y Mancero (2001) son:

1. Hogares en Situación de Pobreza Crónica:

Estos hogares, que constituyen el núcleo de la pobreza, no cuentan con un ingreso suficiente para un nivel mínimo de consumo, ni satisfacen sus necesidades más elementales. Por esta razón, ellos se encuentran en una clara situación de exclusión social y, generalmente, poseen más de una necesidad insatisfecha. La incapacidad de este grupo para integrarse adecuadamente a la sociedad puede observarse empíricamente, ya que entre las carencias más frecuentes se encuentran la de inasistencia escolar e insuficiente capacidad económica.

2. Hogares con Carencias Inerciales:

Estos son hogares que cuentan con un ingreso suficiente para adquirir los bienes y servicios básicos, pero que no han logrado mejorar ciertas condiciones de su nivel de vida. En función de los tipos de pobreza que mide cada método por separado, podría decirse que estos son hogares que han arrastrado ciertas necesidades desde el pasado, las cuales se han establecido en el estilo de vida de las personas.

3. Hogares en Situación de Pobreza Reciente:

Los hogares que satisfacen sus necesidades básicas pero que tienen un ingreso inferior a la LP se consideran “pobres recientes”, ya que, de acuerdo a la temporalidad relacionada con cada método de medición, estos serían hogares en un proceso de “movilidad descendente” (CEPAL / DGEC, 1988 citado en Feres y Mancero 2001). Es posible suponer que una reducción reciente de ingresos en estos hogares se traducirá en un menor consumo corriente, y no en un deterioro inmediato de los logros alcanzados en cuanto a satisfacción de necesidades básicas.

4. Hogares en Condiciones de Integración Social:

Los hogares que disponen de un ingreso suficiente para lograr un nivel de vida adecuado y además satisfacen sus necesidades básicas, tienen la capacidad de integrarse plenamente a la sociedad. Por lo tanto, estos hogares, que no se consideran pobres bajo ninguno de los métodos utilizados, son los que expresan las condiciones de vida consideradas dignas para esa sociedad.

Se extrae a continuación un ejemplo de cómo se puede utilizar el método combinado en un estudio realizado en la Provincia de San Luis, el cual compara octubre del 2002 y el 2do. Semestre del 2006 donde se puede observar diversos cambios en la heterogeneidad de la pobreza.

Pobreza: Método Integrado - San Luis - octubre de 2002

SAN LUIS Octubre de 2002		Método de la Línea de Pobreza	
		Pobres	No pobres
Método de las NBI	Una o más NBI	Pobreza Crónica 6,8%	Pobreza Estructural 1,6%
	Ninguna NBI	Pobreza Reciente 44,2%	Socialmente integrados 47,3%

Fuente: Olgún y Vilchez (2008)

Pobreza: Método Integrado - San Luis - 2do Semestre de 2006

SAN LUIS 2do. Semestre 2006		Método de la Línea de Pobreza	
		Pobres	No pobres
Método de las NBI	Una o más NBI	Pobreza Crónica 6,0%	Pobreza Estructural 7,2%
	Ninguna NBI	Pobreza Reciente 13,8%	Socialmente integrados 73,1%

Fuente: Olgún y Vilchez (2008)

3. Concepto de pobreza en la política social argentina⁵

La propuesta es poder descubrir los diferentes conceptos de pobreza a partir de los modos de intervención social, en materia de políticas sociales, organizadas tanto por el Estado como por la sociedad civil.

⁵ Resumen realizado en base al documento de Levín (1997)

Así, se describe una trayectoria de la política social en Argentina que parte de los “sentimientos” hasta llegar a la constitución de los derechos sociales de ciudadanía (etapa no consolidada actualmente en la práctica).

En el periodo colonial se organizan las primeras intervenciones a cargo de la Iglesia Católica, así como las Cofradías Piadosas a cargo de la caridad cristiana. En el incipiente Estado Argentino, las políticas del Estado reconocen como objeto preferencial de su intervención a los pobres, a través de la Beneficencia Pública.

Asimismo, se describe una trayectoria en el concepto de pobreza, que parte de “la pobreza como moral y éticamente vergonzante” en la que el único responsable era el individuo pobre, hasta llegar a un concepto de pobreza que involucra factores externos y que afectan a toda una sociedad y en donde no solamente es responsable la sociedad, sino que se empieza a demandar una fuerte intervención de Estado.

En el transcurso de los años, en diferentes escenarios políticos, sociales, económicos se abre paso a una nueva forma de dar respuesta a la pobreza, mediante los derechos. Si bien se avanzó en materia de políticas sociales y en la conceptualización de la pobreza, aun no se logra la superación de la misma debido a que políticas sociales implementadas, entre otras cosas, persiguen objetivos políticos y se orientan a prácticas sumamente discrecionales. Se trata de políticas de corte asistencial, las cuales han caracterizado la acción social en Argentina orientadas, sobretudo, al control social. Las etapas distinguidas en el concepto de pobreza e intervención social son:

a. La pobreza en la virtud cristiana: la caridad

La pobreza en esta etapa era concebida como la condición alcanzada por las personas debido a incapacidades físicas, enfermedades, accidentes, o bien falta de virtud. Es decir, que las causas de la pobreza se encuentran en el propio individuo y no en el sistema o contexto político y socio-económico.

La pobreza era concebida como algo vergonzante, humillante y deshonroso, tanto para la sociedad en general como para el propio individuo (social y moralmente).

Ser pobre era una deshonra toda vez que no coincidía con los valores socialmente buscados. Estos valores eran: el honor, poder político, poder económico, distinción, talento aristocrático, ostentación de riqueza, majestuosa presencia de palacios y abalengos.

En este sentido, para la época la pobreza se constituía en un valor repudiado socialmente. Y, por lo tanto, había que actuar en torno a sus consecuencias.

Por ello, las primeras respuestas al tema estuvieron a cargo de la Iglesia Católica, las cuales se organizaban alrededor de los sentimientos y de la caridad cristiana.

Así la caridad cristiana tenía dos objetivos importantes: Calmar los dolores del pauperismo y Ayudar al control social y evitar que las ideas socialistas alcanzaran a los trabajadores.

El control social era y es un valor muy requerido para el modelo de sociedad que se buscaba en aquel entonces, el cual se ha dado en llamar “orden y progreso”.

b. El proceso de laicización: la pobreza como deber moral

En el proceso de laicización la pobreza es concebida como un deber moral (y no como en la etapa precedente que era considerada como un deber religioso). Aunque el concepto de pobreza sigue siendo inmoral y vergonzoso.

La concepción de la pobreza en esta etapa adquiere relevancia toda vez que se la considera la versión laica de la pobreza. Donde el Estado asume su compromiso, no dejándolo solo al arbitrio religioso.

Así es que el Estado comienza a implicarse en la intervención social a través de la beneficencia pública, constituyendo la primera iniciativa de intervención que adopta el Estado en problemas relacionados con la pobreza.

La beneficencia pública reproduce los rasgos y formas que caracterizan a la caridad cristiana, imprime un perfil más racional a su accionar.

La institución que se crea en esta etapa es la **Sociedad de la Beneficencia de la capital Federal**, la cual inicia su trayectoria en la solución de problemas de indigencia de la época. La cual tenía a su cargo la casa de expósitos, de partos públicos y privados, hospitales de mujeres, colegio de huérfanos y todo establecimiento público destinado al bien de los individuos.

Es relevante aclarar que si bien el Estado asume la beneficencia pública a través del otorgamiento de financiación, quienes se hacen cargo de ella son instituciones privadas.

El proceso de cambio de la acción social se da, principalmente, mediante la laicización y por el rol de la mujer. Las mujeres eran consideradas las más aptas para cumplir este rol por sus cualidades, sin embargo, vale la aclaración, de que no cualquier mujer puede cumplir esta tarea, solamente aquellas de la elite porteña, de la aristocracia. Es decir, las mujeres que tenían los valores perseguidos de la época como ser: educación consolidada, ostentación de riqueza, honor, etc.

Siguiendo la idea de los valores perseguidos por la sociedad, y teniendo en cuenta que la pobreza no se podía erradicar tan fácilmente, la característica fundamental de la beneficencia que alcanzó relevancia como estrategia social. Esto es, para acceder a los beneficios de la beneficencia pública se debía ser un tipo de pobre (el que no era un conflicto para la sociedad en general, es decir, “pobre pero honroso”, no el vagabundo o el delincuente).

En consecuencia, surgen los “**premios a la virtud**” que eran otorgados en la Provincia de Buenos Aires para alentar a un tipo de pobreza y castigar a la pobreza no deseada.

También, surge el otorgamiento de “**certificados de pobreza**” como una forma de estigmatizar a los pobres, lo cual les garantizaba el acceso legítimo a los bienes. El certificado de pobreza lo otorgaba generalmente el comisario a aquellos pobres que no tenían ninguna posibilidad de satisfacer sus necesidades. De esta manera, el certificado lo habilitaba a algunos bienes básicos.

c. El conocimiento científico en la pobreza: la asistencia social moderna

La asistencia social en su versión moderna incorpora el **conocimiento científico** al tratamiento del problema social, lo cual lo entendemos como un avance del Estado en relación con la pobreza.

La estrategia empirista, instintiva, espontánea ligada a los sentimientos es superada por la visión científica del problema social.

En esta etapa se propone no actuar sobre las consecuencias, sino buscar las causas que originan el problema.

Vale reconocer, que no fue fácil el tránsito de los sentimientos al conocimiento científico, quienes venían haciendo caridad defendían esta postura, mas que nada por una cuestión de legitimidad de las clases sociales favorecidas. Por ello, en este tránsito nos encontramos con varios matices, entre ellos, se aspiró a establecer vocación por los pobres, pero con competencia.

Algunos puntos importantes en esta etapa:

- Comienza un proceso de desnaturalización de la pobreza, lo cual se considera un progreso en la política social Argentina.
- La población comienza a adquirir importancia en la intervención social en desmedro de los individuos. Donde el contexto social y político requería de instrumentos para administrar la población. Es decir, se consideraba la población, principalmente, como un valor productivo, en donde las políticas de salud y educación eran una inversión y no

un gasto. La revalorización de la sociedad estaba orientada a la idea de poblar el país, por ello, el auge de las políticas de tipo migratorias y la educación formal para garantizar una cultura nacional en los inmigrantes.

- Un avance en la asistencia es el intento de superar el estilo de la beneficencia pública y la caridad cristiana mediante un mayor compromiso e intervención del Estado. Se crea en 1883 la **Asistencia pública de la capital** como una política de Estado.

Esto último, respecto a la política de Estado en materia de intervención social para paliar la pobreza, incorpora la asistencia en el campo de los derechos.

La Beneficencia pública llega a su fin en 1940 y abre el paso a una nueva modalidad de intervención asistencial y concepción de la pobreza: comienza una Política Social de Estado.

d. La pobreza en el paradigma de la Justicia Social

La pobreza en el paradigma de la Justicia Social se desarrolla paralelamente al gobierno del peronismo.

El desarrollo de las políticas sociales se articula en base a una nueva relación: **Pleno empleo y elevación del ingreso económico de los trabajadores**. Lo cual constituían elementos básicos de la política de bienestar.

Podemos decir que en esta etapa la política social en base a la Justicia Social parece distinguir entre dos tipos de ciudadanos:

- Los trabajadores formales. A los cuales se les garantizan los derechos sociales a través de la Constitución de 1949.
- Los que quedan excluidos del mercado de trabajo. A los que se transforman en beneficiarios de las ayudas sociales.

Con respecto a que sólo los trabajadores formales son los titulares de los derechos sociales, Grassi sostiene que los derechos de ciudadanía no se ampliaron al respecto en un sentido universal, sino que sólo benefició a los trabajadores formales.

Sin desmerecer la ayuda social dada en este periodo a través de la **Dirección Nacional de Asistencia Social** y la **Fundación Eva Perón**, principalmente, se considera que se trató de una ayuda social que vino a agregar un condimento a las políticas sociales, no develado hasta el momento, me estoy refiriendo al logro de la legitimidad política, más específicamente al apoyo político.

e. La pobreza en la visión desarrollista

Teniendo en cuenta que en 1952 estalla la crisis económica, producto del agotamiento del régimen populista. A través del cual el régimen de acumulación

populista muestra su agotamiento al disminuir la tasa de ganancia y raíz del elevado gasto social, mediante las políticas distribucionistas.

De acuerdo al modelo desarrollista se diseña un plan de contención de los salarios y del gasto público a fin de poder detener la caída de la tasa de ganancia. Esto deteriora el nivel del salario, el nivel del empleo, lo que genera un clima de importantes tensiones sociales.

En 1966 se crea el **Ministerio de Bienestar Social y la Secretaria de Estado y Promoción y Asistencia a la Comunidad**, con lo que se busca el bienestar social como parte fundamental del desarrollo.

Para la búsqueda de bienestar adquiere importancia los servicios básicos de salud, educación, alimentación y vivienda.

Pobreza es concebida como un obstáculo al bienestar y el desarrollo.

f. La pobreza en la nueva cuestión social

La pobreza en escena

A mediados de la década del 90, el desempleo había alcanzado uno de los valores más altos hasta la fecha.

En tal sentido, el Instituto Nacional de Estadística y Ciencia (INDEC) revela para el año 1995, un 18,6% de desempleo (lo equivalente a dos millones doscientas mil personas) y, un 11,4% de subocupados. Los subocupados hacen referencia a aquellas personas que trabajan menos horas de las que necesitarían trabajar para cubrir sus necesidades básicas.

En consecuencia, si sumamos los desocupados más los subocupados, podremos observar que alrededor del 30% de la población presenta serias dificultades para satisfacer sus necesidades básicas, en otras palabras, muestran inconvenientes para sobrevivir.

A mediados de la década del 70, comienza a insinuarse un proceso de deterioro social, profundo y persistente. Dado, principalmente, por la reducción del nivel de ingreso que consecuentemente condujo al empobrecimiento de la clase media y la caída por debajo de la línea de la pobreza de personas que habían logrado salir de la pobreza estructural.

En la década del 80, la exclusión social y los indicadores de pobreza, como producto de una reducción del empleo acompañado de los más altos índices de inflación que el país haya tenido, llega a constituir un problema prioritario para el Estado. Por ello, en 1984 el Congreso Nacional aprueba el Plan Alimentario Nacional (PAN),

destinado a todas las personas que presentan inconvenientes para la satisfacción de la necesidad de alimentación.

El PAN estaba orientado a disminuir los índices de desnutrición mediante la ayuda alimentaria de consumo familiar.

Sin embargo, Rubén Lo Vuolo señala que a pesar del alcance universal de este plan, no fue eficiente, debido a la discrecionalidad con la cual se manejó.

Se observa un deterioro de los servicios prestados en las políticas sociales, tanto en educación, salud, etc.

Se crea un clima de inseguridad social, dada por la baja calidad de los servicios prestados de las políticas públicas y la inestabilidad económica, donde las políticas sociales no pueden contener el malestar masivo.

Hoy el Estado retrocede, retirándose del campo social, empujando a la sociedad a la búsqueda de salidas individuales. La exclusión parece ser la salida que adopta el Estado.

El advenimiento de la democracia trajo consigo la reafirmación de los derechos humanos, de las libertades políticas, la equidad y la universalidad en el acceso a los servicios públicos, sin embargo en la actualidad parece que estos valores se han desplazado para ocupar un lugar secundario en la agenda pública, donde se prioriza la eficiencia pública, el ajuste, el plan de convertibilidad.

Es que en el modelo neoliberal lo social pierde centralidad. En la década del 90 comienza se recuperan algunos indicadores económicos bajo el alto costo social. Se instala lo que Rosanvallon denomina la nueva cuestión social. La cual se estructura en relación con tres cuestiones: la exclusión, la desestabilización general de la condición social y la cuestión de las clases medias.

Frente a esta situación la mayoría de los países de Latino América, opta por la implementación de políticas sociales focalizadas, por el bajo costo en relación de una política universal.

De esta manera se impone, ubicándonos en la nueva era de lo social, repensar el rol de Estado. De un *Estado compensador* o bien de un *Estado pasivo providencia* se debería pasar a un *Estado activo providencia*.

Es a partir de la reconstrucción de soportes laborales y relacionales fuertes donde se debe pensar todo proceso de inclusión o integración.

Una mirada hacia adentro

¿Cómo entender las transformaciones que operan al interior de la sociedad como consecuencia de los nuevos fenómenos que nos atraviesan?

La dinámica de la exclusión se manifiesta al final de un recorrido produciendo efectos completamente desocializantes. Según Castel, podemos distinguir tres zonas: zona de integración, zona de vulnerabilidad y zona de desafiliación o exclusión. Estas tres zonas se construyen en relación con dos ejes: el laboral y el relacional. De acuerdo al comportamiento y las variaciones de estos ejes es que podemos diferenciar tres zonas.

Algunos puntos a tener en cuenta:

Si se efectúa un recorrido histórico en la concepción de la pobreza se ha vinculado el clientelismo político con la pobreza y su respectiva asistencia social (en forma de dádivas o limosnas) no en el marco de una exigibilidad de los derechos sociales. Asistimos en el presente a un mayor compromiso y reconocimientos de los derechos al comprender la pobreza como consecuencia de un contexto político, económico y social desfavorable, que no permite dirimir las desigualdades sociales y económicas. Un recorrido histórico permite denotar que el clientelismo institucional se podría asociar a un cambio en la concepción de la pobreza. Por ello, a continuación, brevemente siguiendo a Silvia Levin se expone un cuadro que permite comparar diferentes momentos en la concepción de la pobreza en la Argentina.

Las diferentes concepciones de la pobreza en la historia argentina

Etapa	Breve descripción: concepción de la pobreza
Colonialismo	La pobreza es el resultado de características personales: incapacidad (física o mentalmente), vagancia, falta de virtudes, etc. Esta caracterización de la pobreza desvinculaba al Estado de todo tipo de responsabilidad, por ende las instituciones encargadas de mitigar los dolores del pauperismo era fundamentalmente la Iglesia Católica a través de la caridad.
Laicización de la pobreza	La concepción de la pobreza comienza a transitar por un proceso que va de la responsabilidad individual a la responsabilidad social y poco a poco, estatal. En esta etapa el Estado interviene con la Beneficencia Pública, mediante la cual otorga recursos económicos a instituciones privadas, como por ejemplo la Sociedad de la Beneficencia, compuesta por las damas de la elite porteña.

Conocimiento científico	Diversos estudios en materia de pobreza incluyen al contexto político, social y económico, el cual puede aumentar o disminuir la pobreza. Se considera que el régimen político implementado por cada Estado incide en este aumento o disminución de la pobreza. Además a las personas en situación de pobreza había que concientizarlas para que fueran generadoras de su propio cambio, obviamente, en un contexto favorable.
Justicia Social	Con el gobierno de Juan Domingo Perón cambia radicalmente la concepción de la pobreza. El Estado y sus políticas cumplen un papel importante en el aumento o disminución de de misma. En esta etapa comienza una política social de Estado. Los trabajadores formales son sujetos de derechos sociales instituidos en la reforma de la Constitución Nacional de 1949. Y las personas con carencias tienen derecho a la ayuda social del Estado.
Desarrollista	En la etapa, luego de las presidencias de Perón, se inicia un ajuste económico a raíz de la crisis fiscal.
La Nueva Cuestión Social	Corresponde al neoliberalismo, se produce una retirada del Estado a favor de la libre actuación del mercado, o bien, un estado mínimo. Lo cual trajo un aumento de las desigualdades sociales y la vulnerabilidad social.

g. Hacia una formulación de la pobreza basada en los derechos humanos⁶

Durante los últimos años ha venido desarrollándose una posición normativa acerca de la justicia global que, sin desconocer los aportes brindados por las teorías de las necesidades y capacidades del desarrollo humano, promueve un enfoque de la pobreza basado en los derechos humanos. Entre las principales contribuciones efectuadas en esta línea cabe destacar los trabajos de Pogge (2005). En ese ensayo el autor argumenta que un criterio medular de justicia asentado en el enfoque de los derechos humanos asegura, por un lado, el respeto de las diversas culturas del mundo, al tiempo que posibilita, por el otro, el desarrollo de una crítica sustantiva, aunque

⁶ Selección teórica realizada en base al documento de Salvia y Léopore “Desafíos del enfoque de los derechos humanos y del desarrollo en la lucha contra la pobreza. Aportes al debate desde las Ciencias Sociales”

constructiva, del orden institucional nacional e internacional abocado al combate de la pobreza en el mundo (Pogge, 2005: 72-73).

En un sentido similar razona Nussbaum cuando aduce la función de “terreno de acuerdo” que desempeña el lenguaje de los derechos humanos en el discurso público internacional, mientras se continúa discutiendo acerca del tipo de análisis apropiado en el nivel más específico (Nussbaum, 2002: 149). Alimentándose de éstas y otras contribuciones reflexivas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos emprendió también recientemente un importante esfuerzo de elaboración teórica dirigida a formular un marco de referencia que permita establecer un enfoque de derechos humanos aplicado a las estrategias de reducción de la pobreza. Según el punto de vista adoptado, la disposición de recursos económicos cumple una función importante en la definición de la pobreza, que contribuye, ante todo, a discriminar el fenómeno de la pobreza del fenómeno más general de una mala calidad de vida. Se sostiene que, si bien la pobreza implica una calidad de vida deficiente, no siempre ésta puede ser asociada con una situación de pobreza. Para que ello ocurra, la falta de disposición de recursos económicos debe desempeñar una función en la cadena causal que desemboca en una baja calidad de vida. Aunque el concepto de pobreza adquiere así una connotación económica marcada, se indica que el valor pertinente para tal análisis no es el ingreso insuficiente, sino más bien la insuficiencia de recursos, de la que unos ingresos inadecuados son sólo una de las causas posibles. Entre otras causas admisibles se encuentran la disposición insuficiente de bienes y servicios públicos, el acceso insuficiente a los recursos administrados por la comunidad, el control insuficiente de recursos que se ponen a disposición por medio de redes sociales informales (OACDH, 2004).

Específicamente se señala que un enfoque de los derechos humanos con respecto a la pobreza incluye un reconocimiento explícito del marco normativo de los derechos humanos nacionales e internacionales. La falta de cumplimiento de los derechos humanos puede considerarse como pobreza si cumple las dos condiciones siguientes: (a) los derechos humanos involucrados deben ser los que corresponden a las necesidades básicas, y (b) la insuficiencia de recursos económicos debe desempeñar una función en la cadena causal que desemboca en la falta de cumplimiento de tales derechos. Conforme a estas consideraciones se pueden identificar tres diferentes formas en que los derechos humanos pueden ser pertinentes para evaluar la pobreza: pertinencia constitutiva, instrumental y restrictiva respecto del contenido y el ámbito de las

estrategias de reducción de la pobreza. Si la denegación de cierto derecho humano cumple con las dos condiciones anteriormente señaladas, se puede decir que tiene una pertinencia constitutiva respecto a la pobreza. Seguidamente, se considera que un derecho humano tiene pertinencia instrumental si su cumplimiento promueve de modo directo o indirecto la causa de reducción de la pobreza. Por último, la pertinencia restrictiva refiere a aquellos derechos cuyo incumplimiento no tiene una relevancia constitutiva respecto de la pobreza, ni asume un valor instrumental, pero que si adquiere, en cambio, cierta relación con la índole y el contenido de una estrategia de reducción de la pobreza, al excluir a determinados modos de actuación como prohibidos. De este modo, aunque sólo algunos derechos humanos pueden formar parte de una definición de la pobreza basada en los derechos humanos, un conjunto mucho más amplio de derechos puede ser fundamental en la formulación de una estrategia de erradicación de la misma.

En el recuadro siguiente se recogen los principales vínculos entablados entre la pobreza y la violación de derechos humanos desde un enfoque centrado en los derechos, destacando especialmente las consecuencias de la pobreza en la denegación de éstos.

<p>Derecho a la vida y a la integridad física Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6.</p>	<p>La calidad de vida de las personas que viven en una situación de pobreza es frecuentemente afectada por la falta de alimentos, el riesgo de enfermedades, el trabajo peligroso y las condiciones de vida precarias. Esas personas sufren violencia de todo tipo (hostigamiento, intimidación, grave discriminación y, en algunos casos, incluso amenazas de muerte y asesinato).</p> <p>Las mujeres pobres son particularmente vulnerables a la violencia en el hogar y otras formas de violencia de género.</p>
<p>Derecho a una alimentación adecuada Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25; Pacto Internacional de</p>	<p>La alimentación adecuada es necesaria para la sobrevivencia y para llevar una vida saludable.</p> <p>La falta de esta a menudo imposibilita acceder a otros derechos (acceso a un nivel de vida digno, educación apropiada y a un trabajo decente), al tiempo que el hambre puede dar lugar a la desnutrición e incluso a la muerte.</p>

<p>Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11.</p>	
<p>Derecho a la salud Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12.</p>	<p>Un estado de salud deficiente es una de las más importantes causas de pobreza, al limitar las posibilidades de educación de las personas y reducir más ampliamente sus oportunidades de vida.</p> <p>Paralelamente, la mala salud es frecuentemente consecuencia de la pobreza, siendo los servicios de salud para los pobres inaccesibles o inadecuados o están mal equipados.</p>
<p>Derecho a la vivienda Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11. Convención sobre los derechos del Niño, artículo 27.</p>	<p>La vivienda de las personas pobres frecuentemente está construida con materiales de baja calidad, carece de agua corriente, instalaciones de saneamiento y electricidad, al tiempo que suele estar ubicada en entornos insalubres y distantes de los servicios de salud y educación. Así, las condiciones de habitabilidad deficientes tienen consecuencias sobre otros derechos sociales fundamentales, como los de salud, educación y trabajo, impidiendo su pleno ejercicio.</p>
<p>Derecho a la educación Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 13 y 14.</p>	<p>El acceso a la educación se encuentra limitado para quienes viven en la pobreza. Esta situación afecta particularmente a los niños de hogares pobres, quienes habitualmente se ven obligados a participar en la búsqueda diaria de medios de subsistencia o a trabajar fuera del hogar.</p> <p>La educación permite la realización de otros derechos, como los derechos al trabajo, la salud y la participación política y es uno de los medios más eficaces para</p>

	promover un proceso de movilidad social ascendente.
<p>Derecho a un nivel de vida digno</p> <p>Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.</p>	<p>Las personas que viven en la pobreza suelen estar mal nutridas y tienen un acceso insuficiente a la vestimenta, la vivienda, el agua y el saneamiento, la asistencia médica y los servicios sociales. Ello afecta negativamente a su capacidad de hacer valer otros derechos, como los de la educación, la salud y el trabajo, con lo que se refuerza el círculo vicioso de la pobreza.</p>
<p>Derecho a un trabajo decente</p> <p>Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23;</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 6, 7, 8 y 9.</p>	<p>La obtención de un empleo en el sector formal frecuentemente resulta imposible para los pobres como consecuencia de la discriminación social y de la carencia de credenciales educativas.</p> <p>Por ello, los pobres se ven obligados a buscar trabajo en el sector no estructurado de la economía (escaso nivel de especialización, la inseguridad, la peligrosidad y un nivel de remuneración que no garantiza un nivel de vida adecuado.)</p> <p>Es esencial garantizarles el derecho a un trabajo decente para que puedan disfrutar de otros derechos, como el de la alimentación, salud y la vivienda.</p>
<p>Derecho al reconocimiento como persona ante la ley y de estar inscripto</p> <p>Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6;</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 16 y 24.</p>	<p>Como consecuencia de la falta de domicilio legal y de los elevados costos directos e indirectos de la inscripción civil, las personas que viven en la pobreza frecuentemente no están reconocidas ante la ley y se enfrentan a graves obstáculos para inscribir a sus hijos.</p> <p>No tener una identidad jurídica, hace muy difícil matricularse en la escuela, obtener un empleo, acceder a los servicios sociales, ejercer los derechos políticos, probar paternidad, contraer matrimonio, viajar dentro y fuera de las fronteras nacionales, asistir ante la justicia o incluso evitar ser encarcelado.</p>

	El reconocimiento de este derecho es fundamental para la realización de otros derechos.
<p>Derecho a la justicia</p> <p>Declaración Universal de</p> <p>Derechos Humanos, artículos 10 y 11;</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 14 y 15.</p>	<p>Las personas que viven en la pobreza son especialmente vulnerables a las violaciones de sus derechos y frecuentemente no pueden hacer uso del mecanismo más eficaz para defenderse frente a tales abusos, como es el de la tutela judicial.</p> <p>Su acceso a la justicia se ve obstaculizado por limitaciones económicas y de acceso a la información, la complejidad de los procedimientos administrativos, la desconfianza en las instituciones y el temor basado en su experiencia frente al sistema judicial y el lento ritmo con el que se imparta justicia.</p> <p>Ello resulta particularmente preocupante, dado que las personas que viven en la pobreza tienen más probabilidades que otras de ser discriminadas y sus derechos fundamentales se violan con mayor impunidad.</p>
<p>Derecho a intervenir en la vida política</p> <p>Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21.</p>	<p>Como consecuencia de la falta de información y de poder social, las personas que viven en la pobreza no pueden participar verdaderamente en los procesos de adopción de decisiones. La discriminación social, la carencia de vivienda y de educación y la falta de inscripción en el registro civil son otros obstáculos para el ejercicio de los derechos políticos. Así pues, los pobres no pueden influir en las políticas en su propio beneficio y ni se tienen en cuenta sus necesidades concretas. Además, los muy pobres también están más expuestos que otros a la manipulación y el clientelismo.</p>
<p>Derecho a participar en la vida social y cultural</p> <p>Declaración Universal de Derechos Humanos,</p>	<p>Dado que representa una fuerza unificadora de la sociedad, la cultura es un componente importante de la integración social y sirve de protección frente a la exclusión social. No obstante, las culturas de las minorías y los grupos</p>

artículo 22; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15.	indígenas no se respetan frecuentemente y las personas que viven en la pobreza suelen carecer de la capacidad básica para participar activamente en la vida social, cultural y política de sus comunidades.
--	---

Bibliografía:

Levin, Silvia. (1997): *El concepto de pobreza en la política social Argentina*” en Nuestra pobreza, Arturo Firmo (Comp.), Ed. Fundación Ros. Rosario, Pág. 23/65.

Olguín, Jorge y Vilchez, Virginia (2008) “La pobreza en Cuyo entre 2002 y 2006. Análisis combinado” en *Revista de Estudios Regionales y Mercado de Trabajo*, N° 4. Año 2008. ISSN 1669-9084

Salvia Agustín. Desafíos del enfoque de los derechos humanos y del desarrollo en la lucha contra la pobreza. Aportes al debate desde las Ciencias Sociales.

Abramovich, V. y Curtis C. (2004) Los derechos sociales como derechos exigibles. Ed. Trotta. Madrid.

Capítulo 1

LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PROBLEMA DE SU EXIGIBILIDAD

No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de las constituciones o de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos sociales (o bien, de acuerdo a la terminología del Pacto Internacional respectivo¹, derechos económicos, sociales y culturales²) son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos. De acuerdo a esta visión, estos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente. La intención de este trabajo es demostrar que la adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones concretas al Estado; que —asumiendo sus particularidades— muchas de estas obligacio-

1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que en adelante nos referiremos como PIDESC. El pacto fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2.200 (XX), el 16 de diciembre de 1966, firmado el 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

2. Emplearemos indistintamente las denominaciones «derechos económicos, sociales y culturales» (que es su designación en el campo del derecho internacional de los derechos humanos) y «derechos sociales» (que es la empleada más comúnmente a nivel local). Ver, sin embargo, los comentarios sobre la posible distinción de estos términos que efectuamos en la introducción al capítulo 3.

nes resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política.

Para ello, presentaremos en este capítulo nuestros argumentos de acuerdo al siguiente plan. Como primer punto, señalaremos la relatividad de la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, sustentando la idea de que existen niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos. En segundo término, desarrollaremos la noción de que todos los derechos económicos, sociales y culturales tienen al menos algún aspecto que resulta claramente exigible judicialmente. Partimos del supuesto de la existencia en el sistema legal de un país de normas legales —tales como cláusulas constitucionales, o cláusulas de pactos internacionales de derechos humanos adoptados por ese país— que positivizan derechos sociales —tal es el caso de la Argentina³, de España, y de gran parte de los países de América Latina—. En este sentido, el capítulo no pretende construir un «derecho natural» de los derechos sociales, sino sentar las bases para una dogmática que haga exigibles aquellos derechos previstos en el plexo normativo de la Constitución o de los tratados internacionales de derechos humanos. Tampoco nos detendremos en cuestiones de fundamentación de estos derechos, dado que partimos del supuesto de su positivización⁴.

Una última aclaración metodológica sea tal vez útil para explicar el tipo de análisis que proponemos. Gran parte de los argumentos que empleamos en el libro están vinculados con el texto del PIDESC y las interpretaciones que ese instrumento ha generado. Sin embargo, nuestra intención no es —en absoluto— la de limitar el alcance de nuestros argumentos al derecho internacional de los derechos humanos, materia en general lejana a la práctica cotidiana de abogados y jueces y a la realidad de la gran mayoría de los beneficiarios de sus

3. La Constitución argentina establece en su artículo 14 *bis* la protección de los derechos laborales individuales y colectivos, el derecho a obtener los beneficios de la seguridad social, la protección integral de la familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. En su artículo 41, establece el derecho a un ambiente sano, y en el 42, los derechos de consumidores y usuarios. Además, otorga jerarquía constitucional —entre otros— al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

4. Puede consultarse, para ello, M. J. Añón, *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Madrid, 1994; P. Dasgupta, *An Inquiry into Well-Being and Distribution*, Oxford, 1993; y C. Fabre, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford, 2000, cap. 1.

normas. La elección del PIDESC como objeto de análisis central se justifica por su carácter de norma universal: dado que existe identidad entre la estructura de los derechos contenidos por el Pacto y por las constituciones locales y también en los problemas que su exigibilidad plantea, las discusiones referidas a los derechos del Pacto pueden ser trasladadas, con la debida cautela, a los distintos ámbitos nacionales. La intención del capítulo es entonces aportar elementos para la formación de una dogmática de los derechos económicos, sociales y culturales, que pueda ser empleada tanto a nivel nacional como internacional. Este primer paso teórico se articula con el intento general del libro, que es el de señalar estrategias posibles para la exigibilidad de estos derechos.

1.1. La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales

Quienes afirman la tesis de un «defecto de nacimiento» de los derechos económicos, sociales y culturales en tanto pretendidos derechos, creen ver en su naturaleza el origen de la imposibilidad de alcanzar su exigibilidad. Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justificabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten, entonces, de diferenciar la naturaleza de estos derechos con la de los derechos civiles y políticos.

Uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en que el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público⁵. De acuerdo con esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un *no hacer* por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contra-

5. Ver F. von Hayek, «Derecho, legislación y libertad», en *El espejismo de la justicia social*, Madrid, 1979, vol. 2, cap. 9. En sentido similar, M. Bossuyt, «La distinción jurídica entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels»: *Revue des Droits de l'Homme* 4 (1975). El argumento se repite con diversos ropajes en abundante literatura de derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional, derecho administrativo, filosofía y teoría del derecho, etcétera.

rio, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a *hacer*, es decir, a *brindar prestaciones positivas*: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado; prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen⁶. De acuerdo con esta línea de razonamiento, sólo puede hablarse con algún sentido de «derechos» cuando una

6. Otro intento de diferenciación consiste en identificar un tipo específico de obligación de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. Así, para algunos autores, mientras que a los derechos civiles y políticos corresponden obligaciones de resultado, a los derechos económicos, sociales y culturales corresponden tan sólo obligaciones de conducta. La diferencia tendría efectos concretos al momento de juzgar si un Estado ha violado un tratado. En materia de derechos civiles, se sostiene, la actividad del Estado contraria al deber de abstención produce la violación. La responsabilidad del Estado emana de resultados, sin que existan condiciones necesarias que supediten el cumplimiento de las normas en el Pacto respectivo. La violación sólo depende de la voluntad del Estado. Las obligaciones respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, por el contrario, son principalmente de comportamiento. Como sostiene Garretón Merino con cita de Nikken: «Su realización no depende 'de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual sólo puede alcanzarse progresivamente'. La violación, por lo tanto, no emana de un acto sino de una omisión, muchas veces condicionada a la existencia de recursos que permitan la satisfacción de estos derechos, por lo que para establecer que un Estado los ha violado no basta con comprobar que no se está gozando 'sino que el comportamiento del poder público, en orden a alcanzar este fin, no se ha adecuado a los standards técnicos apropiados'» (R. Garretón Merino, «La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales», en IIDH, *Estudios básicos de Derechos Humanos V*, San José de Costa Rica, 1996, p. 59. Lo citado en cursiva, P. Nikken, «El concepto de derechos humanos», en IIDH, *Estudios básicos de Derechos Humanos I*, San José de Costa Rica, 1994). Ver A. Eide, «Future Protection of Economic and Social Rights in Europe», en A. Bloed *et al.* (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, pp. 187-219. En contra, G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views», en P. Alston y K. Tomaševski (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, pp. 97-110; P. Alston, «No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant», en A. Eide y J. Helgesen (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World*, 1991. Como veremos, más allá de la posibilidad de sostener la distinción, ella resulta poco relevante para distinguir derechos civiles y políticos de derechos económicos, sociales y culturales. Así, los denominados «Principios de Maastricht sobre las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales» (ver *infra*, cap. 2.1) señalan que los derechos económicos, sociales y culturales generan tanto obligaciones de conducta como de resultado (Principio 7). Ver S. Liebenberg, «Socio-economic Rights», en M. Chaskalson *et al.* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Ciudad del Cabo, 1998, cap. 41, pp. 34-44.

determinada prescripción normativa se limita a imponer obligaciones negativas o abstenciones, mientras que el intento de fundar derechos a partir de establecimiento de obligaciones positivas resultaría conceptualmente imposible o materialmente inviable. De modo que —se dice— aunque una constitución o un pacto de derechos humanos hablen de «derechos» tales como el «derecho a la salud», «derecho a la vivienda», «derecho a la educación» o «derecho al trabajo», estas expresiones no deberían tomarse literalmente, sino sólo en sentido figurado o metafórico.

Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y «naturalista» del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa⁷. Sin embargo, incluso para los pensadores más caracterizados de la economía política clásica, como Adam Smith y David Ricardo, resultaba más que obvia la interrelación entre las supuestas «obligaciones negativas» del Estado, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, y una larga serie de obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual. En Smith, por ejemplo, se asigna al Estado un rol activo en la creación de las condiciones institucionales y legales para la consolidación, funcionamiento y expansión del mercado⁸. Lo mismo cabe señalar con respecto a muchos otros derechos «civiles y políticos»: el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etc.)⁹. Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de «obligación negativa», es decir, los que requie-

7. Carlos Nino califica a esta posición de «liberalismo conservador», aunque aclara que es «más conservador(a) que liberal» («Los derechos sociales», en *Derecho y Sociedad*, Buenos Aires, 1993, p. 17).

8. Cf. al respecto A. Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Nueva York, 1937; L. Billet, «Political order and economic development: reflections on Adam Smith's Wealth of Nations», *Political Studies* 35 (1975), pp. 430 ss.; B. S. Santos, «Sobre los modos de producción del derecho y del poder social», en *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, 1991, pp. 175-178.

9. Cf. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., pp. 97 ss.

ren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares —por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados—, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado¹⁰. Vale la pena repasar mentalmente la gran cantidad de recursos destinados a hacer efectivo, por ejemplo, el derecho de propiedad, a través de la organización de distintos servicios públicos: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera.

En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno¹¹, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a «naturalizar» esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias

10. Cf. al respecto la opinión de C. Nino, «Los derechos sociales», cit., pp. 11-17. En clave económica, el argumento es la tesis central de S. Holmes y C. R. Sunstein, *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-Londres, 1999. Ver también R. Bin, «Diritti e fraintendimenti»: *Ragion Pratica* 14 (2000), pp. 14-25, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 44-45 y R. Plant, «Citizenship, Rights and Welfare», en A. Coote (ed.), *The Welfare of Citizens. Developing new social rights*, Londres, 1992, pp. 15-29. En sentido similar, A. Ruiz Miguel, «Derechos liberales y derechos sociales»: *Doxa* (Alicante) II/15-16 (1994), pp. 659-660.

11. Trujillo Pérez afirma que «(e)n un cierto sentido, la normación relativa a los derechos de libertad y a las instituciones vinculadas con ellos están tan consolidadas en nuestra cultura jurídica que se las considera obvias, aunque no lo sean, como muestra la historia de los derechos» («La questione dei diritti sociali»: *Ragion Pratica* 14 [2000], p. 51).

de grado, más que diferencias sustanciales¹². Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina «derechos-prestación»¹³. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer¹⁴: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente. Discutiremos este punto con más detalle, pero desde ya adelantamos que muchas de las acciones legales tendientes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos. Así, por ejemplo, Contreras Peláez, haciéndose cargo de la imposibilidad de distinción tajante entre ambos tipos de derechos, afirma que «(p)ara los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho»¹⁵.

Es aún posible señalar otro tipo de problema conceptual que hace difícil distinguir radicalmente entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro, subrayando las limitaciones de estas diferenciaciones y reafirmando la necesidad de un tratamiento teórico y práctico común en lo sustancial.

12. Cf. F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21: «No existen, en resumen, obligaciones «negativas» puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos».

13. Cf. F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 17-20; B. de Castro, «Los derechos sociales: análisis sistemático», en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos*, Murcia, 1981, pp. 15-17.

14. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 53-65, donde se sostiene la existencia de «derechos sociales negativos».

15. F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 21.

La concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados «derechos-autonomía» o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados «civiles y políticos» han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único¹⁶. Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios¹⁷. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad. La libertad de empresa y de comercio resultan modalizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven un impacto sobre la salud o el medio ambiente¹⁸. El desarrollo contemporáneo del derecho a la intimidad ha generado la exigencia de medidas estatales vigorosas, destinadas a evitar la potencialidad dañosa de la utilización de tecnologías informáticas¹⁹. En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos²⁰.

Desde el ángulo inverso, la tradicional calificación de los derechos de sindicalización y huelga como derechos sociales también ha generado dificultades teóricas, ya que la distinción obligación negativa/obligación positiva resulta infértil al respecto. Algunos autores consideran que se trata de casos especiales de derechos civiles y políticos, y otros explican su adscripción al catálogo de derechos econó-

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

17. Ver, por todos, T. Bourgoignie, *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, Vitoria, 1994.

18. Cf. S. Felgueras, *Derechos humanos y medio ambiente*, Buenos Aires, 1996.

19. Cf. P. L. Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990; A. E. Pérez Luño, «Los derechos humanos en la sociedad tecnológica», en M. G. Losano y otros, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, 1989.

20. Cf. F. Ewald, *L'Etat Providence*, París, 1985, libro IV. 2. Para un desarrollo más detallado, ver el Apéndice de este capítulo.

micos, sociales y culturales a partir de argumentos históricos, reconociendo que no pueden ser caracterizados esencialmente como derechos que generen obligaciones positivas al Estado.

* Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda²¹. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria²².

En línea con lo dicho, autores como Fried van Hoof o Asbjørn Eide²³ proponen un esquema interpretativo consistente en el señala-

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

22. Para una discusión que permite situar la distinción sobre otros ejes ver, sin embargo, el Apéndice de este capítulo.

23. Eide sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el

miento de «niveles» de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo a la propuesta de van Hoof²⁴, por ejemplo, podrían discernirse cuatro «niveles» de obliga-

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

24. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., p. 99. Ver también de P. Vos, «Pious wishes or directly enforceable human rights?: Social and Economic Rights in South African's 1996 Constitution»: *South African Journal on Human Rights* 13 (1997), pp. 223 ss.; S. Liebenberg, «Socio-economic Rights», cit., pp. 27-44. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue (cf. H. Shue, «Rights in the Light of Duties», en P. G. Brown y D. MacLean [eds.], *Human Rights and the US Foreign Policy*, Lexington, 1979; *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, 1980, y «Mediating Duties»: *Ethics* 98 [1988], pp. 687-704). Pese a alguna diferencia terminológica —la autora habla de distintos «derechos» y no de distintos niveles de «obligaciones»—, las conclusiones de Cécile Fabre son similares (cf. *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 45-49 y 53-57). En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la distinción fue asumida —con alguna corrección, que reduce la enumeración a tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento— en los principales documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general (OG) n.º 3 (1990)

ciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *garantizar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de respetar están fundamentalmente ligadas a obligaciones negativas o de abstención, y las obligaciones de proteger, asegurar y promover involucran un mayor activismo estatal, y por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta. Este marco teórico, entiende van Hoof, refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, pues estos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos. Por ejemplo, señala van Hoof, la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse —mediante la protección policial—, y del pluralismo de la prensa y de los medios de comunicación en general. Paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar o de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado. El argumento permite entender bajo una mejor luz el concepto de interdependencia²⁵ entre am-

«La índole de las obligaciones de los estados partes —párrafo 1 del art. 2 del Pacto—, OG n.º 4 (1991) «El derecho a la vivienda adecuada —párrafo 1 del art. 11 del Pacto—, OG n.º 5 (1994) «Personas con discapacidad», OG n.º 6 (1995) «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad», OG n.º 12 (1999) «El derecho a una alimentación adecuada», OG n.º 13 (1999) «El derecho a la educación», OG n.º 14 (2000), «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»; «Principios de Limburgo» (1986); «Principios de Maastricht» (1997); CIJ, «Declaración y Plan de Acción de Bangalore» (1995); Encuentro Latinoamericano de Organizaciones de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Declaración de Quito» (1998).

25. En el campo del derecho internacional, «(l)a interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los económicos, sociales y culturales ha sido siempre parte de la doctrina de las Naciones Unidas» (H. Steiner y P. Alston, *International Human Rights in Context*, cit., p. 263). Se menciona con frecuencia el discurso del presidente

bas categorías de derechos, al emparentar el tipo de conducta requerida al Estado por uno y otro tipo de derechos: en ocasiones, como veremos en el capítulo 3, la misma conducta estatal puede satisfacer tanto un derecho civil como un derecho social.

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

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

La obligación de *garantizar* el derecho a la alimentación requiere que el Estado adopte medidas en el caso de que algunos miembros de su población acrediten que resultan incapaces de proveerse a sí mismos alimentos en suficiente cantidad y calidad, por ejemplo en casos de emergencia en los cuales el Estado debe agotar hasta el máximo de sus recursos para satisfacer las necesidades alimentarias. La obligación de garantizar el derecho puede cumplirse por ejemplo recurriendo a la ayuda internacional para adquirir mayores recursos (art. 11.2 PIDESC) o implementando una reforma agraria con el fin de mejorar la producción y distribución de los alimentos. Señala el autor que es difícil anticipar en abstracto qué medidas debe adoptar en cada situación un Estado para satisfacer adecuadamente su obligación de garantizar el derecho, pero lo cierto es que el Estado habrá violado

estadounidense Franklin D. Roosevelt en su mensaje de 1944 al Congreso como pionero de la noción de interdependencia: «Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres» (Decimoprimer mensaje anual al Congreso de los Estados Unidos, 11 de enero de 1944, citado en H. Steiner y P. Alston, *op. cit.*, p. 258). Desde el campo de la filosofía del derecho, se afirma que «la libertad *jurídica* para hacer u omitir algo sin la libertad *fáctica* (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido carece de todo valor» y que «bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un 'ámbito vital dominado por ellos' sino que depende esencialmente de actividades estatales» (R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 486-487). En sentido similar, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 9-32.

claramente el precepto cuando en una situación de escasez de alimentos se limite a no hacer nada.

La cuestión de los medios que ha de adoptar el Estado es trasladable a la obligación de *promover* el derecho a la alimentación, pues se trata de medidas de largo alcance que en algunos casos podrían consistir, sostiene van Hoof, en la implementación de programas de adiestramiento de los campesinos con el objeto de mejorar los métodos de producción y la productividad del sector agrícola²⁶.

Por razones puramente convencionales —entre ellas, la adopción por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de un esquema similar al que emplearemos— tomaremos para este trabajo un esquema de tres niveles de obligaciones: obligaciones de *respeto*, obligaciones de *protección*, y obligaciones de *satisfacción* (que incluyen las que van Hoof denomina obligaciones de *garantía* y de *promoción*).

Como puede apreciarse, amén de la aplicación que hace van Hoof al derecho a la alimentación, el esquema de «niveles» de obligaciones es perfectamente aplicable a todo el espectro de derechos, sean éstos clasificados como derechos civiles y políticos, sean clasificados como derechos económicos, sociales y culturales. Gran parte del trabajo de los organismos de derechos humanos y de los órganos internacionales de aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la vida y derecho a la integridad física y psíquica (y correlativas prohibiciones de muerte y tortura) —derechos habitualmente clasificados como civiles y políticos— ha consistido en reforzar los aspectos vinculados con las obligaciones de proteger y satisfacer estos derechos, a través de medidas diversas que van desde la investigación de las prácticas estatales violatorias de estos derechos, el juzgamiento o el establecimiento de responsabilidades civiles o penales a sus perpetradores, la reparación a las víctimas, la modificación de la legislación que establezca fueros especiales para el juzgamiento de hechos de muerte, desaparición y tortura, la modificación de los programas de formación de las fuerzas militares y de seguridad, la inclusión de formas de educación en derechos humanos en los planes de estudio regulares, etcétera.

El debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos exigibles. De acuerdo a esta objeción,

26. Cf. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., p. 99.

la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia «juridicidad» de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. Esta subordinación, denominada «condicionante económico», relativizaría la universalidad de los derechos de marras, condenándolos a ser considerados «derechos de segunda categoría»²⁷.

Cabe repetir que esta objeción parte de la consideración simplista de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta²⁸. Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas. Ahora bien, conviene profundizar esta noción, ya que de su afinamiento dependerá la extensión y alcances de la exigibilidad de uno y de otro tipo de derechos.

En cuanto a las obligaciones negativas, se trata de las obligaciones de abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado. Así, no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de ejercicio del derecho de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación, etcétera.

En cuanto a las obligaciones positivas, conviene establecer algunas distinciones, que nos darán la pauta del tipo de medidas que pueden exigirse del Estado. Con cierto automatismo, suele vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en campos tales como la salud, la educación o el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Las obliga-

27. J. M. Barbalet, *Citizenship, Rights, Struggle and Class Inequality*, Londres, 1988, p. 82; R. Plant, «Needs, Agency and Welfare Rights», en J. D. Moon (ed.), *Responsibility, Rights and Welfare: A Theory of the Welfare State*, Boulder, 1988.

28. Cf., en el mismo sentido, la opinión de Alexy, que aboga por una concepción amplia de las obligaciones positivas del Estado, o bien, de acuerdo a su denominación, «derechos a acciones positivas del Estado». Éstos incluirían los derechos de protección, los derechos a la organización y al procedimiento (que a su vez subclasifica en derechos a la organización en materia de competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos, derechos a la organización en sentido estricto, y derecho a la participación en la formación de la voluntad estatal), y los derechos a prestaciones en sentido estricto (R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419-501).

ciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar el goce de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados²⁹:

«a) Por un lado, algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de *establecer algún tipo de regulación*, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido³⁰. En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada³¹. En este sentido, por ejemplo, si se le quiere dar algún contenido operativo, el derecho a asociarse libremente supone la obligación estatal de dar relevancia o reconocimiento jurídico a la asociación que resulte del ejercicio de dicho derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o

29. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 55-57 y 146-147; J. J. G. Canotilho, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales»: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (1988), p. 247.

30. Alexy afirma que «(u)na acción puede ser imposibilitada jurídicamente sólo si es un *acto jurídico*. Actos jurídicos son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ella son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el *acto jurídico* de la celebración de un contrato, sin el derecho de sociedades no sería posible el *acto jurídico* de fundación de sociedades, sin el derecho matrimonial no sería posible el *acto jurídico* de celebración del matrimonio, sin el derecho procesal, no sería posible el *acto jurídico* de la demanda, y sin el derecho electoral, el *acto jurídico* del sufragio. El carácter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como *acciones institucionales*. Las acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas. Por lo tanto, entre la derogación de estas normas y la imposibilidad de las acciones institucionales existe una relación conceptual» (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 189-190). Nuestro argumento es aquí complementario al de Alexy: las «acciones jurídicas institucionales» no sólo son imposibilitadas cuando se deroga las normas que para ellas son constitutivas, sino también cuando no se las crea. Si la constitución o un pacto de derechos humanos establece derechos cuyo ejercicio depende conceptualmente de la creación de normas, esto implica la obligación estatal positiva de crear estas normas. Alexy retoma el punto cuando trata los derechos acciones positivas, que distingue entre derechos a acciones positivas *facticas*, y a acciones positivas *normativas*. Los derechos a acciones positivas *normativas* son «derechos a actos estatales de imposición de norma». Cf. R. Alexy, *op. cit.*, pp. 194-195.

31. En opinión de Trujillo Pérez, por ejemplo, «(p)ara que un derecho sea accionable es necesaria una intervención del legislador y del Estado organizador de instituciones: ambas condiciones son referibles sea a los derechos de libertad, sea a los derechos sociales, tornándose superflua la distinción entre éstos» («La questione dei diritti sociali», cit., p. 54).

a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar consecuencias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de elegir entre distintos candidatos, lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a partidos políticos y se presenten a elecciones. El derecho a la información implica al menos el establecimiento de una regulación estatal, tendente a asegurar el acceso a información de origen diverso y la pluralidad de voces y opiniones. El derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue alguna virtualidad al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia.

Desde el punto de vista de la lógica deóntica, se trata en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple ausencia de prohibición³². Aún más, la sola creación de una norma permisiva que faculte para celebrar un acto de creación o de incorporación a una institución —verbigracia, de una norma que establezca los requisitos para casarse, para crear un sindicato, una asociación o un partido político, para presentarse como candidato a un cargo, para requerir información pública a los poderes del Estado, etc.— resultaría insuficiente para gozar plenamente de los derechos a los que se alude. El goce de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original. Nuevamente, puede tratarse de nuevas normas permisivas —por ejemplo, la posibilidad de que la asociación celebre contratos, o la posibilidad de que el matrimonio inscriba su vivienda como bien de familia, protegiéndola de posibles ejecuciones, etc.—, de prohibiciones para el Estado —por ejemplo, la imposibilidad de imponer restricciones arbitrarias o discriminatorias en el ejercicio de los derechos mencionados, o bien la prohibición de discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio— o incluso de mandatos para el Estado —obligación de reconocimiento de los candidatos propuestos por los partidos políticos, o de los delegados sindicales.

b) En otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas,

32. Entender muchos de los denominados derechos civiles como mera ausencia de prohibición importa confundir, por ejemplo, la estructura del derecho a asociarse o a contratar con la del derecho a rascarse la cabeza o a mirar el cielo. La enumeración en una constitución de todas las conductas no prohibidas sería absurda, mientras que nos parece sumamente relevante la enumeración de normas que establecen facultades.

o les imponga obligaciones de algún tipo. Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparte esta característica, del mismo modo que la relativamente reciente normativa de defensa del consumidor y de protección del medio ambiente. Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneración ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagadas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de gestión, etc., tendrían poco sentido si fueran exigibles sólo al Estado cuando éste actúa como empleador. Frente a economías de mercado, el contenido de estas obligaciones estatales es el de *establecer una regulación que se extienda a los empleadores privados*. Lo mismo cabe decir con respecto a las normas que regulan las relaciones de consumo y con las referidas al establecimiento de obligaciones ambientales.

En otros supuestos, la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado, de modo que promueva o favorezca el acceso de sectores de menores recursos a bienes tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino a vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas limitaciones no se limitan al campo económico. El derecho de rectificación o respuesta es un buen ejemplo de esto: en estos casos, el Estado establece restricciones al libre uso de un medio periodístico privado, en favor del particular que se siente afectado por la información inexacta o agravante. Del mismo modo, la obligación estatal de asegurar a toda persona «el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora», supone el establecimiento de una regulación que sea imponible a terceros, y no sólo al propio Estado.

c) Por último, el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones. Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público —por ejemplo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción, la previsión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no

pueden pagar un abogado particular, o la organización del sistema educativo público—, la oferta de programas de desarrollo y capacitación, el establecimiento de formas escalonadas públicas/privadas de cobertura —por ejemplo, a través de la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo—, la gestión pública de créditos diferenciales —por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda—, la entrega de subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas, etcétera.

Como puede verse, el complejo de obligaciones que puede abarcar un derecho es sumamente variado. Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas y positivas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas. El capítulo III aportará ejemplos concretos de estas alternativas.

Por último, de acuerdo con algunas posiciones teóricas, las posibilidades de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales superan el marco del Estado y deben situarse en el plano de la cooperación internacional. Más allá de las atendibles razones de esta postura, el marco de este trabajo sigue refiriéndose a las obligaciones concretas que asume el Estado cuando adopta cláusulas constitucionales o un instrumento internacional que consagra derechos económicos, sociales y culturales. Ello, debido a que, aun en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones de este tipo supone una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria³³. Nuestra intención es la de señalar

33. Esta idea resulta también aplicable a los llamados derechos civiles y políticos. La prohibición de la tortura, o el establecimiento de garantías procesales para los imputados, por ejemplo, suponen una autolimitación de la política de persecución penal del estado, que por supuesto puede ser evaluada en términos presupuestarios. Tanto en el caso de los derechos civiles y políticos, como en el de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se impone un catálogo de prioridades en la disposición de fondos presupuestarios, cuyo cumplimiento es perfectamente verificable. Cf. L. Ferrajoli, «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, pp. 19-28.

la necesidad de implementación de formas concretas de exigir el cumplimiento de esta autolimitación por parte del sujeto obligado (el Estado) y por iniciativa de los sujetos beneficiarios (las personas).

1.2. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos³⁴. Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en diversas constituciones y —en el plano internacional— en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho³⁵.

Aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (por ejemplo, si desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho (por ejemplo, del derecho a una alimentación adecuada y a estar protegido contra el hambre —art. 11.1 y 11.2 PIDESC—) como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida³⁶. Considerar plenamente un

34. Hartley Dean denomina este proceso la juridificación del bienestar (cf. «The juridification of welfare: Strategies of discipline and resistance», en A. Kjonstad y J. Wilson [eds.], *Law, Power and Poverty*, Bergen, 1995, pp. 3-27).

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

36. Cf. al respecto la posición clásica de Kelsen: «Tal derecho en el sentido subjetivo sólo existe cuando en el caso de una falta de cumplimiento de la obligación, la sanción que el órgano de aplicación jurídica —especialmente un tribunal— tiene que dictar sólo puede darse por mandato del sujeto cuyos intereses fueron violados por la falta de cumplimiento de la obligación... De esta manera, la disposición de la norma individual mediante la que ordena la sanción depende de la acción —demanda o que-

derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si —al menos en alguna medida— el titular/acreedor está en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho³⁷.

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y es éste quizá el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas cons-

ja— del sujeto frente al cual existe la obligación no cumplida... En este sentido tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja» (H. Kelsen, *Teoría General de las Normas*, México, 1994, pp. 142-143). En nuestros días, y en sentido similar, Ferrajoli afirma que «(e)l segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión» (L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, 2001, p. 917).

37. Alexy recalca la necesidad de distinguir conceptualmente entre el nivel de enunciados sobre derechos (tales como «a tiene un derecho a G») y enunciados sobre protección (tales como «a puede reclamar la violación de su derecho a G a través de una demanda»). Cf. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 180-183. En el mismo sentido, J. J. G. Canotilho, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», cit., p. 252. Es probable que ambos tipos de proposiciones no sean coextensos: tener un derecho parece además connotar un fundamento legítimo para realizar una acción o acceder a un bien, mientras que poder reclamar es sólo un aspecto vinculado con la protección de esa posibilidad. De todos modos, el problema conceptual es el de la relación entre ambos niveles: si el poder de reclamar la protección forma *necesariamente* parte de la noción de derecho. Sin pretender resolver el problema, señalamos que la noción de derecho subjetivo debe comprender al menos algún poder de reclamo. Exigir estipulativamente poder de reclamo en *todo* caso de violación del derecho llevaría a conclusiones paradójicas: ninguno de los derechos estipulados en las constituciones de países occidentales reuniría esta característica. El derecho de propiedad, por ejemplo, que constituye la imagen o modelo alrededor de la cual giran las teorizaciones modernas sobre el derecho subjetivo, sufre restricciones en las posibilidades de reclamo cuando el que afecta el derecho es el Estado: en la tradición administrativa continental, las sentencias contra el Estado sólo tienen efecto declarativo y carecen de ejecutabilidad. Puede enumerarse otras restricciones a la posibilidad de reclamo ante la afectación del derecho de propiedad: insolvencia del deudor, protección de los bienes del deudor por el régimen de bien de familia, situación de emergencia económica, etcétera. Nadie en su sano juicio, sin embargo, negaría al derecho de propiedad el carácter de derecho por estas restricciones.

titucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto.

En opinión de Scheinin³⁸ —en referencia al derecho internacional de los derechos humanos—, entre las razones que dificultan el desarrollo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales hay algunas falsas y otras verdaderas. Entre las razones falsas señala las concepciones que predicen la no justiciabilidad como disvalor inherente a la naturaleza de esta categoría de derechos. Entre las razones verdaderas menciona la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debida principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación.

De lo dicho hasta ahora se desprenden conclusiones que cuestionan claramente la idea de que sólo los derechos civiles y políticos resultan justiciables³⁹. Entendiendo que todo derecho genera al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brinda la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial. El problema remite a una de las discusiones clásicas en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, tiene directa relación con la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho sub-

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

39. Cf., al respecto, el voto separado del juez Piza Escalante, en la OC-4/84, del 19 de enero de 1984, «Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización», de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su punto 6: «[...] la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, 'exigibles directamente por sí mismos', y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, 'exigibles indirectamente', a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos u otros derechos son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva».

jetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal⁴⁰. Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental tradicional surge del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas dadas frente a la posible justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los derechos sociales. Algunas de las facetas que se señalan al respecto están vinculadas con el carácter colectivo de muchos reclamos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales⁴¹, la inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos, o bien la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos idénticos no planteados judicialmente. Aun advirtiendo esta dificultad teórica —que por supuesto genera límites en la justiciabilidad de algunas obligaciones que surgen de derechos económicos, sociales y culturales— es necesario realizar un análisis teórico pormenorizado para deslindar distintos tipos de situaciones en las que la violación de derechos económicos, sociales y culturales resulte corregible mediante la actuación judicial. Cabe agregar, además, que de la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertas obligaciones que tienen como fuente derechos económicos, sociales y culturales no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. El argumento de la inexistencia de acciones idóneas señala simplemente un estado de cosas⁴² susceptible de ser modificado.

40. Ver, al respecto, el lúcido análisis de José Reinaldo de Lima Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito», en J. E. Faria (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994, pp. 114-138.

41. Ver, en sentido similar, la observación de Bujosa Vadell, comentando las *class actions* del orden federal estadounidense: «Aun conscientes de la diversidad de contexto jurídico en el que nos desenvolvemos y con los usuales riesgos del estudio comparativo, consideramos útil un detenido examen del procedimiento regulado en la Rule 23 FRCP, introduciéndolo en el debate español de *lege ferenda* acerca de nuevas e imaginativas soluciones para resolver los conflictos jurídicos en que intervienen masas de afectados, con el objetivo de adaptar los viejos esquemas individualistas a los nuevos tiempos, si bien respetando suficientemente las garantías individuales» (L. Bujosa Vadell, «El procedimiento de las acciones de grupo [*class actions*] en los Estados Unidos de América»: *Revista Justicia* 94/1 [1994], p. 68).

42. Una «laguna» que determina la falta de plenitud del sistema, de acuerdo a la terminología de Ferrajoli («El derecho como sistema de garantías», cit., p. 24). Ferrajoli señala que «(h)ay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos los

Por un lado, como hemos dicho, en muchos casos las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado. Además de algunos de los ejemplos dados, resulta útil recordar que uno de los principios liminares establecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cf. art. 2.2 PIDESC), que de hecho establece importantes obligaciones negativas para el Estado. Este tipo de violaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos. Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a

derechos sociales nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como 'crisis de la capacidad regulativa del derecho'» (*Ibid.*, p. 30).

En sentido similar, refiriéndose al contexto estadounidense, Archibald Cox afirma que «la aceptada filosofía doméstica de los siglos dieciocho y diecinueve en los Estados Unidos impuso al gobierno principalmente el deber de impedir formas extremas de agresión de un hombre contra otro, más allá de lo cual dejó que los hombres solos forjaran su propia salvación espiritual y económica. En la década de 1930 la filosofía política llegó a aceptar en teoría, al igual que en la práctica, el principio de que el gobierno no es un mero policía, sino que tiene obligaciones afirmativas para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos: subsistencia, vivienda, empleos, educación y, más recientemente, atención médica. De algún modo el derecho constitucional debe hacer frente al cambio. A medida que aumenta la dependencia del ciudadano frente al gobierno, se acrecentará también la proporción de casos en los cuales las consecuencias críticas de la libertad humana, la igualdad y la dignidad dependen de lo bien que el gobierno satisfaga sus obligaciones, más bien que de la alternativa de que el gobierno deje al individuo librado a sí mismo. La Corte cumplirá a duras penas su función histórica de proteger al individuo en su relación con el Estado, a menos que puedan adaptarse los derechos constitucionales substantivos y los procesos de fundamentación jurídica constitucional, de manera de retener su vitalidad a pesar de las dificultades que el nuevo medio depara. Éste es el próximo gran desafío del constitucionalismo norteamericano» (A. Cox, *El rol de la Suprema Corte en el gobierno norteamericano*, Buenos Aires, 1980, pp. 118-119).

partir de la limitación de acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulte discriminatoria. En estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios. La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la acción o a la manifestación de voluntad del Estado viciada, obligándolo a corregirla de manera que respete el derecho afectado.

Por otro lado, nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas de protección y satisfacción de los derechos en cuestión. Éste es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las tradicionales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, la sustitución de medidas generales por decisiones *ad hoc* efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdades indeseables, etcétera.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe señalar algunas matizaciones a estas objeciones. En principio, resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho eco-

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

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la falta de producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona, o por el establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la educación o a la vivienda, o en el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social. La habilidad del planteo radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho económico, social y cultural, sobre el goce de un derecho civil y político. Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de *derechos o intereses individuales homogéneos*⁴³, las numerosas decisiones judiciales indivi-

43. Cf. Código Brasileño de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/90), art. 81. Ver, al respecto, A. H. Benjamin, «A insurreição da aldeia global contro o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do medio ambiente e do

duales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en el próximo párrafo.

En tercer lugar, aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tanto en el caso del párrafo anterior —pluralidad de decisiones judiciales individuales que resulten ejecutables— como en el de este párrafo —decisiones judiciales que declaren el incumplimiento de la obligación del Estado en determinada materia, y que eventualmente comuniquen la decisión a los poderes políticos— las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de lobby o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo de Lima Lopes, «el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre»⁴⁴. No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos⁴⁵. Ahora bien, uno de los

consumidor», en E. Milaré *et al.*, *Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*, San Pablo, 1995, pp. 96-98; P. T. Brandão, *Ação Civil Pública*, Florianópolis, 1998, pp. 96-99.

44. J. Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais...», cit., p. 136.

45. Limitados, pero no imposibles. La vasta experiencia judicial estadounidense en materia de desegregación racial del sistema educativo público, y de administración de hospitales psiquiátricos y prisiones a efectos de lograr un funcionamiento compatible con los derechos constitucionales, ofrecen ejemplos de estos casos-límite de activismo judicial. Evidentemente, el activismo judicial es motivado por la gravedad de la violación a los derechos en cuestión. Ver, como ejemplo de estos casos, *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp 373 (M. D. Ala 1972). Para un recuento no ingenuo de la imposición judicial de deberes afirmativos de amplísimo alcance al gobierno en el contexto estadounidense, ver A. Cox, *El rol de la Suprema Corte en el gobierno norteamericano*, cit., caps. III y IV. Después de señalar las dificultades a las que se enfrenta

sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se recuerde a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que «comunique» a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. La lógica de este proceso es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos en materia de recursos ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocimiento y reparación de la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar el incumplimiento. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es «puesto en mora» por el Poder Judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Por último, y como ya lo hemos adelantado, algunas objeciones dirigidas contra la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales son circulares, ya que lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales —surgidos en el contexto de litigios que tenían como medida el interés individual, el derecho de propiedad y una concepción abstencionista del Estado— resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos. Ya hemos dicho que en muchos casos puede reconducirse la exigencia de derechos

el Poder Judicial para llevar a cabo la imposición de obligaciones positivas de gran escala, Cox concluye: «Lejos estoy de sugerir que la decisión en los casos de desegregación escolar fue errónea, aun en el sentido más técnico. El haber adherido a la doctrina «separados pero iguales» hubiera sido ignorar no sólo la revolución que sacude al mundo, sino el sentido moral de la civilización. La ley debe ser obligatoria, aun en el tribunal más elevado, pero también debe contemplar las necesidades de los hombres y armonizar con sus sensibilidades éticas. El dilema estriba en la raíz de la jurisprudencia anglo-americana. Siempre hubo ocasiones en las que los tribunales, para plasmar la ley según estos objetivos, han tenido que pagar el precio de revelar que los jueces a veces logran que la ley se adapte y ajuste a la ocasión. Tampoco debemos olvidar que de no pagar ese precio hasta puede frustrarse el objetivo de obtener anuencia voluntaria, porque la ley, para imponer acatamiento, debe merecerlo» (*Ibid.*, pp. 132-133).

económicos, sociales y culturales al reclamo de derechos civiles y políticos, y en estos casos los mecanismos procesales tradicionales resultan al menos parcialmente adecuados. Ahora bien, la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, sino que —como se ha dicho— más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos⁴⁶. Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, la acción civil pública y los *mandados de segurança* y de *injunção* brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esa tendencia. Cabe agregar además que otra fuente de supuestas dificultades en la promoción de acciones que intentan poner de manifiesto el incumplimiento del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales radica justamente en los privilegios con los que cuenta el Estado cuando es llevado a juicio, privilegios que no serían admisibles si se plantearan cuestiones similares entre particulares. De modo que, lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de accio-

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

nes capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos.

En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna* característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación⁴⁷. En palabras de Alexy:

Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución⁴⁸.

1.3. Apéndice: ¿Tiene algún sentido mantener la categoría de «derechos sociales»?

Si, como venimos sosteniendo, la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales no puede fundarse sobre argumentos de orden lógico-deontológico, ni sobre la presencia o ausencia de características tales como la exigibilidad judicial, cabe preguntarse entonces si mantener la distinción tiene algún sentido, o bien, dicho de otro modo, si existe algún factor que permita justificar la distinción. En nuestra opinión, la distinción sólo es útil en la medida en que refleja la operación de dos paradigmas⁴⁹ o matrices político-ideológicas diferentes de regu-

47. Cf., para el caso del derecho a la salud, V. Leary, «Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y derecho a la salud»: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* 55 (1995), pp. 91-110, con interesante citas jurisprudenciales.

48. Cf. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 497.

49. El uso de la noción de paradigma o matriz disciplinaria está inspirado en la noción desarrollada por Kuhn para las ciencias naturales (cf. Th. S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1971). Hemos empleado la noción, refiriéndola al derecho, en V. Abramovich y C. Courtis, «Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo»: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 22 (1994), pp. 54-63. En sentido relativamente similar utiliza el término Jürgen Habermas, en *Facticidad y validez* (Madrid, 2001, cap. IX, «Paradigmas del derecho»), definiéndolo como las «imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho, o, dicho en términos generales, dan una orientación al proyecto de realización de esa asociación de miembros libres e iguales que es la comunidad jurídica» (*Ibid.*, p. 473).

lación jurídica, y permite, además, situar en un contexto histórico la forma en que han sido conceptualizados y positivizados los diversos derechos. Dedicaremos este apéndice a analizar sumariamente algunas líneas descriptivas que permitan diferenciar estos paradigmas de regulación.

Para empezar, es conveniente efectuar algunas aclaraciones metodológicas. El intento de descripción de dos paradigmas o matrices disciplinarias de regulación jurídica supone la tarea de delinear dos tipos ideales, útiles —creemos— a efectos analíticos y explicativos, pero que no pretenden captar de modo exhaustivo la enorme complejidad de la realidad histórica y normativa de todos los países en los que ha operado la distinción entre derechos civiles y derechos sociales. La utilidad está dada por la posibilidad de captar rasgos característicos que dan sentido al empleo de los distintos términos —civil, social— en ejemplos paradigmáticos, pero por supuesto resulta posible encontrar ejemplos de regulación jurídica de derechos en los que coexisten rasgos de las dos matrices disciplinarias, o frente a los cuales la fertilidad explicativa de los dos tipos ideales es escasa. Esto no debería causar mayor alarma epistemológica: la realidad —aun la de entes convencionales tales como las normas jurídicas y el empleo de términos o clasificaciones— resulta con frecuencia mucho más rica, variada, multiforme y contradictoria que las categorías analíticas que inventamos para ordenarla. Suponer que actividades tales como la sanción de normas legales y la creación de categorías jurídicas siguen un patrón unívoco de racionalidad, cuando dependen de la interacción sucesiva de una multiplicidad de actores, de factores político-ideológicos y de intereses y motivaciones no necesariamente racionales, constituye un error evidente. Sin embargo, esta aseveración no resta sentido al esfuerzo por encontrar algunas regularidades en el empleo común de un término y describir las notas características y los presupuestos de esas regularidades. En ciencias sociales, la evaluación del rendimiento de una categoría teórica no debería depender de su capacidad para explicar de manera *absoluta* un fenómeno —en nuestro caso, el empleo de la clasificación derecho civil/derecho social—, sino de su potencialidad para explicarlo de manera más o menos completa. Esto, sin embargo, en términos de rendimiento, es mejor que renunciar a toda explicación —y afirmar, por ejemplo, que el uso de la clasificación no responde a ningún patrón y es completamente arbitrario.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que el intento de explicar teóricamente el uso de un término debe al menos dar cuenta histórica de los rasgos fundamentales de su uso *pasado*: aunque esta-

blecer estipulativamente las condiciones de «uso correcto» de un término *ex nunc* resulte permisible desde el punto de vista lógico, el rendimiento teórico de esa estipulación será pobre si deja de lado los ejemplos históricos más relevantes de uso de ese término. Por ejemplo: si la estipulación de las condiciones de empleo del término «derecho social», fundada en razones analíticas, deja de lado la positivización histórica de las normas de derecho laboral, por más irreprochable que sea desde el punto de vista lógico, será seriamente deficiente desde el ángulo de su capacidad de explicación retrospectiva. Dicho en otros términos: la potencialidad explicativa de un tipo ideal está indudablemente relacionada con la posibilidad de captar o dar cuenta de los rasgos relevantes de tipos históricos. El notorio apartamiento del empleo histórico de un término constituye un indicio de inadecuación de la estipulación analítica que se haga. Esto importa, por lo menos, la necesidad de elaborar categorías analíticas que tengan en cuenta, por ejemplo, el sentido en que se ha hablado históricamente de constitucionalismo social, de ramas del derecho social, de tribunales en lo social, o la distinción entre pactos internacionales de derechos civiles y pactos de derechos sociales, etcétera.

La noción de paradigma de regulación jurídica es una construcción que intenta explicar un conjunto de soluciones técnico-jurídicas a partir de la asunción de una determinada teoría de las funciones que debe asumir el Estado, y de una teoría acerca de las vinculaciones entre individuo y sociedad. Es evidente que la construcción de tipos ideales no puede ser más que una generalización gruesa, que permite explicaciones a grandes rasgos a costa de sacrificar matices y particularidades. La exposición de la asunción de una teoría del Estado y de una teoría de las relaciones entre individuo y sociedad no puede ser, en este contexto, más que un boceto elemental, referido a aspectos que definen de manera sumamente general los aspectos más notorios de esas teorías, sin pretender en absoluto dar cuenta de la gran riqueza de formulaciones teóricas particulares en las que se funda aquella abstracción. Con todos estos resguardos, creemos, sin embargo, que la generalización es útil, al menos para dar cuenta de fenómenos tales como el surgimiento histórico de nuevas ramas del derecho, de nuevos espacios de autonomía académica, o de nuevas soluciones técnico-jurídicas ante una percepción distinta de las necesidades de regulación de ciertas áreas de la vida social.

Pues bien, dicho esto, pasamos a la descripción de dos paradigmas o modelos distintos de regulación jurídica, que denominaremos respectivamente modelo del «derecho privado clásico» y modelo del «derecho social». Históricamente, el primero abstrae los rasgos más

notorios de la codificación civil continental europea, y del establecimiento de la doctrina contractual clásica del derecho anglosajón, en los siglos XVIII y XIX. El segundo pretende captar los aspectos definitorios de un ciclo iniciado en Europa con la modificación de las reglas que regían los accidentes de trabajo y la contratación laboral, a fines del siglo XIX, y completado progresivamente con la tecnificación de la intervención estatal en campos tales como la educación, la salud y la seguridad social, durante gran parte del siglo XX.

¿Cuáles son los rasgos que caracterizan el tipo de regulación jurídica del *modelo del derecho privado clásico*? Se trata de la transcripción en términos jurídicos de los presupuestos y prescripciones de la economía política clásica, de modo que no es difícil reconocer en las construcciones jurídicas positivizadas a partir de ese modelo la teoría liberal acerca de las funciones del Estado y la teoría sobre las relaciones entre individuo⁵⁰ y sociedad típicas de aquella formulación. Así, por ejemplo, pueden anotarse brevemente:

- la unidad de análisis de la acción humana es individual;
- se presume la racionalidad del sujeto actuante, y su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él;
- se postula que el mercado es el mejor mecanismo de creación de riqueza y de asignación de factores económicos;
- la sociedad se considera en equilibrio o en situación de estabilidad. La desestabilización o el desequilibrio causados voluntariamente requerirán mecanismos de re-equilibrio;
- las funciones que se asignan al Estado son el mantenimiento de un marco legal e institucional confiable, que fomente la previsibilidad de las transacciones, la protección de la situación de equilibrio, y su restablecimiento en los casos en los que la modificación se haya producido través de mecanismos no permitidos.

Traducidos a términos jurídicos, estos presupuestos generan:

- la construcción de sujetos de derecho individuales;
- la equivalencia de los sujetos de derecho, expresada en nociones tales como la igualdad formal ante la ley y la igualdad de las partes contratantes;
- la consagración del principio de autonomía de la voluntad, y del contrato como mecanismo válido para intercambiar bienes y servicios; en un escalón similar, el establecimiento de factores personales y subjetivos de asignación de responsabilidad civil, tales como el dolo y la culpa;

50. Cf. R. Lo Vuolo, «Economía política del Estado de Bienestar: mitología neoliberal y keynesianismo populista», en E. Isauni, R. Lo Vuolo y E. Teti Fanfani, *El Estado benefactor. Un paradigma en crisis*, Buenos Aires, 1991, p. 34.

- la limitación de las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas (legislación), protección de bienes jurídicos individuales y de las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad, defensa) y al restablecimiento del equilibrio económico ante la producción ilícita de daño o el incumplimiento de lo pactado contractualmente (justicia civil) y, en los casos de afectaciones más graves, la imposición de sanciones penales (justicia penal);
- el diseño de acciones procesales individuales, en las que la medida de la legitimación es la afectación individual de derechos.

Presentado este modelo, resulta más fácil comprender cómo se adecua la construcción de los llamados derechos civiles (o derechos de libertad o de autonomía) a su entramado. La elaboración técnica de las posiciones jurídicas individuales tradicionalmente denominadas derechos civiles responde a la necesidad de configurar jurídicamente un espacio autónomo de actuación, en el que la interferencia estatal en las decisiones adoptadas por los individuos sea mínima. Aunque aquel espacio involucre ámbitos variados de actuación —desarrollo de la personalidad, relaciones afectivas, cultura, política, religión, expresión de ideas, arte, ocio, etc., y no sólo la economía—, dada la hegemonía en este modelo del papel del mercado, gran parte de la construcción jurídica de la noción de derecho subjetivo y de su protección jurisdiccional giró alrededor del aseguramiento de derechos patrimoniales⁵¹. Este entramado asigna, claro está, preeminencia al contrato como técnica de distribución e intercambio de bienes. Lo que resulta relevante destacar es que, tematizada desde este esquema, la regulación de cualquier área de interacción humana tiende a poner énfasis en el papel que juega la voluntad individual en la realización del derecho⁵². De este modo, los derechos quedan configurados como

51. Esto explica, por ejemplo, las dificultades de tratamiento jurídico de bienes no patrimoniales, tales como la vida, la libertad de conciencia, la libertad religiosa o los denominados derechos personalísimos. El intento de tematizar estos bienes a través de la red conceptual del derecho privado clásico consiste generalmente en la traducción de su afectación a términos de rendimiento económico —«pérdida de *chance*», «frustración del plan de vida», «lucro cesante», etcétera—, que evidentemente captan de modo muy limitado la riqueza teórica y filosófica que subyace a aquéllos. Ver sobre el punto las agudas reflexiones de Juan Ramón Capella, «Límites de la democratización capitalista», en *Los ciudadanos siervos*, Madrid, 1993, pp. 71-77. En sentido similar, P. Barcellona, *El individualismo propietario*, Madrid, 1996, pp. 55-66. Ver también el análisis de Jose Reinaldo de Lima Lopes sobre las vinculaciones entre la noción de derecho subjetivo, la noción de propiedad y la concepción tradicional de la noción de legitimación procesal en «Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito», cit., pp. 116-124.

52. Cf. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 483: «Esta 'sociedad de derecho privado' estaba cortada a la medida de la autonomía de sujetos jurídicos que, sobre

libertades o facultades: libertad de aprender y enseñar, libertad de conciencia, libertad de trabajar, libertad religiosa, libertad de expresión, libertad ambulatoria, libertad de actuación salvo existencia expresa de prohibición (penal, por ejemplo), libertad de formar una familia, etc. No resulta extraño, en este contexto, que el valor resaltado por este modelo sea el de la libertad⁵³.

Vale volver a decir aquí que el modelo *no* se define por el carácter de las obligaciones del Estado: la tarea de definición de los derechos, su protección y su reestablecimiento en caso de violación supone obligaciones positivas del Estado, y en todo caso injerencia, actividad estatal, no sólo abstención. Sin embargo, de donde se excluye (tendencialmente, claro) al Estado en este modelo es de la posibilidad de tomar decisiones que desplacen a las decisiones individuales o que afecten bienes sujetos a decisión individual⁵⁴.

El modelo del *derecho social* no es un modelo que sustituya completamente al modelo del derecho privado clásico, sino un modelo correctivo de lo que se consideran disfunciones de este último⁵⁵. La articulación de este modelo se funda, por un lado, en la modificación o sometimiento a crítica de algunos de los presupuestos y postulados del modelo del derecho privado clásico —sin, por ello, desbancarlos completamente—. Esto es notorio, por ejemplo, en el campo de los presupuestos de la teoría de la sociedad y de las relaciones sociedad-individuo⁵⁶. Por otro lado, se señalan las limitaciones de los mecanis-

todo en su papel de participantes en el mercado, habrían de buscar su bienestar y encontrarlo a través de una persecución lo más racional posible de sus propios intereses».

53. Cf. F. von Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I (*Normas y orden*) Madrid, 1978, y vol. III (*El orden político de una sociedad libre*), Madrid, 1982, y el influyente ensayo de Isaiah Berlin, «Dos conceptos de libertad», en *Íd.*, *Libertad y necesidad en la historia*, Madrid, 1974, pp. 133-182.

54. Tampoco es ésta una cuestión exenta de problemas de interpretación, en la medida en que la noción de decisión individual no es un «objeto natural» y también precisa ser definida —de modo que en este modelo son comunes las discusiones sobre qué signo debe tomarse como expresión de una decisión, o cuándo debe tomarse una decisión por definitiva, cuál es la manifestación que debe tomarse por verdadera ante signos contradictorios, etc.—. Cf. R. W. Gordon, «Cómo descongelar la realidad legal: una aproximación crítica al derecho», en C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, 2001, pp. 364-366.

55. Cf. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 483: «El modelo del Estado social (o modelo del derecho ligado al Estado social) surgió de la crítica reformista al derecho formal burgués». Ver, en el mismo sentido, F. Ewald, «El concepto de derecho social»: *Revista Contextos* 1 (1999), p. 101-134; *Histoire de l'État providence. Les origines de la solidarité*, Paris, 1999, y la reconstrucción histórica de José Luis Monereo en *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, 1999, cap. 1.

56. Cf. F. Ewald, «El concepto de derecho social», cit., p. 102: «Lo que convierte al viejo sistema legal [el derecho privado clásico] en uno nuevo [el derecho social] es la

mos del derecho privado clásico, sosteniéndose la necesidad de intervención estatal cuando el funcionamiento del mercado no garantice resultados aceptables⁵⁷. La construcción de este modelo jurídico es uno de los vehículos a través de los cuales se realizan las funciones del Estado social, Estado de bienestar o Estado providencia. Sumariamente, podemos apuntar entre los postulados que informan el modelo de derecho social:

—la introducción en el análisis de la acción humana de la dimensión colectiva. Esta dimensión incorpora conceptos analíticos colectivos —como los de clase social, grupo, etnia, raza, género— y la idea de mediación social de toda acción individual y de toda interacción humana;

—el señalamiento de límites a la racionalidad del sujeto actuante, y a su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él. Estos límites estarían marcados por diversos factores: la constatación de motivaciones irracionales en los seres humanos, su voluntad cambiante, el efecto de presiones colectivas, la falta o el carácter incompleto de la información disponible, la diferencia de poder de los sujetos interactuantes, la necesidad, la coacción, etc.;

—la generación de riqueza deja de ser el único factor de análisis de resultado económico. A ella se agregan otros factores, tales como la igualdad y la equidad. De manera que la intervención en el mercado puede justificarse a partir de otros valores;

—la sociedad se considera en estado de conflicto permanente: esto genera mecanismos de negociación y tregua precaria que se renuevan constantemente;

manera de pensar sobre las relaciones del todo y sus partes, sobre las relaciones mutuas de los individuos, sobre el conjunto en que se establece a partir de allí, en síntesis, la manera en que se concibe el contrato social. Mientras el contrato clásico era analizado como una relación inmediata entre individuos autónomos y soberanos, de la cual surgía un Estado con poderes limitados a garantizar los contratos celebrados sin su concurrencia, en el concepto de contrato del derecho social el todo tiene una existencia propia independiente de las partes —ya no se trata del «Estado», sino de la «sociedad»— y las partes nunca asumen obligaciones directamente, sin pasar por la mediación del todo. El término «socialización» designa esta forma de concebir las obligaciones, en la que el nexo entre uno y otro individuo siempre es mediado por la sociedad que forman, la que juega un papel regulatorio, mediador y redistributivo».

57. Ver al respecto M. J. Añón, «El test de la inclusión: los derechos sociales», en A. Antón (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, 2000, pp. 148-191. La autora sostiene que «el debate sobre los derechos sociales y la ciudadanía nos conduce hacia uno de los presupuestos tácitos de estos derechos. Me refiero a la aceptación de la responsabilidad por las necesidades del bienestar de los ciudadanos. Esta idea, ciertamente, supone plasmar a través de políticas sociales un principio de justicia distributiva: a cada cual según sus necesidades» (*Ibid.*, pp. 152-153).

—las funciones que se asignan al Estado se multiplican: el Estado asume la regulación política de la economía, y toma a su cargo la decisión acerca de qué áreas de la interacción humana quedarán libradas al funcionamiento del mercado, y qué áreas quedarán parcial o totalmente desmercantilizadas. La orientación de esta acción estatal se dirige a redistribuir o estabilizar ingresos, haciendo accesibles bienes y servicios a sectores de la población desfavorecidos por el mercado: el Estado pretende así equiparar o compensar desigualdades sociales que se consideran indeseables⁵⁸. Típicamente, el Estado desmercantiliza⁵⁹ o interviene áreas que se juzgan esenciales para el mantenimiento de estándares mínimos de vida para todo ser humano: trabajo, salud, educación, transporte, vivienda, consumo, medio ambiente, etc.⁶⁰. En una fase más cercana a nuestros días, el Estado ha incorporado otras funciones inspiradas en una orientación similar, como la de proteger las diferencias que se estiman valorables y promover el acceso de grupos sociales históricamente postergados a instituciones o actividades en los que estuvieran subrepresentados⁶¹.

Traducidos a términos jurídicos, estos presupuestos generan:

—la introducción de dimensiones colectivas en el derecho: entre ellas, la construcción de sujetos de derecho colectivos (tales como sindicatos o asociaciones de consumidores) y la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas, que desplazan a las individuales (como los convenios colectivos de trabajo), o bien la construcción de categorías colectivas o grupales (trabajador/empleador, consumidor/profesional, beneficiario de un servicio social, miem-

58. En términos de Mazziotti, «función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales» (M. Mazziotti, «Diritti sociali», en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1964, p. 804).

59. La introducción del término se debe a Karl Polanyi (*La gran transformación*, Madrid, 1997); G. Esping-Andersen, *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Valencia, 1993, pp. 57-80; R. Titmuss, *Política social*, Barcelona, 1980, pp. 62-80.

60. Para un análisis comparado de la juridificación de las relaciones de trabajo y de las relaciones de consumo de acuerdo al modelo del derecho social, cf. V. Abramovich y C. Courtis, «Los anillos de la serpiente...», cit., pp. 54-63.

61. Sobre las continuidades y rupturas de la intervención estatal a favor de la redistribución de recursos y la intervención a favor del reconocimiento y promoción de la posición de grupos desaventajados, vale la pena repasar el debate entre autoras feministas como Iris Marion Young y Nancy Fraser: cf. I. M. Young, *La justicia y la política de la diferencia*, Valencia, 2000, y «Vida política y diferencia de grupo: una crítica al ideal de ciudadanía universal», en C. Castells (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, 1996, pp. 999-126; N. Fraser, *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición «postsocialista»*, Bogotá, 1997, caps. 1 y 8; ver también M. J. Añón, «Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías», en F. J. Lucas Martín (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, 1999, pp. 43-118.

bro de un grupo vulnerable, etc.), de cuya pertenencia depende el tratamiento jurídico recibido;

—la consideración de desigualdades materiales, de poder político y económico y de información entre distintas clases de sujetos de derecho, juridificada a través del trato desigual de sujetos ubicados en distintas posiciones. Consecuentemente, se generan principios de interpretación (como los principios *favor operari* y *favor consumatori*) y reglas procesales (como la inversión de la carga probatoria acreditado el daño en la relación laboral, o el establecimiento de presunciones procesales a favor de la parte considerada más débil) acordes con ese tratamiento desigual;

—el establecimiento de limitaciones al principio de autonomía de la voluntad. Los mecanismos típicos del derecho social en esta materia son varios: el establecimiento de mínimos de interés público indisponibles por los individuos, fundados en la necesidad de protección de valores tales como la salud, la seguridad, la dignidad (por ejemplo, el llamado «orden público laboral» o el «orden público de consumo»), la nulidad de cláusulas contractuales consideradas abusivas o engañosas, el control estatal (*a priori* y *a posteriori*) de la oferta pública de bienes y servicios, etc.;

—el desplazamiento o limitación del ámbito de actuación de mecanismos contractuales, o su sustancial regulación estatal. La desmercantilización se expresa en términos jurídicos en el avance del derecho público sobre el área en cuestión, generalmente a partir de la organización de un servicio público, de la regulación estatal de los ámbitos librados a la gestión privada, o del establecimiento de agencias de regulación. En esta tendencia, el Estado asume funciones de promoción de las oportunidades de grupos sociales desaventajados o históricamente postergados en ámbitos tales como el acceso al trabajo, la educación y la actividad política. Estas funciones se juridifican a través de medidas proactivas: por ejemplo, el establecimiento de cuotas, de criterios de preferencia o de incentivos fiscales, o exigencias de adecuación, aplicables en el ámbito público, en el de las relaciones del Estado con contratistas particulares, y aún en el de las relaciones entre particulares;

—la modificación de los criterios de asignación de responsabilidad civil: la generación de riesgo y la necesidad de establecer criterios sociales de distribución del costo de los daños llevan a la elaboración de la noción de responsabilidad objetiva, independiente de factores subjetivos;

—la ampliación de las funciones estatales: el Estado agrega nuevas áreas permanentes de injerencia, a través de su gestión directa, de

funciones de regulación y control, de la tutela de bienes colectivos o de su actuación como mediador/pacificador en ámbitos de negociación y de conflictos colectivos. Dado que estas áreas resultan juridificadas a partir de principios distintos a los del derecho privado clásico, se diversifican también las funciones de la Justicia, que amplía así sus esferas de actuación a la solución de conflictos que surgen de la aplicación de regímenes jurídicos especiales (como los de trabajo, consumo, etc.), y al control judicial de la actividad administrativa en las áreas desmercantilizadas;

—la incorporación de acciones procesales colectivas o transindividuales, en las que el actor legitimado representa intereses grupales o invoca la tutela de bienes colectivos (tales como las *class actions*, el amparo colectivo, la acción civil pública, las acciones colectivas de las asociaciones de consumidores, etc.).

Resumiendo algunos de estos rasgos, Ewald caracteriza al derecho social por:

a) ser un *derecho de grupos* y no de individuos. El individuo goza de sus beneficios sólo en la medida de su pertenencia a un grupo; se trata de un derecho del individuo situado o calificado;

b) ser un *derecho de desigualdades*, que pretende constituirse en instrumento de equiparación, igualación o compensación. Se trata de un modelo jurídico que tiende a concebir las relaciones legales como estructuralmente desigualitarias, rechazando la concepción del contrato en términos de equilibrio de las prestaciones, autonomía de la voluntad o protección del consentimiento;

c) hallarse ligado a una *sociología*, orientada a señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a las distintas clases o grupos sociales, cuáles son las necesidades o aspiraciones de esos grupos, etc. Esta orientación sociológica desplaza a la filosofía o a la moral, fundamento de derecho privado clásico⁶².

Repasados los rasgos de este modelo de derecho, se hace aparente que los llamados «derechos sociales» son fruto del intento de elaboración técnico-jurídica de posiciones jurídicas subjetivas (individuales o colectivas) configuradas en consonancia con la lógica de este paradigma. Ciertamente, un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos moldeados a partir del modelo de derecho social es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de disparidad —sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos⁶³, mejores oportunidades a grupos sociales pos-

62. F. Ewald, *L'Etat providence*, cit., pp. 451-452; cf. también «Le droit du travail: une légalité sans droit?»: *Droit Social* 11 (1985), pp. 723-728.

63. Cf. A. Baldassarre, «Diritti sociali», en *Enciclopedia giuridica* XI, Roma, 1989,

tergados, o de compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares—. De ahí que el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica⁶⁴.

Al respecto, cabe efectuar varias reflexiones. En primer lugar, dada la gran diversidad de funciones que el modelo de derecho social requiere del Estado, el tipo de posición subjetiva que pueda surgir de las distintas formas de intervención reviste también una enorme variedad: tanto el derecho individual a obtener una prestación médica del Estado, como el derecho del sindicato a realizar una huelga, como el derecho de los consumidores al control estatal de cláusulas abusivas frente a la oferta masiva de un producto, como el derecho del género femenino de ampliar su participación en la vida política, etc., son manifestaciones técnico-jurídicas de ese modelo y, sin embargo, su heterogeneidad deóntica y de contenido es palmaria. En este sentido, el uso de la categoría de «derechos sociales» apenas informa sobre la correspondencia de una solución técnico-jurídica a un modelo jurídico-político, pero no mucho más. El valor informativo del término no pasa de señalar un cierto aire de familia, pero difícilmente sirva para esclarecer la estructura deóntica de un variopinto conjunto de construcciones jurídicas muy distintas entre sí. Los derechos a prestaciones son sólo un ejemplo de estas construcciones, pero no el único y, en muchas áreas —como por ejemplo, el derecho de consumo, o el derecho antidiscriminatorio— ni siquiera el más importante.

Por otro lado, es evidente que la ampliación de funciones del Estado en el contexto del modelo de derecho social no necesariamente se ha traducido técnicamente en la configuración de derechos subjetivos según el modelo elaborado alrededor del paradigma del derecho privado clásico. En muchos casos, el Estado ha asumido esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización cuyo efecto social y económico no se asigna particularmente a sujetos, sean éstos individuales o colectivos. Sin embargo, tampoco hay en la naturaleza del tipo de intervención estatal que

64. «La justificación teórica de los derechos sociales [radica] en el concepto de *liberación de determinadas formas de privación* y, por ende, su finalidad es la realización de la igualdad o, más precisamente, una síntesis entre libertad e igualdad».

64. Cf. M. J. Añón, «El test de la inclusión: los derechos sociales», cit., p. 153: «(U)na de las cuestiones más debatidas en este contexto es la articulación del principio de igualdad. Así, la atención de acuerdo con las necesidades y la articulación del principio de igualdad de oportunidades han afectado y afectan tanto a los equilibrios sociales como a la justicia social. Unido a ello, el principio de igualdad sustancial o material [...] enuncia una regla anti-abstencionista que impone remover los obstáculos que de hecho impiden ser iguales a los sujetos en condiciones dadas».

caracteriza al derecho social ningún «defecto» que impida elaborar derechos subjetivos reclamables individual o colectivamente. Lo que sucede en muchos casos es que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad las prestaciones o intervenciones que las constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos⁶⁵. En estos casos, no hay ninguna imposibilidad conceptual o fáctica de construir derechos sociales tutelables judicialmente⁶⁶: tomarse en serio una constitución o un pacto de derechos humanos que consagran derechos sociales, si uno asigna a estos instrumentos no sólo valor normativo, sino un valor normativo supremo, destinado a limitar e imponer obligaciones a los poderes públicos, importa justamente reclamar esa construcción y no —como hacen muchos juristas— leer en el término «derecho», cuando se trata de derechos sociales, una expresión figurada o metafórica, tesis que sin embargo no sostendrían cuando se trata de interpretar derechos civiles.

Otro punto a comentar está dado por el uso del término derecho subjetivo. Aunque, como dijimos, el contexto político-ideológico que culminó en la articulación técnica de esta noción, y en la elaboración de garantías judiciales de tutela, asumió como imagen-modelo el derecho de propiedad, nada impide tomar conciencia de las limitaciones generadas por ese contexto, y adaptar la construcción a las particularidades de otras necesidades de regulación, como por ejemplo, la dimensión colectiva de algunos conflictos o reclamos, o las peculiaridades de una condena que establece obligaciones de hacer. Y es que estas particularidades no son lo suficientemente importantes como para requerir el abandono del uso de un término cuyas connotaciones más importantes —tales como la legitimidad de la reivindicación y el poder de reclamo ante una autoridad imparcial en caso de incumplimiento— se pretende preservar.

Esta observación nos lleva a otra cuestión que también es importante remarcar: como ya a esta altura debe haber quedado claro, la

65. Cf. L. Ferrajoli, «Estado social y Estado de derecho», en *Garantismo y filosofía del derecho*, Bogotá, 2000, pp. 65-91. Una lectura posible del actual intento de desmantelamiento de los Estados de bienestar desde esta perspectiva pondría énfasis no sólo en la reducción de servicios sociales, sino también en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política social respectiva. Una clara manifestación de esta precarización es el paso de políticas sociales universales, fundadas en el reconocimiento de derechos subjetivos, a programas sociales focalizados y transitorios, fundados en la intervención discrecional del poder público. Ver, al respecto, R. Lo Vuolo, A. Barbeito, L. Pautassi y C. Rodríguez, *La pobreza... de la política contra la pobreza*, Buenos Aires, 2000, pp. 191-202.

66. De hecho, muchos de ellos, en especial los vinculados con la relación de trabajo, han sido elaborados de ese modo.

no exhaustividad —y, más aún, la relativa plasticidad— de los rasgos que caracterizan a los modelos de derecho privado clásico y derecho social, y de las nociones de «derechos civiles» y «derechos sociales», hacen que resulte en cierto modo estéril intentar encorsetar en estas categorías algunos principios y garantías, de los que además se derivan derechos. Por ejemplo, gran parte de los elementos componentes de la denominada garantía del «debido proceso», como el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el principio procesal de igualdad de armas o el derecho a producir prueba de descargo, difícilmente puedan adscribirse con mayor sentido a uno de esos modelos. A lo sumo, puede destacarse algún rasgo típico de un modelo ante soluciones procesales específicas —por ejemplo, el principio interpretativo *favor operari*, la inversión de la carga probatoria en la hipótesis de sobrefacturación en materia de servicios públicos domiciliarios o el derecho a asistencia letrada proporcionada por el Estado en caso de imposibilidad de costear los servicios de un abogado ante una acusación penal, parecen responder a principios explicativos más acordes con el paradigma del derecho social—. Aun a riesgo de ser excesivamente genérico, puede decirse que muchos derechos de corte instrumental, como las garantías procesales, o el derecho a la información, o bien aquellos derechos definitorios de los elementos mínimos indispensables para participar de la vida en términos jurídicos, como el derecho a la vida, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, o los denominados derechos personalísimos, informan tanto el modelo del derecho privado clásico como el del derecho social. Poco sentido tiene intentar encasillar estos derechos en una única categoría, ya que representan presupuestos para el ejercicio tanto de derechos civiles como de derechos sociales. Y es que, como lo hemos dicho, si bien el modelo del derecho social es correctivo del modelo de derecho privado clásico, además de relaciones de ruptura frente a algunas soluciones —en especial, aquellas vinculadas con la distribución de funciones entre el Estado y el mercado—, también existen entre esos modelos relaciones de continuidad, hecho nada sorprendente, ya que ambos son variantes que se desprenden de la misma raíz filosófico-política, la concepción moderna del mundo.

Durante el siglo xx, la coexistencia de expresiones de ambos modelos ha sido una nota característica de la legislación y —más generalmente— de la adopción de políticas públicas en los países desarrollados de Occidente y de aquellos que reciben su influjo, variando, eso sí, el peso de los componentes de cada modelo de acuerdo a las fluctuaciones ideológico-políticas coyunturales. Nada indica

la completa supresión de ninguno de los dos modelos en un futuro inmediato o mediato.

Resta aclarar otro aspecto sobre la naturaleza de paradigmas o matrices disciplinarias. La distinción de estos paradigmas no se refiere a su *objeto* de regulación, sino a su *modo* de regulación. Esto significa que un mismo objeto de regulación jurídica —por ejemplo, la venta de trabajo humano por cuenta ajena— puede ser tematizado en términos del derecho privado clásico o del derecho social. Sin embargo, debido a que la regulación histórica de algunos derechos ha coincidido con el período de codificación del paradigma del derecho privado clásico, su denominación se identifica generalmente con esa regulación. Es el caso del derecho de propiedad, o de la libertad de comercio. No obstante —según hemos dicho antes—, es posible pensar en una regulación de cariz social de los mismos derechos.

Lo mismo sucede con la regulación de algunos de los llamados derechos sociales: los presupuestos conceptuales de su regulación histórica están vinculados íntimamente a la forma de regulación del derecho social. El derecho del trabajo ha sido, sin duda, la primera expresión histórica completa del modelo de derecho social. Sin embargo, no resulta imposible teóricamente imaginar la regulación del mismo objeto jurídico a través del marco conceptual del derecho privado clásico⁶⁷. De hecho, el derecho del trabajo ha sufrido en los últimos años embates destinados a volver a regular la venta de trabajo a partir del paradigma del derecho privado clásico. Varios aspectos de la denominada «flexibilización laboral» constituyen un ejemplo de este fenómeno⁶⁸. El marco de regulación general del derecho laboral —los denominados «principios o instituciones fundamentales del derecho laboral»— responde, sin embargo, a la forma de regulación

67. Cf. la opinión de Ewald sobre el punto: «Si el derecho social es pensado simultáneamente como un proceso de transformación del derecho, ligado a una práctica gubernamental específica, y como el desarrollo de un nuevo tipo de derecho con una estructura que ya no es la misma que la anterior, la situación cobra un sentido totalmente diferente del que surgiría de su reducción al derecho laboral o al de la seguridad social. En primer lugar, porque es claro que la estructura del derecho social no corresponde necesariamente al derecho del trabajo o al de la seguridad social, dado que puede concebirse la existencia de estas ramas del derecho sin que obedezcan a las reglas del derecho social. En segundo término, porque el proceso de socialización del derecho no está limitado a una u otra rama del derecho, de modo que los dos tipos clásicos de derecho social deben ser vistos como dos ejemplos, sin duda notorios, pero no por ello especiales, de un derecho de aplicación más universal» (F. Ewald, «El concepto de derecho social», cit., p. 102).

68. Ver, sobre el punto, V. Abramovich y C. Curtis, «Futuros posibles. El derecho laboral en la encrucijada»: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* II/1-2 (1997), pp. 166-174 y bibliografía allí citada.

propia del derecho social. En términos similares, ámbitos tales como la salud, la educación o la vivienda también pueden ser juridificados a partir de los postulados o premisas del derecho privado clásico, pero los resultados de dicha juridificación difícilmente coincidan con el tipo de regulación característica del derecho social: la tematización del derecho privado clásico se ceñiría a la garantía estatal del funcionamiento de las reglas del mercado en esos ámbitos. En esos términos, por ejemplo, la idea del «derecho a la salud», por ejemplo, se limitaría a la de no ser privado de salud por el Estado o por otros particulares, y no incluiría el derecho a acceder a servicios médicos en caso de no poder contratarlos. Semejante concepción resulta, sin embargo, poco representativa del contenido con el que habitualmente vinculamos el derecho a la salud, justamente porque la identificación de este ámbito como un área sujeta a reglas diferentes a la de otras transacciones —a la venta de corbatas, por ejemplo— se debe a una operación de selección sustantiva y desmercantilización típica del modelo del derecho social.

Un último comentario se dirigirá a la formulación de teorías contemporáneas que pretenden que tanto el modelo del derecho privado clásico como el modelo del derecho social han sido superados, y vislumbran el advenimiento de un paradigma nuevo, de corte procedimental⁶⁹. Más allá del interesante intento de reconstrucción de los distintos modelos y la articulación de críticas a algunas soluciones históricas adoptadas por ambos, ninguna de estas teorías indica claramente cuáles serían las soluciones técnico-jurídicas típicas de este nuevo paradigma, y en qué se diferenciaría de los modelos considerados superados. Cabe manejar cierta cautela antes de dar con tanta facilidad por desaparecidos los modelos anteriores. Por empezar, es difícil aseverar aún hoy que el modelo del derecho social sea un paradigma completo o maduro: muchos de los apuntes realizados a lo largo del texto —los problemas de adecuación del diseño de las acciones procesales tradicionales, la falta de desarrollo de garantías específicas, la falta de concreción de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos— constituyen una muestra cabal de esta falta de plenitud, y las soluciones que se van articulando al respecto son indicios de una evolución aún incipiente, aunque en muchos casos claramente perceptible, en el sentido de una futura concreción más articulada de este modelo. Si bien en algunos ámbitos puede

69. Cf. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., cap. IX. Lo dicho aquí puede extenderse a las propuestas de construcción de un «derecho reflexivo», adelantadas por Günther Teubner (cf. «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law»: *Law and Society Review* 17 [1983], pp. 239 ss.).

notarse una retracción del modelo del derecho social (como en el campo del derecho del trabajo, o en las recientes reformas del sistema previsional de distintos países de América Latina), en algunos otros la regulación de corte social ha desplazado o modificado notoriamente al modelo de derecho privado clásico (derecho del consumo, derecho ambiental, derecho procesal, derecho a la salud, derechos de las personas discapacitadas). Las reformas constitucionales experimentadas en países latinoamericanos durante la década de 1990 se embarcan sin ninguna duda en el constitucionalismo social, antes que en el liberal.

Por otro lado, también cabe relativizar la supuesta novedad de la tendencia hacia la procedimentalización del derecho. Resulta llamativo constatar que tanto el modelo del derecho privado clásico como el del derecho social han reivindicado entre sus rasgos propios esa tendencia hacia la procedimentalización. En el caso del derecho privado clásico, el propio Max Weber señala como una de las características de la modernización del derecho la concesión a los individuos de «la facultad de regular automáticamente, dentro de ciertos límites y por medio de negocios jurídicos, sus relaciones recíprocas. [...] El volumen de la libertad contractual, es decir, del contenido de los negocios jurídicos garantizado como 'válido' por el poder coactivo, y por tanto, la relativa importancia de las normas que autorizan esos 'poderes' de disposición dentro de la totalidad de un ordenamiento cualquiera son, naturalmente, en primer término, una función del desarrollo del mercado»⁷⁰. Esta «descentralización de la creación jurídica» (término que Weber toma de Andreas Voigt⁷¹) es, justamente, una tendencia hacia la procedimentalización del derecho, en la medida en que concede a los individuos procedimientos de interacción jurídica, y en que, dentro de ciertos límites, somete a juicio de la autoridad judicial sólo el ejercicio formal de esas facultades, pero no la revisión de su resultado material.

En el caso del derecho social, junto con algunos rasgos de sustancialización o materialización del derecho ya descritos, pueden señalarse también tendencias hacia la procedimentalización⁷². Así, gran parte del derecho colectivo del trabajo consiste en la estructuración de procedimientos colectivos de negociación y creación normativa (celebración de convenios colectivos de trabajo), control de la gestión

70. M. Weber. *Economía y Sociedad*, México, 1964, p. 533.

71. *Ibid.*, p. 586.

72. Ewald, por ejemplo, describe al derecho social como «un acuerdo, un compromiso siempre revisable entre grupos e intereses en conflicto» («El concepto de derecho social», cit., p. 118).

económica y laboral de la empresa (derecho a la información y procedimientos de consulta del sindicato) y de autotutela (derecho de huelga) por parte de actores colectivos (el sindicato o el comité de empresa)⁷³. Del mismo modo, el ordenamiento laboral establece reglas de creación, reconocimiento, representación, funcionamiento interno y protección de desempeño de las labores de los delegados, todas de corte procedimental o instrumental. Contemporáneamente, el derecho del consumo ha adaptado parte de estos institutos, estableciendo reglas procedimentales de creación y reconocimiento de las asociaciones de consumidores y de participación en el planteo y en la solución de conflictos de consumo, así como en el control de la prestación de servicios públicos y en la modificación de regímenes contractuales o tarifarios⁷⁴. En el mismo sentido, el desarrollo del derecho a la información en materia de consumo y en materia ambiental, o el del derecho de participación y consulta de minorías culturales o de grupos desaventajados en las decisiones que puedan afectarlos⁷⁵ son ejemplos de esa tendencia. La tendencia afecta incluso derechos tales como el derecho a la salud, donde se han desarrollado una serie de requisitos procedimentales para la toma de decisiones referidas al tratamiento médico o a la realización de intervenciones quirúrgicas⁷⁶.

73. Ver, al respecto, la lúcida exposición de Antonio Baylos Grau, en *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991, cap. 4. Ver también A. Supiot (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, 1999, p. 154: «La tendencia general es que la ley vaya vaciándose de disposiciones sustanciales y llenándose de reglas de procedimiento destinadas a garantizar el derecho a la negociación colectiva. Según los casos, los convenios colectivos reemplazan, prolongan, desarrollan o ejecutan las disposiciones legislativas. En todos los sistemas de relaciones laborales, se observa este movimiento hacia una mayor autonomía de las partes sociales y de las empresas frente al poder público».

74. Ver T. Bourgoignie, *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, cit., pp. 129-130.

75. Cf., al respecto, I. M. Young, «Vida política y diferencia de grupo...», cit., pp. 111-117 y 125.

76. Así, el denominado el derecho a la confidencialidad de los registros médicos, el derecho del paciente a acceder a la historia clínica, el derecho a recibir explicaciones acerca del tratamiento prescrito y el llamado «consentimiento informado». Cf. M. Brazier, «Rights and Health Care» y J. Montgomery, «Right to Health and Health Care», en A. Coope (ed.), *The Welfare of Citizens*, Londres, 1992, y A. J. Kraut, *Los derechos de los pacientes*, Buenos Aires, 1997, caps. VII y VIII. En sentido más amplio, cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG n.º 13 («El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»), punto 11: «(O)tro aspecto importante [del derecho a la salud] es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional».

En uno y otro caso, las formas de la procedimentalización acompañan la diversa manera de concebir las relaciones entre individuo y sociedad de cada modelo: en el caso del derecho privado clásico, la procedimentalización privilegia el lugar del individuo y de la voluntad individual; en el caso del derecho social, el diseño de los procedimientos toma en cuenta dimensiones colectivas y desigualdades de poder y de información entre clases distintas de sujetos. Pocos indicios aporta Habermas para determinar cuál sería la forma de los derechos concebidos a partir de un paradigma puramente procedimental, y en qué se diferenciarían de las tendencias procedimentales del modelo del derecho privado clásico o del modelo del derecho social.

Como conclusión, diferenciar entre derechos civiles y derechos sociales puede tener algún sentido si con ello se pretende señalar la distinta matriz regulatoria a la que responde la positivización de cada derecho. La distinción puede aportar alguna información sobre el origen histórico y sobre el contexto político-ideológico de la regulación de distintos ámbitos de interacción humana. Sin embargo, el empleo de la distinción tiene también limitaciones: por ejemplo, no es exhaustiva, de modo que es posible señalar derechos que no respondan exclusivamente a ninguno de los dos rótulos, y es demasiado genérica, de modo que, bajo cada categoría, caben derechos de estructura completamente heterogénea, imposibles de reducir a una forma única.