

“PROBLEMAS NORMATIVO-OPERATIVOS EN LA PRESTACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS BÁSICOS”

*M.Sc. Alfonso Chacón Mata
Abogado, Especialista Derechos
Humanos y Profesor Filosofía
del Derecho U.C.R*

2010.

INDICE TEMÁTICO ARTÍCULO “PROBLEMAS NORMATIVO-OPERATIVOS EN LA PRESTACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS BÁSICOS”

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Introducción | 101 |
| II. | Problemática de la Implementación: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos humanos | 102 |
| | 2.1 El derecho a la Igualdad y su Relación Subjetivo/Grupal | 104 |
| | A. Noción de Igualitarismo | 104 |
| | B. La Igualdad y su aplicación Social. | 107 |
| | 2.2 Libertad y Prestación Social: Apreciaciones sobre esta relación..... | 109 |
| | A. La Libertad Aplicada a un Ordenamiento Social | 109 |
| | i) Concepción Utilitarista/Materialista..... | 110 |
| | ii) Concepción Idealista..... | 110 |
| | iii) Concepción de Isiah Berlin..... | 111 |
| | B. El carácter de prestación social en los DESC..... | 112 |
| | 2.3 La función del Estado y su relación operativa con los DESC..... | 113 |
| | A. El Estado como realizador de los DESC..... | 113 |
| | B. El Estado y el ámbito de la Libertad en los DESC..... | 114 |
| III. | Problemática de un derecho mínimo exigible: Garantización y Reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales | 117 |
| | 3.1 Distinción entre Derechos y Garantías | 119 |
| | 3.2 El Contenido Mínimo de los DESC..... | 120 |
| IV. | Problemática del avance en la justiciabilidad de estos derechos: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Carácter de Progresividad de los mismos | 123 |
| | 4.1 El Artículo 2 del PIDESC..... | 124 |
| | 4.2 Los Recursos para Satisfacción de las Necesidades..... | 126 |
| | A. El Recurso dentro del Contexto del Artículo 2 del PIDESC..... | 127 |

| | |
|--|-----|
| B. La Carencia de Recursos como Justificación de Incumplimiento. | 128 |
| 4.3 El Carácter Programático de los DESC. | 129 |
| A. Tesis de la Contradicción Fáctica de los DESC. | 130 |
| V. Problemática por las decisiones que incidan en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Responsabilidad por la Política Económica y Social a Nivel Estatal. | 136 |
| 5.1 Los Programas de Ajuste Estructural: ¿Ayuda o Retroceso Social? | 138 |
| 5.2 El Ajuste Estructural y el Disfrute de los DESC. | 141 |
| VI. Consideraciones Finales. | 143 |
| VII. Bibliografía Utilizada. | 145 |

Palabras clave

Libertad -Igualdad- Derechos económicos, sociales y culturales –Prestaciones sociales- Problemáticas de los derechos- Recursos materiales -Ajuste estructural -Estado- Contenido mínimo de los derechos- Concepciones de libertad aplicadas- Responsabilidad Estatal –Progresividad de los derechos- Garantía y reconocimiento de los derechos.

Resumen:

El presente artículo pretende establecer al menos, cuatro problemáticas que inciden o afectan la plenitud de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos de disfrute general. Las problemáticas a analizar consisten en la implementación; derecho mínimo exigible; justiciabilidad y decisiones políticas de los Estados, y en consecuencia en cada una de estas variables se examinará en que medida inciden en el desarrollo pleno de los citados derechos. Se establece como idea central del ensayo, que tales derechos presentan problemas que empiezan desde

su limitada concepción normativa (art. 2 Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales), hasta los factores cotidianos que igualmente, limitan su alcance extensivo.

Key Words

Freedom –Equality -Economic, social and cultural rights -Social-benefits rights issues- Structural Adjustment –State –Minimum rights -conceptions of freedom applied -State Responsibility -Escalation of rights and recognition -Guarantee rights.

Abstract:

This article seeks to establish at least four issues that impact or affect the fulfillment of economic, social and cultural human rights of general enjoyment. The issues to be analyzed consist of implementation; minimum rights, justiciability and political decisions of states, and therefore each of these variables will be examined to what extent affect the full development of those rights. Is established as the central idea of the trial, that these rights have problems starting from its conception

limited legislation (art. 2 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), to the everyday factors that also limit their scope extended.

o reales probabilidades de justiciabilidad inmediata de los mismos, que penden en la normativa preconizada en instrumentos internacionales.

“PROBLEMAS NORMATIVO-OPERATIVOS EN LA PRESTACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS BÁSICOS”

Msc. Alfonso Chacón Mata ()*

I. Introducción

La finalidad que perseguimos al escribir estas líneas, consiste en destacar las limitaciones inherentes al ejercicio y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales al interior de los Estados, como derechos humanos incondicionales. Consideramos que existen una serie de variables que atentan contra la implementación de tales derechos, a la vez que la progresividad y tratamiento escalonado que pregonan la normativa internacional, es otro factor que menoscaba la realización de los mismos. La prestación efectiva de los derechos en cuestión, parte para algunos sectores académicos y activistas en protección de los derechos humanos, de las verdaderas

Podría pensarse que la anterior situación, redundaría en una desventaja de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con respecto a la gama de derechos cubiertos bajo el catálogo de derechos civiles y políticos por ejemplo –en los que la actuación de los poderes públicos se circunscribe a una postura de no/hacer-, y que por consiguiente, los DESC entrarían en un ámbito discriminatorio al exigirse para su cumplimiento, precisamente que el Estado “haga” o realice diferentes fines colectivos. Cabe acotar al respecto, que la obligación de no discriminar es una imposición normativa que se encuentra contemplada en diferentes instrumentos internacionales¹, por lo que es clara la intencionalidad que deben tener los Estados cuando asumen un compromiso de no discriminar en el ejercicio de los derechos previstos, situación que es extensible a los DESC igualmente. El artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), dispone la “Obligación de Respetar Derechos”, norma que ha sido invocada para apoyar el fundamento en la remisión de

1 La obligación de no discriminar es un imperativo que se ha insertado en diferentes tratados internacionales. A verbigracia podemos hablar del artículo 2 de la DUDH; igualmente del artículo 2 de la Declaración Americana; así como del artículo 2.1 del PIDCP; el artículo 2.2 del PIDESC. También la Convención de Derechos del Niño reza que el Estado debe proteger al niño de toda forma de discriminación, -las enumera- por sus padres o familiares (art 2.2). Por ello, concebimos como una forma de justiciabilidad de los DESC, la discriminación que se realice en la observancia de los mismos.

casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²

(*) Profesor Filosofía del Derecho, Universidad de Costa Rica y especialista derechos humanos

De nuestra parte hemos sido más proclives recientemente a tratar de compaginar la efectividad e identificabilidad de las lesiones a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), a la necesidad imperante de diseñar indicadores concretos establecidos al efecto. Nos hemos referido y estudiado en otras oportunidades a la creciente tendencia de promulgar indicadores adaptados para cada derecho social en específico, siendo la tendencia general que se ha decantado recientemente.³

Por consiguiente, abordaremos para una correcta interpretación de los derechos económicos, sociales y culturales, nociones que están íntimamente ligadas al fenómeno que nos ocupa: entre ellas la igualdad y

la libertad en el contexto vivencial hacia quienes van disminuidas las políticas; el carácter de prestación social de este tipo de derechos; la garantización y reconocimiento de los mismos; los recursos utilizados para su realización; el efecto de los programas de ajuste estructural en esta era de desregulación y decrecimiento de la acción estatal como un todo. Como último punto a repasar, trataremos de delinear algunas posibilidades para hacer más efectiva la prestación de los derechos en estudio, a través del desarrollo de indicadores, que se han generado recientemente en los sistemas de protección y tutela a los derechos humanos.

II. Problemática de la Implementación: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos humanos

Nuestra intención en este punto, radica en obtener algunas pautas que nos indiquen como son visualizados los DESC en torno a

2 La norma en mención dispone que "1.. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". En el caso Aloeboetoe y otros contra Suriname sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana el 27/10/90 y fallado el 4/12/91, uno de los derechos argüidos como violentados fue el contenido en este artículo primero, ver Corte I.D.H. "Caso Aloeboetoe y Otros", Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C No 11 y Corte I.D.H. "Caso Aloeboetoe y Otros", Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No 15.

3 CHACÓN MATA, (Alfonso) "Derechos económicos, sociales y culturales: Indicadores y justiciabilidad", Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Número 43, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2007. Véase también lo consignado en CHACÓN MATA, (Alfonso) "El uso de indicadores para justificar y exigir el derecho a la educación. Apuntes para un debate" en "Actualidades Investigativas en Educación", Revista electrónica, Instituto de Investigación en Educación, Facultad de Educación, Universidad de Costa Rica, Volumen 6, Número 2, mayo-agosto 2006 y "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través del desarrollo de indicadores: Avances concretos en la Organización de las Naciones Unidas", Revista Judicial N° 97, San José Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, setiembre 2010, págs 129-168.

su garantía, protección y la entidad que se encarga de potencializarlos. Al respecto, iniciamos con el dilema de la “igualdad versus la libertad”, y la forma en que éste fenómeno se garantiza en la protección hacia los individuos y su disfrute en los derechos en cuestión.

Un obstáculo enorme que tienen los DESC para su implementación, estriba en torno a su misma conceptualización. Aunque tienen el reconocimiento universal a través de un pacto específico que regula ésta materia, es solo una muestra formal, pues como bien lo apunta MAYORGA LORCA; *“Entre el reconocimiento y la garantía hay aún un largo camino por recorrer, por cuanto la sola circunstancia de su reconocimiento no implica el de su completa realización”*.⁴ Asimismo, el reconocimiento tropieza con el obstáculo que aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de las constituciones o de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos, sociales y culturales *“...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”*.⁵ Lo anteriormente destacado, supone que las obligaciones de carácter jurídico que se consideran asumidas a través de tratados

tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), sean matizadas y diluidas a través de sendas interpretaciones políticas, discrecionales y diluidas en las potestades propias de los Estados.

Por su parte, la dificultad de garantizar el disfrute de los DESC a través de los mecanismos insertos dentro el ámbito normativo, es el punto álgido que impide su verdadera protección. Por consiguiente, el problema se alude a las diferentes génesis que sustentan los derechos civiles y políticos por un lado ; y por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, la disyuntiva entre libertad e igualdad, que podrían caracterizar a ambos estamentos. Veamos lo que nos establece al respecto JORGE MERA FIGUEROA, en el marco de un seminario sobre éstos derechos, realizado hace más de una década :

“¿Derechos de la Libertad y derechos de la igualdad ? (..) La primera se refiere a que a menudo se afirma, en forma simplista, que mientras los derechos civiles y políticos son los derechos de la libertad, los derechos económicos sociales y culturales son los derechos de la igualdad. Este predicamento no refleja las actuales

4 MAYORGA LORCA, (Roberto) “Naturaleza Jurídica de los derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1990, p 33.

5 ABRAMOVICH, (Víctor) y COURTIS, (Christian) “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta S.A., Madrid, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, 2002, pág 19.

convicciones sobre la materia, según se desprende de lo que antes se ha dicho. En efecto, la igualdad y la libertad fundamentan ambos tipos de derechos. Más aún, dichos valores no se contraponen ni entran siquiera en tensión desde la perspectiva de los derechos humanos, pues, como antes se ha dicho, cuanto mayor sea el reconocimiento de todos los derechos del hombre, éste será más libre y más igual. Libertad e igualdad marchan en la misma dirección, siendo falso que a mayor igualdad menor libertad y viceversa”⁶

En virtud de las implicaciones que conllevan términos tales como igualdad y libertad y para una mejor comprensión de las dificultades que afrontan los DESC al contrastar su observancia con los anteriores términos, nos permitimos seguidamente esbozar algunas consideraciones sobre ambas connotaciones.

2.1 El derecho a la Igualdad y su Relación Subjetivo/Grupal

A. Noción de Igualitarismo

Desde diferentes épocas se ha dado importancia a diferentes aspectos de la

igualdad, al ligárseles con exigencias religiosas, políticas, jurídicas, raciales o socioeconómicas.⁷ En el ámbito legal, ésta igualdad formal se sintetiza en la máxima del *principio de igualdad ante la ley*; la que garantiza la paridad de trato en la legislación y la aplicación del derecho.⁸

Un problema se presenta cuando se aducen que los derechos tienen un carácter de universalidad, equiparando todas las categorías de derechos. Según GREGORIO PECES-BARBA, hay un problema de los DESC en su universalidad como punto de partida, la cual no se cumple en su punto de llegada. Traemos a colación lo externado por dicho autor seguidamente:

“En la organización práctica de derechos económicos y sociales, como el derecho a la educación o a la protección de la salud, se equipara a estos derechos con los individuales, civiles y políticos, y se les sitúa en la universalidad como punto de partida. Esta equiparación tiene como consecuencia que no sean derechos para unos sectores concretos de la población sino que la meta ideal, el objetivo político será su generalización. Se convierten en derechos del hombre

6 COMISION CHILENA DE DERECHOS HUMANOS, Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Seminario Los DESC : Desafío para la Democracia”, 15-16 de diciembre de 1987, Santiago, 1988, pp 15-16.

7 Culturales”, en Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, enero 1981, pág 258.

8 *Ibíd*, pp 259-260. Para el mismo autor “La noción de igualdad ante la ley aparece ante todo, como la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales. La igualdad ante la ley implica el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento..”pág 262.

y del ciudadano, atribuidos a todos, y no tienen como meta alcanzar la igualdad como equiparación, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio la igualdad como diferenciación. El serio error de concepto en estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente, como los privilegiados medievales y potencian la desigualdad. Tratan injustamente a desiguales con consecuencias injustas. Por ser concebidas como derechos universales desde punto de partida, no consiguen mantener la universalidad en el punto de llegada”⁹

De todo lo anteriormente expuesto, podemos acotar una serie de apreciaciones que estimamos conveniente precisar. En primer lugar, para PECES-BARBA la equiparación de todos los derechos humanos sea cual sea su especificidad, produce que la igualdad sea standard o uniforme para todos los individuos. No existe una jerarquización que permita alcanzar una “igualdad como equiparación”, es decir, que las personas que necesitan acceder a ese derecho por sus situaciones de clase, están en la misma posición que los que ostentan privilegios.

Segundo, para el autor se presenta la crisis del Estado Social , todo ello que las demandas generadas por los titulares de ese derecho, hacen que el Estado incurra en déficit fiscal y presupuestario, en aras de satisfacer las crecientes pretensiones. Al ser los DESC de carácter universal e inherentes a todos los ciudadanos, existe entonces igual obligación del Estado a satisfacer y a no realizar distinción en la prestación y/o acceso de tales derechos. Tercero, como una conclusión derivada de todo lo anterior, *“aplicando la igualdad como diferenciación, para alcanzar la equiparación en una universalidad de punto de llegada, se pueden encontrar salidas y soluciones a la crisis del Estado Social “; y la fórmula que propone el autor es que “quienes no lo necesiten pueden acceder a esos servicios públicos de la enseñanza o de la sanidad, pagando la totalidad de su costo o, al menos, parte importante de él, mientras que el derecho fundamental, de crédito, quedaría reservado a aquellas colectivos concernidos por la imposibilidad de satisfacerlos por sí mismos”¹⁰*

Un aspecto importante a destacar es el relativo a que *“la igualdad ante la ley implica, en ocasiones, el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones semejantes, pero de acuerdo con presupuestos normativos que*

9 PECES-BARBA MARTINEZ, (Gregorio), “La Universalidad de los Derechos Humanos”, en NIETO NAVIA (Rafael) editor, “La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos” , Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995, San José, pág. 418.

10 *Ibíd*, pág 419.

*excluyan la arbitrariedad o la discriminación. El postulado de la diferenciación evita que el principio de la igualdad ante la ley se traduzca en un uniformismo, que supondría tratar todo de la misma manera, cuando “los supuestos de hecho que se producen en la vida, son tan distintos entre sí que no permiten medirlo todo por el mismo rasero”.*¹¹ Así tenemos que, el límite objetivo para realizar este tratamiento diferenciado, lo dispone el hecho de que no se llegue a la arbitrariedad o la discriminación. Nos encontramos entonces con un postulado, que quiebra el principio de igualdad como hermenéutico e inderogable, capaz de ser aplicado en situaciones muy concretas. A manera de ejemplo podemos citar a la población discapacitada y establecer como punto de partida que su condición anatómico-fisiológica es un impedimento objetivo para realizar ciertas actividades que ejecutan las personas normales. Esta situación por sí misma genera que quizás no pueden acceder en igualdad de condiciones a hacer prevalecer un derecho (ej : discapacitado mental) ; pero no por ello debe excluirsele discriminatoriamente su posibilidad de acceso a que se tutele el mismo. Entonces estaríamos ante una discriminación negativa y contraria a todos los cánones de la pretendida igualdad.

Otro asunto se suscita cuando dos personas tiene características y atributos similares. Tomemos como ejemplo, el caso de dos ciudadanos que tienen el mismo número de años de servicio que la ley establece para jubilarse, sólo que uno es diez años más joven que otro. En esta situación, la arbitrariedad o actitud discriminatoria, radicaría en oponer requisitos y prohibiciones al aspirante a jubilar más joven, por el solo hecho de tener tal condición objetiva.

Al final de cuentas, como bien lo exponen un grupo de autores; *“los DESC no sólo persiguen realizar la igualdad jurídica, pretenden ir más allá, saltando de la mera igualdad jurídica formal a la real. No se trata de una simple formulación normativa aislada sino que debe tener un profundo contenido práctico, por lo que la forma del planteamiento se orienta a definir una igualdad jurídica basada en los planos económicos, social y cultural”.*¹²

11 PEREZ LUÑO, (Antonio) Op Cit, p 268.

12 FARRIER BRAIS, (Pedro), LOBO QUIROS, (Víctor Manuel) y PEÑARANDA SEGREDA (Guido). “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)” Tomo I,. Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica 1985, p 333.

B. La Igualdad y su aplicación Social.

El ideal de la consabida igualdad, reflejado en las oportunidades sociales de participación y respeto a los derechos individuales, puede trasladarse hacia una dimensión de igualdad colectiva –aspirativa o reivindicativa-, a través del reconocimiento de la justicia social, pensado como un modo de equiparación, que presenta dos niveles de reconocimiento:

1.- En este contexto de justicia comunitaria o social, de la misma manera que en el espectro individual, el ser humano requiere de la igualdad en las condiciones para el adecuado desarrollo y satisfacción de necesidades;

2.- Este nivel depende del reconocimiento de las desigualdades en el aporte social, según el cual

el individuo debe ser tratado desigualmente si no cumple las condiciones nivelatorias. En los dos niveles, los criterios que históricamente ha identificado la sociedad para alcanzar la igualdad son los siguientes : *“a cada cual lo mismo, según sus necesidades, según sus criterios, según sus obras, según sus pertenencias, según su carga, según la ley... o a cada cual según su trabajo”*¹³

Estamos hablando implícitamente de la noción de justicia aplicada, al pretender catalogar como objetiva y verdaderamente justo, que cumplidas las condiciones igualitarias apriorísticas, se generen los efectos esperados entre los individuos a comparar –p.e. que si se trabajo lo mismo, se tenga el derecho sin discriminación a recibir el mismo pago; o si se tiene la misma necesidad; que se

13 “Es de rigor decir que para alcanzar la igualdad en el primer nivel de justicia social, pareciera encontrarse un consenso en que los criterios más adecuados son los de darle a cada uno lo mismo y a cada uno sus necesidades fundamentales de desarrollo. En este plano podríamos ubicar el estado actual de los DESC, cuya protección se orienta especialmente en las necesidades humanas básicas, o provisión de bienes sociales primarios. No obstante, la actual configuración de los DESC, ha descuidado el otro aspecto fundamental de este nivel de justicia social : la igualdad de oportunidades para que las personas puedan desarrollarse íntegramente en sociedad, o potencializar las necesidades básicas satisfechas para participar activamente en el proceso social. En este sentido la anterior garantía es parte del primer plano, en la medida en que ese derecho es inherente al hombre, y que por el hecho de serlo, deben reconocérsele efectivamente.

En tratándose del segundo nivel de justicia social, la igualdad en el trato consiste en el reconocimiento de que las desigualdades humanas y en los criterios adecuados para reconocer esas diferencias ; al parecer aquí, la búsqueda de un consenso en cuanto a los criterios que justifiquen su aplicación, debe basarse en las acciones libres y voluntarias de los sujetos que de alguna manera contribuyan al aumento de los recursos sociales y a la creación de valor, es decir, en el trabajo individual. Los criterios que se fundamentan en desigualdades ilegítimas, que no dependan propiamente de las acciones humanas libres y voluntarias, tales como las pertenencias, el rango e incluso las necesidades, deben ser descartados”, FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo I, pp 283-284.

sustenten idénticamente las mismas prestaciones por parte de los entes públicos-. Básicamente, según sea la concepción que adoptemos como niveladora (por obras o por necesidad), así estaremos hablando de un modelo de legitimación político social, consistente en privilegiar esquemas de corte liberal o social según sea el caso, con las respectivas implicaciones en el disfrute y observancia de los DESC. Un asunto colateral, a la justicia social lo constituye sin duda alguna la dicotomía existente entre dicha justicia y la eficiencia económica. Se considera por parte de un sector, que no puede darse mayor eficiencia económica, si se pone énfasis a una mayor distribución de los recursos sociales productivos; que no es otra cosa que el debate sempiterno entre liberalismo o marxismo.¹⁴

Dentro de este mismo marco referencial, al cual hemos venido aludiendo, se constituye un asunto de especial interés, las relaciones entre **libertad e igualdad** y su resultado en el orden social. Para HERMAN HELLER, la idea de libertad proviene del cristianismo :

*“En la antigüedad había dos posibilidades naturales de ser humano, libre o esclavo. El cristianismo no abolió ciertamente, la esclavitud, al dar un carácter más intenso al concepto de libertad, pero vino a admitir una condición humana igual y libre ; lo cual, precisamente porque era independiente de todas las relaciones sociales(...)”.*¹⁵

Para autores como JOSE BELBEY, los dos conceptos están entrelazados intrínsecamente, al acotar que *“El problema de la igualdad está indisolublemente ligado al problema de la libertad. Naturalmente, no por ser los hombres iguales son libres. Peor la igualdad de posibilidades, de oportunidades, de trato, de responsabilidades, por existir, involucra ya la libertad de que se goza para actuar”.*¹⁶ De acuerdo a un Informe de Desarrollo Humano gestado en la Organización de las Naciones Unidas, se enuncia que entre libertad y equidad no existe una tensión intrínseca, como se sostiene algunas veces, dado que la equidad se puede percibir en términos del adelanto equitativo de las libertades para todas las personas (y no tan

14 Ibíd, pág 282.

15 HELLER, (Herman), “Teoría del Estado”, Fondo de Cultura Económica, 12va reimpresión, México, 1987, p 134.

16 BELBEY,(José), “La Aventura de Libertad en el Hombre”, Bases editorial, primera edición, Buenos Aires, 1957, p 20.

sólo en términos de la distribución del ingreso o, desde una perspectiva aún más limitada, de la “redistribución “ a partir de un punto de partida, en última instancia, absolutamente arbitrario).¹⁷

En última instancia, si bien todos los seres humanos somos potencialmente libres de hacer o de llegar a hacer algo, -siempre inserto en los límites de la libertad- el realismo se impone y para ello solo bastan dos situaciones ejemplificantes: en primer lugar, no todos los seres humanos tienen la facultad libertaria de hacer o de llegar a hacer en su plenitud, por cuanto existen barreras preestablecidas que se tornan en un serio obstáculo, aunque no son imposibles del todo superar, p.e; un niño de un precario o lugar pobre, no siempre tiene la libertad de escoger a qué escuela le gustaría asistir, puesto que antes de hacerlo debe satisfacer sus necesidades inmediatas teniendo que trabajar inclusive. Lo anterior repetimos, no es una limitante total, pero en muchos casos se constituye en decisiva. En segundo lugar, al gestarse espacios de mayor libertad, (en diferentes ámbitos, pero sobre todo en la esfera económica), no necesariamente puede concluirse que el resultado

ulterior sería el de propiciar mayor igualdad. En este caso la libertad desmedida y acrecentada de unos, necesariamente incide en detrimento de otros que la pierden o la sienten cada vez más restringida, máxime si tomamos cuenta lo estratificado de nuestras sociedades.

Precisamente, una vez que nos hemos adentrado en el ámbito de la libertad y siguiendo con este mismo hilo conductor temático, abordaremos las relaciones existentes entre la libertad como ámbito de acción de los particulares y las funciones niveladoras del Estado, dentro de el ámbito de acción de las prestaciones sociales.

2.2 Libertad y Prestación Social: Apreciaciones sobre esta relación

A. La Libertad Aplicada a un Ordenamiento Social

Si hacemos la traslación de la libertad aplicada a un ordenamiento social, nos encontramos con que este ha sido uno de los dilemas que por siempre han enfrentado los filósofos y algunos sistemas políticos, volviendo sobre el tapete el dilema de ¿Cómo conjugar la libertad con la necesidad?. Este apartado

¹⁷ Organización Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) “Informe sobre Desarrollo Humano 2004: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy”, Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ediciones Mundi-Prensa 2004, pág 24.

pretende ilustrar algunas concepciones que se han manifestado en la doctrina, por parte de exponentes connotados, los cuales analizan diferentes acepciones del término "libertad", que seguidamente pasamos a detallar.

i) Concepción Utilitarista/Materialista

Esta concepción parte del empirismo como única fuente del saber y de la explicación de las cosas : afirma que todo conocimiento se fundamenta en la experiencia y se adquiere igualmente a través de ésta. El *Empirismo Materialista* (de Bacon, Hobbes, Locke y los materialistas franceses del siglo XVIII) estima que la fuente de la experiencia sensorial radica en el mundo exterior, que existe objetivamente. La existencia del mundo exterior objetivo, define un principio básico de otra doctrina filosófica, "*el Utilitarismo*" cuyo eje radica en el "*Principio de Utilidad*" como base para comprender las funciones del Estado y del derecho. Sólo es útil aquello

que produce la mayor dicha al mayor número de personas, -según BENTHAM, su fundador- transfiriendo así esta utilidad a una actividad pragmática en el ser humano¹⁸. Por esta razón, la *libertad utilitarista* en su relación con el poder estatal, va a estar caracterizada por un principio de satisfacción o hasta hedonista que puedan experimentar los individuos.

ii) Concepción Idealista.

Esta concepción se basa en una corriente filosófica opuesta al materialismo en el modo de resolver la cuestión fundamental de la filosofía. Lo espiritual, lo inmaterial posee carácter primario y lo material secundario ; ello lo aproxima a las tesis de la religión sobre la naturaleza finita del mundo en el tiempo y en el espacio y sobre su creación por Dios. Es una posición filosófica de concebir las cosas, en las que se niega la existencia de un mundo exterior e independiente de la conciencia.¹⁹

18 ROSENAL, (M) y JUDIN, (P), "Diccionario Filosófico", Editora Política, La Habana, Combinado Tipográfico de Guantánamo, 1981, pág 137 y pp 474-475. Algunos de los exponentes clásicos de esta corriente, lo fueron los británicos HOBBS, LOCKE Y HUME. Al respecto podemos decir que la definición de libertad en THOMAS HOBBS (1589-1679) se describe de la siguiente manera : "Un hombre libre es quien en aquellas cosas que su fuerza e ingenio es capaz de hacer, no halla obstáculos para hacer lo que quiere" ; para JOHN LOCKE (1632-1704) "La libertad natural del hombre consiste en ser libre de todo poder superior en la tierra y en no estar sujeto a la voluntad de la autoridad legislativa del hombre, sino tener por norma ética la única ley de la naturaleza", citados por BAY,(Christiam), "La Estructura de la Libertad", Madrid, Editorial Tecnos s.a, 1961, primera edición, pp 44 y 46. En el caso del DAVID HUME (1711-1775), define la libertad de la siguiente manera : "Los antiguos observaron que todas las artes y ciencias surgieron entre las naciones libres (...) se ha observado también que, cuando los griegos perdieron su libertad, aunque sus riquezas aumentaron considerablemente gracias a las conquistas de Alejandro, sin embargo, las artes a partir de ese momento decayeron entre ellos (...) el saber se trasplantó a Roma, la única nación libre del mundo en aquel tiempo, y habiendo encontrado suelo tan favorable, prosperó prodigiosamente durante más de un siglo, hasta que la decadencia de la libertad produjo, también, la decadencia de las letras...", en HUME,(David), "Ensayos Políticos", San José, Colección Clásicos de la Democracia, Universidad Autónoma de Centroamérica, primera edición, 1986, pág 147.

19 ROSENAL,(M) y IUDIN,(P), Op Cit, p 229. Algunos exponentes de ésta corriente, son JUAN JACOBO ROUSSEAU (1712-1778), para quien la libertad es inherente al ser humano y así lo establece en su célebre libro "El Pacto Social" : "Renunciar a la libertad es renunciar a ser un hombre, ceder los derechos a la humanidad e inclusive sus deberes", citado por BAY,(Christiam), Op Cit, p 144. Otro autor es THOMAS HILL GREEN (1836-1882), para quien la libertad es vista como la posibilidad de procurar la perfección del individuo y su idea del Estado, como el medio que proporciona a todos esta posibilidad : "El Estado moderno contribuye a la realización de la libertad, si por libertad entendemos la autonomía de la voluntad o de su determinación por objetos racionales, objetos que contribuyen a satisfacer las exigencias de la razón, el esfuerzo por la perfección propia" Ibid, pág 75.

Para esta corriente filosófica, el determinismo es un eje central de la actividad humana y por consiguiente, parecería que el problema de la libertad en un determinado entorno social no puede ser entendido, sino se realiza a través de construcciones metafísicas o que trascienden más de lo dado objetivamente.

iii) Concepción de Isiah Berlin

Una distinción muy contemporánea en torno a la libertad, podemos apreciarla en este historiador británico, quien habla de dos polarizaciones de la libertad : positiva y negativa. En el primer caso, -positiva- se deriva del hecho por parte del individuo de ser su propio dueño : “Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo y no de fuerzas externas, (...) *Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por decirlo así, desde fuera*” .²⁰

Este aspecto o faceta implica que el individuo se plantee, acerca de cuál es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa y otra. En cuanto al lado negativo de la libertad, tenemos que las decisiones son tomadas por agentes con poderes o derechos, que en virtud de dicho status, necesariamente conlleva a que

el subordinado se cuestione “en qué ámbito mando yo”, y “no quién es el que manda”; que es el propio de la libertad positiva. Ejemplos de libertad negativa tenemos el dominio ejercido por parte de los patronos hacia sus obreros el de los padres a los hijos, donde la interrogante radica en formularse a la vez, “cuál es el ámbito en que el sujeto se le deje o se le debe dejar hacer lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas” .²¹ Vemos por consiguiente, que bajo la teoría de Berlin, el ser humano se encuentra siempre cuestionándose cuales son sus ámbitos de dominio dentro de todo un engranaje institucional/convivencial y por ende, se pregunta hasta donde debe llegar el ámbito de las entidades políticas -como el Estado-, en su propio margen de transacción operativa.

De todas las anteriores concepciones expuestas, podremos concluir que la tarea de congeniar los parámetros de la libertad individual con los requerimientos de la vida en sociedad institucionalizada no son tarea fácil de armonizar y/o lograr. Asentimos con la visión de BERLIN, en el sentido de la existencia de una esfera irreductible en la que opera la libertad negativa, y que suele estar asociada al ámbito que cuestiona nuestro radio de acción como individuos versus los poderes estatales. Así que vamos

20 BERLIN, (Isiah), “Libertad y Necesidad en la Historia”, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, primera edición, 1974, pág 145.

21 BERLIN, (Isiah), Op Cit, pág 136.

a centrarnos seguidamente, en la función que conforta la libertad, tratándose de las distintas prestaciones necesarias emanadas de los poderes referidos, y que tengan relación con el cumplimiento de los DESC.

B. El carácter de prestación social en los DESC.

En el caso de un autor como CONTRERAS PELAEZ ; éste aduce que merecen el título de “sociales”, aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del ciudadano.²² Otras definiciones al respecto, las aporta el anterior estudio citado, con PAUL RICOEUR, para quien *“los derechos civiles requerían una no-intervención del poder estatal ; creaban, en consecuencia, obligaciones negativas para el Estado ; los derechos sociales crean obligaciones positivas, en la medida en que sólo son realizables por medio de acción social” ; y con JEAN RIVERO : “los derechos sociales responden a la idea según la cual los ciudadanos tienen derecho a esperar del poder la satisfacción de aquellas necesidades fundamentales que no puede*

*asegurar el “juego de la libertad”.*²³ En el fondo, la dimanación de la prestación social, se encuentra ligada al modelo económico/ político denominado *Keynesianismo*, que no fue solamente una corriente renovadora de la teoría económica clásica sino que aportó muy en especial, la justificación doctrinal del estado intervencionista. En los años treinta y, sobre todo, a partir de 1945, se tomó una serie de medidas en diversos países, medidas que luego se unificarían en el modelo del Estado del bienestar. Las inversiones en obras públicas en los Estados Unidos, así como la legislación reguladora de las relaciones laborales, la asistencia sanitaria y, sobre todo, la citada *National Recovery Act* que contenía, como ley marco, un conjunto de medidas para fomentar la producción y generar empleo; la legislación socialmente muy avanzada de los primeros meses del Frente Popular en Francia en 1936 (subsidios de paro, reducción de la jornada laboral, vacaciones pagadas); las recomendaciones del Informe de Beveridge, en Inglaterra, en 1944, en especial la creación de *Health Service* y la nacionalización de diversos sectores industriales y de servicios, todo ello, por no citar sino los ejemplos más significativos en la época, de la medida de una preocupación generalizada que acabaría

22 CONTRERAS PELAEZ, (Francisco J.), “Derechos Sociales : Teoría e Ideología”, Editorial tecnos, Madrid, 1994, pág 11. Podemos entender a los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos que de una u otra manera pretenden otorgarle a la colectividad mayores y mejores condiciones de vida, pero para alcanzar tales propósitos u objetivos, necesitan de la participación activa y efectiva del Estado, donde éste asuma un verdadero y auténtico compromiso por medio de todas sus instituciones en aras de alcanzar tales fines; ver en este sentido a VASQUEZ, (Enrique), “Hacia una Nueva Concepción de los Derechos Humanos”, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No 5, enero-junio 1987, San José, pp 64-65, y a GROS ESPIELL, (Héctor), “Estudios sobre Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1988, pág 331.

23 CONTRERAS PELÁEZ, (Francisco J.), Op Cit, pág 18.

formulando un modelo de Estado que todos darían por supuesto algunos años después.

El modelo final que quedaría a partir de 1945 y se consolidaría en el decenio de 1950, llegando a su plenitud en el de 1960, fue el del Estado providencia, que se ocupa de los más desfavorecidos, garantizando su poder adquisitivo, asegurándoles frente a las incertidumbres y cuidándose de que tanto ellos como su descendencia tengan igualdad de oportunidades; fue también el del Estado intervencionista, que regula el mercado por los más diversos motivos: evitación de la crisis, legislación antimonopolista, controles de precios, política de salarios, inversiones, ampliación de la base fiscal, etc. Todo ello es lo que hoy llamamos Estado del bienestar, caracterizado por la economía mixta y la tentación de la planificación de la actividad económica. Así que si hablamos del carácter de prestación social de los DESC, tenemos irreversiblemente que admitir la intervención del aparato estatal en esta materia, y sobre dicha relación trataremos de ahondar más en el punto siguiente.

2.3 La función del Estado y su relación operativa con los DESC

Básicamente en el aparato estatal se entrelazan dos funciones inherentes a la vigencia y tutela de los DESC en el orden interno, las cuales pueden ser contradictorias en sí mismas. La primera es como realizador y tendiendo

a un criterio de obligaciones positivas o de “hacer”; y la segunda obedece a un criterio de “no-hacer”, dejar la concreción de los DESC a expensas de la libertad individual y sobre todo, ajena de la supervisión de los poderes públicos.

A. El Estado como realizador de los DESC.

Para el abogado chileno JORGE MERA FIGUEROA, si bien es cierto que este tipo de derechos tiene que lidiar con dos problemas conexos, como lo son la falta de recursos para satisfacerlos en muchas naciones subdesarrolladas, y el cuestionamiento de su exigibilidad ; *“Eso no significa que no sean derechos auténticos (...) Y el deber del Estado, sigue siendo el mismo, procurar, por todos los medios a su alcance, una máxima satisfacción, dentro de lo posible ; acercarse lo más que se pueda, a dicha satisfacción. Ello supone planes estatales concretos en relación con los distintos rubros en que inciden estos derechos, trabajo, salud, educación, vivienda, etc, privilegiando en primer término los derechos de subsistencia”*.²⁴

ASBJORN EIDE, nos dice que *“La implementación de derechos económicos, sociales y culturales hace que el Estado tenga que proveer una seguridad al individuo para su desarrollo, lo cual genera obligaciones para los nuevos Estados. Por tal motivo, si un Estado quiere desatenderse de tales*

24 “Seminario Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales : Un Desafío para la Democracia”, Op Cit, pág 18.

derechos, podría ratificar solamente los derechos civiles y políticos".²⁵ Es claro con todo lo anteriormente expuesto, la obligación positiva que genera una actuación del Estado para la satisfacción de este tipo de derechos. En todo caso, como lo apunta BARCESAT; *"...los derechos económicos, sociales y culturales importan un gasto y nadie quiere hacerse cargo de ese gasto : Va contra la lógica propia del sistema, que es la de la maximización de las ganancias y consecuente acumulación de capital. No se les puede impedir ni pedir a las empresas de capital monopolista internacional que produzcan y aporten, gratuitamente, para la distribución entre los necesitados sin capacidad económica"*²⁶

Queda establecido entonces de todo lo expuesto, que los DESC tienen la característica de que generalmente su cumplimiento conlleva el deber esencial del

Estado de proporcionar los mecanismos necesarios para satisfacer las necesidades de carácter social, económico y cultural de los ciudadanos, mientras que en los derechos civiles y políticos (DCP), el Estado está obligado a abstenerse de violarlos mediante cualquier tipo de acción u omisión.²⁷

B. El Estado y el ámbito de la Libertad en los DESC.

Un problema común que se presenta en el ámbito de la libertad y su relación con los individuos, lo es sin duda alguna, la eterna disputa entre determinismo y fatalismo. El determinismo es la opinión de que todo lo que sucede está determinado, es decir ; todo lo que sucede tiene una causa.²⁸ Por su parte, el fatalismo no niega que todo lo que ocurre tenga una causa. Sólo niega que los seres humanos tengan poder para cambiar el curso de los acontecimientos: *todo lo que será, será.*²⁹

25 EIDE,(Asbojorn), "Economic, Social and Cultural Rights : a textbook", Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, pp 22-23.

26 BARCESAT,(Eduardo), "Derecho al Derecho : Democracia y Liberación", Ediciones Fin de Siglo, Buenos Aires, 1993, pág 105.

27 FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo I, pág 272-273. Continúan los autores aduciendo lo siguiente : "El Estado no es el encargado exclusivo de asegurar el goce de los DESC, pues hay que tener presente que la autoridad central no es infalible y que no existen recursos suficientes para que el Estado esté en capacidad de asumir directamente la provisión de asumir directamente la provisión, producción y distribución de los bienes y servicios que ponen en práctica los DESC. Así las cosas debemos entender al Estado como promotor, protector y guía del cumplimiento de los DESC, sin que ello implique que sea el encargado directo de proveer y suministrar todas las decisiones y recursos para el cumplimiento de esos derechos. Por ello el papel del Estado será algunas ocasiones, de abstención, como en el caso de los derechos de huelga, de sindicalización o de libre asociación, otras veces asumirá un papel dinámico, incluso en la provisión de bienes y servicios, como en los casos de servicios públicos en el que el mercado privado es insuficiente e inadecuado. Así, que debe quedar claro que las prestaciones estatales que dan contenido a los DESC pueden ser de muy diversas formas (...), Pág 274.

28 Para HOSPERS ; "La palabra "determinado"en el contexto del problema de la libertad humana, es sinónimo de "estar acusado"". HOSPERS, (John) "Introducción al Análisis Filosófico", Alianza Editorial, segunda edición, Madrid, 1984, pág 401.

29 Ibíd, pág 402.

Tales posturas tratan de adoptar una concepción en torno al influjo de la libertad dentro de la esfera individual. Sin embargo, se han dado otras tesis que establecen "nuevas formas de control" sobre la libertad misma de las personas, cercenando la manifestación plena de los sujetos sociales sometidos a dicho patrón. Es así como la obra denominada "El Hombre Unidimensional" de MARCUSE, manifiesta los síntomas que se han confabulado en contra de la libertad, al fragor de la sociedad industrial contemporánea.³⁰

Parte de lo cautivador que ha sido durante muchas décadas, el *pensamiento marcusiano*, radica en su capacidad de desnudar que la panacea de confort y bienestar abundante como marco convivencial de las sociedades desarrolladas, es motivo de autodestrucción a lo interno de las matrices sociales y de las libertades plenas. La libertad viene a ser una mera abstracción, no concretizada ni disfrutada a cabalidad por los diferentes grupos sociales. Prevalece lo que el mismo

MARCUSE denominó como conciencia falsa, y ha reducido al hombre a un mero *homus-economicus* que se ha sumado a funciones parasitarias y alienadas: *"La publicidad, las relaciones públicas, el adoctrinamiento, la obsolescencia planificada, ya no son gastos generales improductivos, sino más bien elementos de los costes básicos de la producción. Para ser efectiva, tal producción de despilfarro socialmente necesario requiere una continua racionalización : la incansable utilización de la técnica y de la ciencia avanzada (...) En tanto que este sistema prevalece, reduce el valor del uso de la libertad ; no hay razón para insistir en la autodeterminación, si la vida administrada es la vida más cómoda e incluso la "buena vida"*³¹

En todo caso la libertad no puede ser separada de la base material de la existencia humana, de la estructura económica, política y social de la colectividad³². Lo anterior nos lleva necesariamente a insertarla en aras de darle "contenido" preciso, en el marco

30 "Una ausencia de libertad cómoda, suave, razonable y democrática, señal de progreso técnico, prevalece en la civilización industrial avanzada. ¿Qué podría ser, realmente más racional que la supresión de la individualidad en el proceso de mecanización de actuaciones socialmente necesarias aunque dolorosas ; que la concentración de empresas individuales en corporaciones más eficaces y productivas ; que la regulación de la libre competencia entre sujetos económicos desigualmente provistos ; que la reducción de prerrogativas y soberanías nacionales que impiden la organización internacional de los recursos ? Que este orden tecnológico implique también una coordinación política e intelectual puede ser una evolución lamentable y, sin embargo, prometedora. Los derechos y libertades que fueron factores vitales en los orígenes y etapas tempranas de la sociedad industrial se debilitan en una etapa más alta de esta sociedad : están perdiendo su racionalidad y contenido tradicionales. La libertad de pensamiento, de palabra y de conciencia eran -tanto como la libre empresa, a la que servían para promover y proteger- esencialmente ideas críticas, destinadas a reemplazar una cultura material e intelectual anticuada por otra más productiva y racional (...)" , MARCUSE, (Herbert), "El Hombre Unidimensional", Editorial Seix Barral s.a, novena edición Barcelona, 1972, pp 33-34.

31 MARCUSE, (Herbert), Op Cit, pág 80.

32 FROMM,(Erich), "El Miedo a la Libertad", Editorial Paidós, 12va reimpresión México, 1991, pág 259.

de un determinado sistema político. Es decir, en la medida en que se privilegie la convivencia democrática³³, podremos afirmar que la libertad adquiere un sentido más óptimo. Asimismo, es necesario indicar que si hablamos de la democracia como forma de gobierno posible, solo puede enmarcarse dentro de un Estado con características particulares, y el propósito de éste como bien lo apuntó la filosofía de SPINOZA, no consiste en : *“...dominar a los hombres ni acallarlos por el miedo o sujetarlos al derecho de otro, sino por el contrario, liberrar del miedo a cada uno para que, en tanto que sea posible, viva con seguridad, esto es, para que conserve el derecho natural que tiene a la existencia sin daño propio ni ajeno”*.³⁴ Con estos

planteamientos clásicos, queda de manifiesto que para acrecentar el disfrute de la libertad individual, es necesario la existencia del Estado. De hecho así lo concibieron los antiguos pensadores contractualistas, al plantear la renuncia de tal libertad, como germen del Estado moderno.³⁵

Entonces, ¿cómo podríamos armonizar la actitud libertaria con el poder coercitivo?... para un autor como BENITO DEL CID, los derechos en mención comportan una nueva percepción del papel del Estado en relación con el problema de la libertad ; *“El poder político, en vez de seguir siendo considerado como el enemigo natural de la autonomía del individuo, pasa a ser concebido como un*

33 En forma muy sencilla y hasta llana, entenderemos por democracia una modalidad de política que respete y atienda los intereses de la sociedad, a través de mecanismos de participación; expresión; acceso a oportunidades; sustento en las libertades públicas como premisas básicas.

34 CARVAJAL VILLAPLANA, (Álvaro). “Derechos Humanos, Desobediencia y rebelión en Spinoza”, en Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, XXXV (85), Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, San José, 1997, pág 20. Prosigue el autor del artículo aduciendo que para SPINOZA, “El objetivo del estado es convertir a los hombres en seres racionales, no en bestias o en autómatas, que desenvuelvan en todas sus funciones y que no rivalicen por el odio, la cólera o el engaño, ni hagan la guerra por causas injustas (al parecer existen guerras que son justas). En resumen, el fin del Estado es la libertad. La libertad no es solamente el disfrute de los derechos humanos, también es la liberación de las pasiones”.

35 Ver en este sentido a ALVAREZ GONZALEZ, (Francisco) , “El Pensamiento Moderno y la Idea del Hombre”, Tomo II, EUNED, segunda reimpresión, San José, 1985, pp 108-119. Cfr: En contra de estas posiciones tenemos la esbozada por MIGUEL A. RODRIGUEZ y su doctrina liberal: “La libertad del hombre requerida para la sobrevivencia de la democracia es en sí misma más valiosa que la propia democracia, pues se desprende de la dignidad de la persona y no pretendemos, con lo dicho, aplicarla simplemente como sustento para una forma democrática de gobierno, sino más bien señalar la necesidad recíproca entre forma y objetivos de organización política (...) Lo anterior implica la búsqueda de esquemas para la coordinación de acciones humanas libres, o sea, basadas en posibilidades indeterminadas de comportamiento individual que se encuentren unas con otras en la sociedad y que, dentro de la ley, dentro de un conjunto de reglas de juego, se coordinan a través de un proceso espontáneo de evolución social”(p 385) El autor no cree en una acción estatal que respalde las no-libertades, en aquellos que por una razón específica no puedan acceder dentro del nivel económico a “...la coordinación de acciones libres que dan lugar a la preeminencia de lo espontáneo en la evolución social, lo llamamos “mercado””; más bien, todo sistema de participación debe comenzar por el respeto al Principio de Subsidiaridad: “Según este, la solución de los problemas debe quedar a cargo de la unidad más pequeña capaz de afrontarlos: primeramente el individuo, después la familia, luego la sociedad voluntaria, en seguida el barrio, distrito y provincia y sólo en último grado la nación”. RODRIGUEZ ECHEVERRIA, (Miguel Angel), en LEVINE, (George) comp. “El Desafío Neoliberal: El fin del Tercermundismo en América Latina”, Grupo Editorial Norma, primera edición 1992, pág 386.

imprescindible promotor de la liberación social y como su organizador más caracterizado".³⁶

A manera de síntesis, diremos que un Estado que pretenda promocionar y resguardar los DESC, debe ser capaz de salvaguardar la esfera de la libertad personal, tomando en cuenta los siguientes parámetros: a) Permitir que los individuos ejerzan su radio de libertad en el marco diseñado por la estructura legal e institucional; b) La anteriormente expuesto implica necesariamente que la libertad tiene por sí misma, límites que deben ser por demás respetados; c) El rol del Estado estribaría entonces ante la libertad, en brindar oportunidades a su población para el disfrute de los citados derechos económicos, sociales y culturales y d) Para lograr dicho cometido se deben crear condiciones precisas y extensibles a la población destinataria en su conjunto, pensando en criterios de equidad, solidaridad o justicia social entre otros.

III. Problemática de un derecho mínimo exigible: Garantización y Reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales

En este punto, abordaremos la problemática concreta que conllevan este tipo de derechos ante el hecho de la exigencia de su nivel de garantía y reconocimiento. El meollo del asunto lo sintetiza apriorísticamente un autor cuando dice que existen dos grandes problemas para garantizar los DESC; uno se refiere al conflicto de poderes del Estado, y el otro a la antagonía con otro tipo de derechos.³⁷

Si tomamos como parámetro el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, nos encontramos con que con respecto a tales derechos; "*Los Estados los reconocen de inmediato y se comprometen a tomar medidas para su plena efectividad y garantía a futuro. Es el caso*

36 citado por CONTRERAS PELAEZ, (Francisco J.), Op Cit, p 19. Cfr : En contra de esta tesis podemos mencionar lo expuesto por un Senador de Filipinas, para quien "...los países en desarrollo deben sacrificar la libertad temporalmente para adquirir el rápido desarrollo económico que su creciente población y sus crecientes expectativas demandan, en pocas palabras, el gobierno debe ser autoritario para promover el desarrollo", citado por FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo III, pág 313

37 MAYORGA LORCA, (Roberto), Op Cit, pág 33. El mismo autor establece en otra ocasión que, "Un primer problema es, el conflicto de poderes. El poder judicial requerido por un particular para hacer efectivo el derecho a la educación, el derecho a la salud, a la seguridad social, etc... ¿ tiene facultades para obligar al Ejecutivo a que dé trabajo a una persona ?, ¿ tiene facultades para obligar a un particular para que acepte en un establecimiento educacional a un apersona ? La respuesta a esto significaría tal vez, darle más atribuciones al poder judicial, por eso es que algunas personas hablan del estado judicial y del poder judicial como baluarte de la protección de los derechos del hombre. En este, el poder judicial pasa a tener un rol preponderante, porque es el órgano ante el cual se recurre y el que tiene las atribuciones, incluso para obligar a los otros poderes a fin de poder hacer efectivo el derecho a un particular (...). El otro problema que presenta garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, según algunos, es una suerte de antagonismo que podría producirse entre estos derechos y los derechos civiles y políticos (...). Hay entonces una relación de tensión entre los derechos económicos, sociales y culturales por un aparte, y los derechos civiles y políticos por otra." Seminario : Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales : Desafío para la Democracia", pág 25.

del derecho a un nivel de vida adecuado ; del derecho al trabajo, del derecho a la seguridad social ; del derecho a la protección de la familia, maternidad, infancia y adolescencia ; del derecho a la protección de la salud ; del derecho a la educación y de los derechos culturales, (...) La regla anterior tiene, no obstante, tres excepciones en el Pacto : a) el derecho a sindicación, b) el derecho a huelga, y c) la libertad de educación. Según el Pacto los Estados no sólo reconocen estos derechos sino que se obligan a garantizarlos y respetarlos de inmediato. Esto es, son de cumplimiento inmediato. Respecto de la sindicación y la huelga el Pacto emplea expresamente la expresión “garantizar” y respecto de la libertad de educación, tanto de los padres para elegir el colegio de sus niños como de los particulares para erigir establecimientos educativos, la expresión “respetar”. Como el Pacto no fija plazos al respecto, debe concluirse que la garantía y el respeto deben tener lugar de inmediato.”³⁸

De lo anteriormente expuesto, la pregunta que surge inmediatamente, radica en plantearse cual ha sido la motivación para otorgarle cierto grado de privilegio, garantizando tres derechos ipso facto. El mismo MAYORGA LORCA, despeja esta interrogante y nos dice que *“la respuesta radicaría en que se trata de derechos para cuya plena garantía no se requiere de la creación previa de “condiciones”*

que posibiliten su ejercicio. Basta con que la autoridad respectiva autorice este ejercicio para que sus titulares puedan organizar sindicatos, declarar huelgas, escoger colegio para sus pupilos o erigir establecimientos educacionales. Diferente es, en cambio, la situación en que se encuentra la mayoría de los derechos del Pacto, pues mientras no se adopten las medidas adecuadas a fin de crear las condiciones necesarias -de que habla el Pacto-, no son susceptibles de ser efectivamente gozados. Así, por ejemplo, poco o nada se consigue con garantizar en calidad de derecho subjetivo el derecho a la protección de la salud en un país que carece de hospitales y medicamentos. Las tres excepciones mencionadas no requieren de un rol activo del Estado, ya que éste no necesita adoptar medidas, sino tan sólo autorizar su ejercicio”.³⁹

A nuestro juicio, el desfase que existe es el concerniente a la distinción operativa entre *derechos y garantías*, para exigir tales derechos por un lado; y la consideración de un *contenido mínimo* que sirva como base de inicio. Por lo tanto, seguidamente abordaremos ambas interrogantes por separado, así como *el carácter programático de los DESC*, para culminar sintéticamente, con lo que hemos denominado como *“Teoría de la Contradicción Fáctica de los DESC”* que pasaremos más adelante a reseñar en este mismo apartado. Antes, nos vemos en

38 MAYORGA LORCA, (Roberto). "Naturaleza Jurídica..." Op Cit, pág 169.

39 *Ibid*, pág. 170.

la ineludible necesidad de realizar un correcto deslinde o distinción entre los conceptos anteriormente aludidos.

3.1 Distinción entre Derechos y Garantías

Para tratar de despejar el primer paradigma, nos basaremos en la distinción establecida por el constitucionalista costarricense RUBEN HERNANDEZ VALLE, que aunque se refiere a la Constitución Política vigente de la República de Costa Rica (1949), establece una distinción que nos ilustrará aún más sobre todo lo que hemos venido tratando líneas atrás. Para el autor, los derechos son *“el conjunto de facultades o poderes que nuestra constitución consagra en favor de los individuos para la consecución de sus aspiraciones y el desenvolvimiento de su personalidad, tanto en el campo material como espiritual”*, y a su vez las garantías *“son los instrumentos jurídicos, los medios de acción que otorga nuestra constitución a los individuos, lo mismo que las prohibiciones y en general las limitaciones que dicha Carta Política impone a los órganos y entes*

públicos en el ejercicio de sus atribuciones, con el fin no sólo de sustentar los derechos sino también de darles su plena eficacia”.⁴⁰

Los derechos serían la exposición positiva de los valores jurídicos a tutelar en favor de las personas; mientras que las garantías aquellos mecanismos creados por el sistema jurídico, -con rango constitucional para los efectos de la distinción de HERNANDEZ VALLE- que son capaces de hacer más viables, reales y accesibles los derechos expuestos taxativamente.⁴¹ Ese es precisamente el problema con este tipo de derechos, dado su carácter programático es difícil traducir las normas jurídicas que sientan derechos o aspiraciones a conseguir, en mecanismos más certeros e inmediatos por parte de los afectados y que les permitan exigir su cumplimiento.

En todo caso, FERNANDO HERRERO TEJEDOR, ha establecido sobre este particular que *“Garantía del Derecho es todo factor susceptible de actuar con eficacia como medio de asegurar la vigencia del mismo. Por consiguiente, entra en este concepto todo cuanto contribuye a darle la eficacia*

40 HERNANDEZ VALLE, (Rubén). *“Las Libertades Públicas en Costa Rica”*, Editorial Juricentro, San José, 1980, pp 33-34. Cfr: En contra de ésta separación, se encuentra IGNACIO BURGOA, que equipara *“garantías”* a *“derechos”*, Ver su libro *“Las Garantías Individuales”*, Edit. Porrúa, México, 1970.

41 En el caso de las garantías legales establecidas en Costa Rica, para el pleno disfrute y desarrollo de los derechos establecidos a nivel constitucional, el artículo 48 dispone que *“Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”*. En otros países de Latinoamérica, como es el caso de Colombia, existe la llamada acción de tutela, ver en este sentido el artículo de EMILIA GIRON REGUERA, *“Semejanzas y diferencias entre el amparo constitucional español y la acción de tutela colombiana”*, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furia Cerillo 20/21, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración-Universitat de València, verano y otoño de 1997, pp 97-113.

social. Por ello, en el concepto de garantía no sólo entran las estrictamente jurídicas, sino también una serie de condiciones extrajurídicas, que pueden ser políticas, sociales, morales, etc. Además, ya para hablar de “garantía del derecho” se parte de la realidad de una previa formulación de este derecho, conforme a ciertas condiciones”⁴²

3.2 El Contenido Mínimo de los DESC

Con respecto a la noción de “contenido mínimo”, se ha gestado una evolución sumamente valiosa al respecto, como una suerte de mecanismo garante del cumplimiento de ciertas metas básicas. Tomemos en consideración la exposición siguiente, por parte del Profesor ALSTON: *“el hecho de que dicho contenido básico debe existir (...) parecería una consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. En otras palabras, no habría justificación para elevar una “reclamación” a la condición de un derecho (con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene) si su contenido normativo puede ser tan indeterminado que permita la posibilidad de que los que ostentan los derechos no posean ningún derecho particular a nada.*

Por lo tanto, cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, (SUBRAYADO NUESTRO) en ausencia del cual deberá considerarse que un Estado parte viola sus obligaciones”⁴³

Un interesante relato en torno a la evolución del concepto de contenido mínimo, es realizado por ANTONIO CANCADO TRINDADE, el cual exponemos a continuación: *“En los debates de 1990 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, se insistió en el “Contenido Mínimo” de estos derechos, afectados por los problemas de la deuda, de los ajustes estructurales y del empobrecimiento. Los debates de 1991 del Comité se concentraron en los problemas de la utilización de indicadores económicos y sociales (en razón de su insuficiencia para asistir el trabajo del Comité), habiendo concluido que dichos indicadores deberían buscar un equilibrio entre los conceptos de cantidad y sobre todo de calidad, para mejorar reflejar la realidad de los derechos humanos. El Informe del comité sobre su sexta sesión indica que, también en 1991, se procedió a la elaboración de directrices revisadas sobre los informes gubernamentales, de modo que contengan, inter alia, informaciones*

42 HERRERO TEJEDOR, (Fernando), Op Cit, pág 142. Continúa el autor diciendo que “Esta posición se complica un tanto al pensar que no sólo debe ser considerada desde el punto de vista del derecho interno, sino también del derecho internacional. Efectivamente, las garantías para los derechos humanos han de ser instrumentadas no sólo a nivel nacional, sino especialmente al nivel internacional, porque desde la proclamación de principios o de carácter ideológico hasta el ejercicio efectivo de los Derechos Humanos, hay un largo trecho que recorrer”.

43 Citado por CEPAL (Comisión Económica para América Latina y El Caribe), “La Igualdad de los Modernos : reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José -Costa Rica, 1997, pp 39-40.

sobre indicadores económicos y sociales e indicaciones sobre el estándar de vida no solo de la sociedad como un todo pero también de determinados grupos, particularmente los vulnerables(...)”⁴⁴

Para el período 1989-1991, el Comité de DESC, elaboró y divulgó cuatro “comentarios generales”; el primero del año 1989 es dedicado al perfeccionamiento del sistema de informes por los Estados Partes bajo el Pacto, de modo que fuese factible una mejor evaluación del progreso en relación con los DESC. En el Comentario general No 2 de 1990, el Comité sugirió medidas de asistencia técnica internacional para dichos derechos, basados en el artículo 22 del PIDESC. Pero fue el Comentario General No 3 de 1990, en donde el Comité insistió en las “obligaciones mínimas”, de todos los Estados Partes de asegurar al menos, la satisfacción de niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos consagrados en el Pacto.⁴⁵

Esta tendencia a la instauración de contenidos mínimos, acarrea por si misma, una directriz

tendiente a encontrar un grado de precisión que permita llegar a la exigibilidad de los derechos contemplados como DESC. Desde la óptica de una autora el punto a dirimir radica en la siguiente premisa : “*Al referirnos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, intentamos evidenciar cómo el carácter indeterminado de un derecho puede convertirse en un obstáculo para su exigibilidad. Un reto importante que confronta el movimiento de derechos humanos consiste en identificar y desarrollar el contenido mínimo esencial de cada uno de estos derechos*”.⁴⁶

Sobre toda esta distinción de contenido mínimo de los DESC, un grupo de expertos de la CEPAL y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, expuso lo siguiente :

“A la afirmación de la responsabilidad permanente del Estado por la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales hay que agregar una referencia final a los esfuerzos doctrinales recientes relativos a tal

44 CANCADO TRINDADE, (Antonio), “La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol I, Op Cit, pág 57.

45 CANCADO TRINDADE, (Antonio), Op Cit, p 58. Ver en igual sentido, el artículo del mismo autor denominado “Relaciones entre el Desarrollo Sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes”, en “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol II, Op Cit, pp 36-37.

46 BOLIVAR, (Ligia), “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol I, Op Cit, pp 108-109. Continúa la autora diciendo lo siguiente : “Consideramos que fijar un límite mínimo uniforme por debajo del cual no debe ubicarse ningún Estado, no debilita el derecho en cuestión siempre y cuando dicho contenido sea entendido como un punto de inicio y no como un punto de llegada ; por el contrario, establecer ese marco asegura una base uniforme que debe ser respetada, incluso por aquellos estados con recursos económicos limitados. Vale recordar que una de las razones que ha impedido el desarrollo de mecanismos más eficaces de verificación del cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, es precisamente el carácter vago e indeterminado del contenido de dichos derechos, por lo que no tiene mayor sentido rechazar la posibilidad de definir el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales. La definición de un contenido mínimo esencial de un derecho no puede significar un techo sino tan sólo un piso a partir del cual se vaya desarrollando progresivamente el más alto nivel posible de satisfacción del mismo” pp 110-111.

vigencia de estos derechos. Se reconoce hoy en día que muchos de ellos (v.g., ciertos derechos sindicales, la igualdad de remuneración por trabajo igual, el derecho a la educación primaria obligatoria gratuita) son de aplicabilidad inmediata" 47

La anterior evolución para apostar a la exigibilidad o aplicabilidad inmediata, en el ámbito del sistema interamericano se ha gestado con la aprobación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"⁴⁸), que dispone la posibilidad de acudir al sistema contencioso del sistema interamericano -regulado en los artículos 61 a 69 de la Convención-, si se violenta el derecho a la libertad de organización sindical y el derecho a la educación; más no del resto de los DESC dispuestos en el instrumento.

Por otra parte, prosigue el documento aduciéndonos que *"Se han distinguido no sólo obligaciones mínimas referentes a los*

derechos económicos, sociales y culturales, sino también obligaciones distintas -de respetar, proteger, asegurar y promover- tales derechos. Se ha señalado la importancia del principio de la no-discriminación también en el presente contexto. (...)". Vemos por lo tanto que el Estado tiene una obligación consustancial de "realizar" una serie de acciones y en este sentido en el ámbito doctrinal se han dimensionado los alcances de dicho término. Así, tenemos que el académico germano, ROLF KÜNNERMAN, durante el curso de verano del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo en 1996, destaca la gran importancia del término "realización" y las falacias que atentan contra este objetivo. La primer falacia es la *falacia de la reducción*, que busca desvirtuar la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos y arguye que: *"los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de naturaleza diferente a los derechos civiles y políticos"* por lo que solos los DCP son exigibles de ser realizables plenamente.⁴⁹

47 CEPAL, "La Igualdad de los Modernos", Op Cit, pág 50

48 El Protocolo fue suscrito por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999, siendo aprobado en la actualidad por catorce países de los diecinueve, que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (PD: El corte es a la fecha de conclusión de estas líneas en setiembre del 2008).

49 KÜNNERMAN, (Rölf), "The Right to an Adequate Standart of Living", International Institute of Human Rights, Lecture 2, p 2, 1-26 july 1996, 27th Study Sesion Strasbourg-France, 1996.. Cfr: El grupo de expertos que hemos venido reseñando, sobre este particular afirmó que " En esta línea, se ha buscado identificar por lo menos los componentes justiciables de los derechos económicos, sociales y culturales (v.g., de los derechos a la educación, a la salud, a una vivienda adecuada, sobre todo en sus aspectos referentes a la no-discriminación), elementos estos que han sido objeto de la jurisprudencia internacional más reciente bajo los tratados y convenciones de derechos humanos y que además han sido aplicados en el orden jurídico interno de muchos países. Hay, pues, que tratar los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos que son", CEPAL, "La Igualdad de los Modernos...", Op Cit.

La otra falacia es la *falacia de la exageración*, que asume la postura de que en cada situación de carencia o privación, -o donde una necesidad humana no es satisfecha- los Estados en todas las situaciones tienen los medios y por tanto, la obligación inmediata de resarcir o sino de prever una situación de carencia. Para KÜNNERMAN, *“Esto es por supuesto no solamente irreal, sino un peligroso error. Semejante y simplista uso del término violación de derechos económicos no tiende a considerar obligaciones específicas que son difíciles de cumplir”*.⁵⁰

A título de recuento final en este punto, es necesario establecer que el carácter de contenido mínimo de un DESC en específico, no debe de llevarnos al equívoco de pensar que si un determinado Estado cumple con la prestación básica o elemental fijada, no debe procurar expandir el contenido de dicho derecho si tiene posibilidades fácticas de hacerlo. Nada más alejado de la verdadera intención de los signantes del PIDESC y lo dispuesto en su artículo segundo: la prestación se realizará en el marco de los recursos existentes, por lo que si existe disponibilidad de avanzar y profundizar más; consecuentemente debe reflejarse en la accesibilidad y profundización de la universalidad de la provisión que se trate. En el fondo, la noción de contenido mínimo se está refiriendo a un << piso mínimo >>, más nunca de un techo determinado.

IV. Problemática del avance en la justiciabilidad de estos derechos: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Carácter de Progresividad de los mismos

Tomaremos sobre este particular, las palabras de lex-Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, HÉCTOR GROS ESPIELL, cuando al hacer mención sobre la progresividad de los derechos humanos, establece que

“ La Protección Internacional de los Derechos Humanos se caracteriza por su progresividad.

Avanza lentamente en su esfuerzo para asegurar por medio de esa progresión la mejor protección internacional de los Derechos Humanos para universalizarla, para que el Estado esté sometido al Derecho Internacional, y para superar nociones obsoletas relativas al dominio reservado y a la soberanía. Avanza para lograr armónicamente coordinación de la protección internacional de tipo universal, según los diferentes regímenes existentes en la familia de las Naciones Unidas y la protección internacional regional, en los casos que ella exista, como en Europa, América y África. (...)

50 KÜNNERMAN, (Rölf), Op Cit.

Pero estos avances, -expresión de la progresividad que, repetimos, caracteriza la materia de los Derechos Humanos, su defensa y protección desde el punto de vista internacional-, no impiden que se busquen otros caminos u otras formas internacionales complementarias de protección. Por el contrario, impulsan a pensar en otras vías y en otros criterios.

La progresividad obliga a hacer un balance de los progresos y a evaluar si el camino recorrido es el único o si, por el contrario, puede ser útil buscar otras sendas distintas, que profundicen y hagan más eficaz la protección”⁵¹

El anterior bosquejo es bastante representativo en torno a lo que debe entenderse como "progresividad", más sin embargo procedemos a continuación, a detallar los aspectos que desde nuestra perspectiva, componen el complejo realista de la progresividad de los DESC.

4.1 El Artículo 2 del PIDESC.

Algunos autores han establecido que tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como en el PIDESC, su artículo segundo establece una "obligación

genérica", es decir, dan sustento a otras obligaciones y determinan su naturaleza.⁵² Es conveniente analizar las implicaciones que se derivan de este artículo, tomando en cuenta aspectos tales como la concreción de lo dispuesto, así como los recursos disponibles para ello.

Al respecto la redacción de ambos articulados dispone lo siguiente. :

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (artículo 2.1)

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción

51 GROS ESPIELL, (Héctor), “Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos” pág 116, en “Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio”, Vol I, Op Cit.

52 KÜNNERMAN, (Rólf), Op Cit, pág 2.

alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas de otro carácter”(artículo2, párrafos 1 y 2)

El Pacto DESC en su artículo segundo, condiciona el cumplimiento de éstos derechos, al máximo de los recursos disponibles de cada Estado. El problema de la atención de tales derechos, con recursos limitados e insuficientes, plantea que los Estados no se escuden en esta disyuntiva como una excusa definitiva e insoslayable para hacer nugatorio el elenco de los derechos que nos ocupan. Incluso, se ha sostenido que el disfrute de ciertos DESC, no está condicionado a la progresividad y que su satisfacción puede ser inmediata, (como es el caso de la libertad sindical o la libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos) sin que pueda alegarse la inexistencia de recursos estatales necesarios para dar cumplimiento a estas obligaciones.⁵³

El artículo 2.1 del PIDESC requiere que cada Estado disponga de medidas según el máximo de sus recursos disponibles, en aras de ir implementando la plena realización de los derechos reconocidos en esta materia. Este máximo de recursos o provisión de recursos, requiere que los Estados tomen inmediatamente medidas posibles a su alcance y otras medidas en forma expedita, si no están tan a su disposición.⁵⁴

Siguiendo con RÖLF KÜNNERMAN y su recurrente preocupación por la connotación de *realización*, tenemos que para este autor, la gran importancia del mismo radica en que “(...) *puede ser visto desde su importante rol en la obligación genérica del 2.1 PIDESC, referente a la plena realización de los derechos humanos. El término realización, sin embargo, es algo complicado. En terminología legal “realizar un derecho” significa que el beneficiario del derecho activamente transforma una situación donde el status normativo relativo a ese derecho relacionado con él o ella no es “real” (solamente una queja a derecho) a una situación donde él o ella goza de hecho del status básico de protección relacionado con ese derecho. Esta “realización del derecho” puede o no ocurrir mediante un procedimiento ante la corte*”. Prosigue diciéndonos además, las siguientes aseveraciones:

53 BOLIVAR, (Ligia), Op Cit, pág 93.

54 KÜNNERMAN, (Rölf), Op Cit, pág 3.

“Bajo el 2.1 del PIDESC, los Estados toman medidas “para el máximo de los recursos disponibles” y “por todos los medios apropiados influyendo en particular la adopción de medidas legislativas” hacia la “plena realización” de derechos económicos, sociales y culturales. Plena realización sólo puede significar que cada ser humano ha realizado su derecho. Lo anterior incluye las siguientes cuatro condiciones :

-Los Estados deben implementar totalmente estos derechos, p.e. suministrar procedimientos legales y otros que estén listos para su uso por cada beneficiario en aras de realizar su derecho,

-Cada individuo están en una posición de hacer uso de estos procedimientos

-Este uso haya sido en efecto hecho, y

-El status haya sido disfrutado.

Ignorando los primeros tres de los cuatro puntos contenidos en una “plena realización” lleva al florecimiento de la “falacia de las necesidades básicas”. Esta falacia busca reemplazar tácitamente el

término “realización de derechos” por el término satisfacción de necesidades. Esta manipulación cambia en efecto el completo significado del artículo 2.1 del PIDESC, tomando el término “realización de un derecho” sólo para referirse al goce del status bajo un derecho” .⁵⁵

4.2 Los Recursos para Satisfacción de las Necesidades.

El tema de los recursos es hoy en día, un motivo más de controversia en torno a la satisfacción de las necesidades requeridas para el disfrute de los DESC. Al respecto un grupo de expertos, ha formulado una serie de cuestionamientos en torno a la disponibilidad de recursos. Se preguntaron entre otras cosas: (a) ¿Cuáles recursos podrían ser considerados como disponibles para cumplir con los propósitos del Pacto? ¿La obligación de adoptar medidas según el máximo de recursos disponibles implica que un Estado debe dar prioridad a la implementación de este Pacto ? (b) ¿ Se pueden considerar como recursos disponibles, solamente con los que cuenta un Estado o puede considerarse la obligación de movilizar recursos del sector privado?.⁵⁶

55 KÜNNERMAN, (Rölf), Op Cit, pág 6. Para ahondar sobre dicho aspecto, ver del mismo autor, “A Coherent Approach to Human Rights”, en Human Rights Quarterly, Vol 17, No 2, The Johns Hopkins University Press, may 1995, Maryland, 1995, pp 323-342.

56 UNESCO, “Guide to Interpretation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, March 24-25, 1983, pág 2.

Sin duda alguna, las interrogantes no son del todo fáciles de despejar, por lo que trataremos seguidamente de ahondar sobre las implicaciones que tiene el concepto recurso, para el cumplimiento de los DESC a la luz de diferentes expositores.

A. El Recurso dentro del Contexto del Artículo 2 del PIDESC

Para ROBERT E. ROBERTSON, el artículo segundo del PIDESC recuerda a los Estados la obligación de *“tomar medidas ... según el máximo de sus recursos disponibles”*, por lo que en ese contexto, *“medidas” representa acciones específicas y “recursos” representa el grado de satisfacción con que los derechos son satisfechos. Por ejemplo : en el campo de la educación, la ley que prescribe la educación libre es una medida, escuelas, maestros y libros son recursos”*.⁵⁷

Los recursos pueden ser del más diverso orden, (humanos, tecnológicos, financieros, etc.), pero lo que sería realmente imposible, es hablar de un recurso sugerido como principal indicador, pues si pensamos en los gastos militares como ejemplo, nos encontramos con que solamente en la década de los noventas, los países desarrollados gastaron en promedio un 3,6% de su producto nacional

bruto y en salud un 5,3%; en cambio los países subdesarrollados gastaron un 1,6% en salud y el doble en gastos militares, 3,8%⁵⁸. A título de recuento, se pueden desglosar los tipos de recursos destinados al cumplimiento de los DESC, según sean las siguientes modalidades:

a-Recursos Humanos : Se ha calificado a este tipo de recursos, como aquel compuesto por gente de una determinada zona geográfica, que tienen un nivel requerido y competencia para desarrollar un trabajo.⁵⁹

b-Recursos Tecnológicos : La misión tecnológica ha sido definida por las Naciones Unidas como una ayuda, metodología y actividad establecida para solventar soluciones locales, nacionales o internacionales, contribuyendo en la capacidad endógena⁶⁰

c-Recursos Informativos : Este tipo de recursos no pueden ser cuantificados, y son de vital importancia a la hora de emitir criterios cualitativos. Incluso los gobiernos pueden utilizar la información para distorsionar determinadas situaciones, como puede ser el propio incumplimiento de los derechos humanos. Sin embargo, , la información es la llave para concientizar a los ciudadanos,

57 ROBERTSON, (Robert E.), “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the “maximun available resources” to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”, en Human Rights Quaterly, Vol 16, No 4, The Johns Hopkins University Press, Nov 1994, Maryland, 1994, pág 695.

58 *Ibíd*, pág. 711.

59 ROBERTSON, (Robert E.), *Op Cit*, pág 704.

60 *Ibíd*, pág 705.

sobre la discriminación en el ejercicio de sus derechos, a través de revistas, afiches etc.

d-Recursos Naturales: El ejercicio de los DESC y su relación con la naturaleza, requieren no solo la ayuda individual, sino más bien colectiva. Así nos encontramos entonces con que un individuo no solamente tiene derecho a sembrar, sino que el resto de los ciudadanos o colectividad, tienen el deber de no contaminar los ríos, los océanos y aquellos fenómenos que incidan en la perturbación del derecho a la tierra que pueda tener el individuo anteriormente citado. El Estado debe cuidar el buen uso de tales recursos, con legislación apropiada y mecanismos que permitan el sano disfrute de los mismos.⁶¹

e-Recursos Financieros: Este tipo de recursos es quizás, el de mayor dificultad de observar, por cuanto las necesidades son mayores al recurso financiero que se pueda destinar para cumplirlas. Existen problemas, para escoger los indicadores o porcentajes de aportación de tales recursos, sea si le compete al Estado o a la misma sociedad.

B. La Carencia de Recursos como Justificación de Incumplimiento.

Sin duda alguna, una de las tesis que sigue siendo todavía más controversial, es la referente a la falta de recursos económicos, como justificante de los Estados para no atender sus compromisos. Al respecto, el Comité de DESC de las Naciones Unidas ha reiterado en forma consistente que la falta de recursos no autoriza a los Estados a desvincularse de su obligación de implementar de forma progresiva las disposiciones contenidas en el Pacto. A lo anterior se puede agregar que el Comité ha expresado que ante limitaciones graves de recursos “se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo”.⁶²

Sobre este tipo de recursos, -los económicos- se ha dicho que “el hecho de que la satisfacción de los DESC dependa de recursos económicos, presenta una peculiaridad muy particular y distintiva. La insuficiencia de recursos no es óbice para que un Estado

61 *Ibíd.*, pág 708.

62 SALINAS RIVERA, (Alejandro), “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, Bogotá, 1995, pág 52.

*intente, en la medida de sus posibilidades, satisfacer esos derechos”.*⁶³ *Ahora bien, esta asignación de recursos (donde asignarlos y en qué áreas) supone una adopción de políticas específicas por parte de los Estados que van a tener clara incidencia en lo político, social, económico etc. en una población determinada,*

4.3 El Carácter Programático de los DESC.

Otro asunto que posee capital relevancia, es el concerniente a enfatizar que los DESC poseen contenido *programático*. Es decir, cuando hablamos de la programaticidad de los derechos, no nos referimos a otra cosa que al hecho mismo que para su implementación, requieren una acción *institucional*, por parte del Estado.

Las normas jurídicas señalarán aspiraciones a cumplir, como fines en sí mismos que conllevan éstas. Sin embargo, en lo concerniente a su materialización, va a requerir la voluntad y acción estatal. Por ejemplo; una norma que diga “El derecho a la vivienda es necesario para el pleno desarrollo de la convivencia familiar, y para ello el Estado proporcionará vivienda popular a las familias de escasos recursos”, es claro el espíritu de la normativa al señalar que existe un fin social a cumplir:

proporcionar vivienda a las personas que no la puedan adquirir por razón de su ingreso o condición socioeconómica. Más para ejecutar dicho imperativo, hay que concebir las condiciones incluso hasta políticas de la administración, en aras de materializar la realización de las viviendas, siendo en este aspecto que los programas estructurados toman razón de ser.

Al respecto, retomando a FARRIER, LOBO Y PEÑARANDA, éstos autores han externado que *“Se ha distinguido muy reiteradamente a nivel doctrinal, que los DCP se identifican como verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos, con el correlativo deber por parte del Estado de no carácter programático de los DESC en los cuales pareciera entreverse una expectativa de derecho sujeta a que el Estado posea los recursos para su progresivo desarrollo. Esa condicionalidad a la que se somete la facultad de exigirle al Estado su cumplimiento, transforma los DESC en guías: proyecciones o programas a que aspiran los ciudadanos con apoyo del Estado en vez de derechos subjetivos de obligada protección y de contenido correcto. La falta de parámetros para verificar el cumplimiento de la condición -recursos adecuados disponibles-, o porque hay certeza de que la condición no se cumple, o porque no existe un orden de prioridades aceptado, hace que no se pueda evaluar su*

63 MERA FIGUEROA, (Jorge), Op Cit, pág 13. Estos derechos se caracterizan por su “...naturaleza programática, sujeta a que el Estado posea los medios para su progresivo desarrollo, aunque esto no significa, una excusa para su incumplimiento”, citado por MARTI DE VESES PUIG, pág 302.

*cumplimiento y algunos llegan a dudar de la vinculatoriedad jurídica de estos derechos*⁶⁴

Los mismos autores desvirtúan argumentaciones como la anterior, al establecer que “... *la naturaleza programática de esos derechos no significa de ninguna manera una excusa para su incumplimiento, más bien, la presencia de programas impone deberes más integrados y más sistemáticos a los Estados, obligándolos a dar cuenta y avance progresivo de sus acciones*”.⁶⁵ Con el advenimiento de las teorías de rendición de cuentas de los poderes y funcionarios públicos en general, se hace más reiterativo el deseo de programar y ejecutar acciones tendientes a satisfacer intereses colectivos, los cuales muchas veces se presentan difuminados por la abstracción propia de la indeterminación que conlleva focalizar los grupos referenciales, sobre los que debe recaer el soporte en las prestaciones sociales emanadas de los DESC.

El carácter de la programaticidad de los DESC, implica que los aparatos gubernamentales encargados de la cosa pública, deben diseñar estructuras articuladas en las que se conjuguen objetivos de corto, mediano y largo plazo, con las respectivas metas a cumplir. Surge entonces la noción de permanencia y direccionamiento de las políticas públicas hacia fines permanentes y definidos, a contrapelo de las tesis “causalistas” de los

políticos de boga, las cuales buscan presentar parches sobre problemáticas comunes y recurrentes. Ante la falta de sistematicidad y continuidad en las acciones tendientes a satisfacer demandas preestablecidas de sectores vulnerables, los programas coherentes ejecutados para solventar estas necesidades; se imponen con mucho mayor grado de realismo. Esta sería la actitud a esperar de los poderes representativos, cuando estamos hablando del enfoque programático como opción viable y sostenida por los gobiernos de turno, indistintamente de su connotación ideológica.

A. Tesis de la Contradicción Fáctica de los DESC.

Como producto de las disposiciones programáticas que conllevan la mayoría de derechos que nos ocupan, se suscita desde nuestra perspectiva, una situación inevitable. Se trata de lo que hemos denominado como Tesis de la Contradicción Fáctica de los DESC, consistente en contraponer las normas establecidas, en relación a la ejecución o *auto self-exejecting* que pueden tener las mismas normas en el plano de la realidad.

Las reglas de un tratado, o las del sistema internacional consuetudinario, pueden ser ejecutables por si mismas, self exejecting (auto-ejecutables); o programáticas. En el primer caso se aplican directa e

64 FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo I, pág 275

65 *Ibíd.*

inmediatamente, sin que sea menester una actividad doméstica para ponerlas en vigencia; en cambio en las del segundo grupo, justamente hace falta en acto interno que las incorpore al caudal.⁶⁶ Es importante destacar que para que se genere la autoejecutividad de un tratado, se requieren dos requisitos, a saber: 1) que se trate de una disposición de la cual surja una potestad a favor del individuo como legitimado activo, de tal modo que éste pueda reclamarla *per se* ante las autoridades locales; 2) que el precepto sea lo suficientemente amplio y a la vez concreto, para poder ser manejado por los poderes del Estado, sin ningún tipo de adecuación legislativa administrativa o judicial.⁶⁷

Incluso, valga decir que en algunos tipos de derechos cuestionados por su vigencia y ejecutividad, como serían los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), el Comité supervisor para este tipo de derechos, creado por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), visualiza la justiciabilidad de los DESC, más ampliamente. Para ello, ha distinguido entre *“justiciabilidad”* y *“normas de aplicación inmediata”*, estableciendo que por el primer término, debemos entender que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales, y las normas de aplicación inmediata, en contrapartida permiten su aplicación por los tribunales sin

más disquisiciones. Concluye que *“Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad”*.

En todo caso y dejando al margen los anteriores comentarios, se hace conveniente indicar que la ejecutividad o auto-ejecución de las normas de derecho internacional, supone un valor preeminente asignado por el propio sistema jurídico que decide entronizar jerárquicamente una serie de normas a lo interno de un derecho receptor. Esta fundación de “nuevas normas”, no debe confundirse con tratar de encontrar incorrectos paralelismos tales como pérdida de soberanía o espacio jurídico autónomo. Al contrario, desde nuestra perspectiva, lo que se suscita es un refuerzo normativo capaz de potenciar y fortificar la defensa y garantía en el plano endógeno, de los derechos humanos en toda su franca extensión.

En otras palabras, se presenta a nivel de la disposición jurídica prevista en el tratado internacional, una contradicción inherente a la entrada en vigor de tal disposición, una vez que es contrastada con la misma realidad. Lo anterior se presenta a través de tres tipos

66 HITTERS, (Juan Carlos) Op Cit, pág 220.

67 *Ibíd*, pág 221.

de dimensiones o registros, que los hemos denominado como *Simbólico, Normativo y Fático*. El primer registro, se referirá a la *aspiración o valor jurídico a tutelar por parte de la norma, como meta última e irreductible al objetivo que se persigue*.

El segundo registro es una composición dual, de un lado es de corte netamente **descriptivo**, y del otro es **analítico**; *propugna reseñar al artículo de fundamento en el que se establece al derecho y a su vez, someterá a consideración aquellos conceptos indeterminados o ambiguos presentes en la norma que hacen más difícil obtener una redacción clara*.

Por último, el registro fáctico pretende ser sumamente reflexivo. En primer lugar, se cuestionará tres órdenes de interrogantes distintos : ¿Hacia quienes va dirigida y

bajo que condiciones, el disfrute de ese derecho ? que no es otra cosa que apuntar hacia el factor intersubjetivo o sea, **quienes son los sujetos beneficiados**; el segundo orden responde a la pregunta ¿Cómo se plasmará en la realidad ese derecho ? su respuesta es de dos niveles operativos de carácter complementario: **Modo (forma de instrumentalización política) y Tiempo (período de ejecución de las políticas)**, y nos queda, *el contenido mínimo de disfrute del derecho* ¿Cuántas o qué porcentaje se va a asegurar de disfrutar ese derecho a la población ? O sea, una variable de orden cuantitativo basado en un criterio técnico. A continuación, para ilustrar todo lo que hemos venido hablando, pondremos dos ejemplos tomando como base el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

EJEMPLO NUMERO UNO

| | Registro Simbólico | Registro Normativo | Registro Fáctico |
|---|--|---|--|
| DERECHO A LA S E G U R I D A D SOCIAL | <p>Objetivo : Asegurar acceso a toda persona, a los sistemas de seguridad social</p> <p>Bien Jurídico Tutelado : El derecho a la salud, derecho a la integridad personal, derecho a la asistencia prestacionista</p> | <p>Aspecto Descriptivo : art 9 del PIDESC</p> <p>Aspecto Analítico : Existen dos términos no lo suficientemente explicitados ; “seguridad social” y “seguro social”</p> | <p>¿Hacia quienes va dirigido este derecho y bajo qué condiciones ? Hacia toda persona en forma absoluta</p> <p>¿Cómo se puede plasmar ese derecho ? Modo : No define política, queda a discrecionalidad de las Partes. No se define si es factible la existencia de entes privados a los públicos, en el servicio de dicha prestación social. Tiempo : No lo define</p> <p>¿Qué tipo de criterio técnico se establece ? No se define</p> |

EJEMPLO NUMERO DOS

| | Registro Simbólico | Registro Normativo | Registro Fáctico |
|--------------------|---|--|--|
| DERECHO A LA SALUD | <p>Objetivo : Disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental</p> <p>Bien Jurídico</p> <p>Tutelado : El derecho a la salud, derecho a la convivencia social, a la esperanza de vida, a prevenir la mortalidad.</p> | <p>Aspecto Descriptivo: art 12 del PIDESC</p> <p>Aspecto Analítico :</p> <p>-No define cuál es el más alto nivel, pues el mismo varía según la sociedad y el proceso de construcción histórica de sus conquistas sociales y políticas</p> <p>-No define los standard de mortalidad ; cuáles son los aspectos de la higiene del trabajo a mejorar ; como se van a definir las enfermedades epidémicas</p> | <p>¿Hacia quiénes va dirigido este derecho y bajo qué condiciones ?</p> <p>Hacia toda persona en forma absoluta</p> <p>¿Cómo se puede plasmar ese derecho ?</p> <p>Modo : Hace mención a que para llegar al derecho de salud física y mental, hay que reducir la mortalidad infantil b) mejorar las condiciones de higiene en el trabajo,) prevenir las enfermedades endémicas</p> <p>Tiempo : No lo define</p> <p>¿Qué tipo de criterio técnico se establece ?</p> <p>No se define</p> |

En este tipo de ejemplos, nos vamos a encontrar con una serie de situaciones que estimamos dignas de destacar. Para ambos derechos especificados, el tránsito *del Registro Simbólico/Normativo hacia el Registro Fáctico*, desnuda toda una serie de carencias que inciden en la concreción del derecho mismo. Estamos claros en torno a

que la norma no puede contener todo⁶⁸, y debe ser si se quiere, de naturaleza abierta en aras que los Estados diseñen programas y planes progresivos de mejora en el derecho mismo; más esta situación acarrea dificultades operativas a los mismos Estados para cumplir los objetivos de desarrollo fijados y en contrapartida, para los propios particulares para exigir su cumplimiento. La dificultad estriba en la remisión absoluta de cumplimiento, la cual se encuentra sujeta a los recursos y posibilidades existentes, pero según como lo hemos determinado anteriormente, este imperativo se torna acomodaticio para los intereses gubernamentales y en escudo protector, para no propiciar siquiera un contenido mínimo obligacional. Por lo tanto, consideramos que la norma debe fijar una fuente de remisión en aras de precisar más al derecho. Por ejemplo : que en el artículo 9, anteriormente citado, se diga lo siguiente :

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. **Para fijar este derecho, se observará el criterio mínimo elaborado por el Comité de Expertos de Seguridad Social de la Organización Mundial de Desarrollo Social de las Naciones Unidas” (AGREGADO APORTADO POR NOSOTROS)**

Para el caso del artículo 12, en el párrafo segundo habría que incluirle a cada una de las políticas, los respectivos criterios de fijación para tales medidas :

“2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para :

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños. **Para fijar lo anterior se observará el criterio mínimo geográfico establecido por la Organización de las Naciones Unidas para los derechos de la Infancia, y por la Organización Mundial de Salud (AGREGADO NUESTRO);**
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente. **Para fijar lo anterior, se observarán las directrices existentes en este sentido por parte de la Organización Internacional del Trabajo. (AGREGADO NUESTRO);**
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de

68 La limitación se encuentra establecida en la garantía genérica de progresividad de los DESC, contenida en el artículo 2, párrafo uno del PIDESC.

otra índole, y la lucha contra ellas. **Para fijar lo anterior, se observarán las directrices existentes en este sentido por parte de la Organización Mundial de la Salud. (AGREGADO NUESTRO);**

- d) La creación de condiciones que aseguren a todos(as) asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Cabe advertir que quizás este último artículo brinde más referencia al modo de cómo alcanzar el más alto nivel posible de salud física y mental, pero no aterriza en los indicadores sociales.⁶⁹ Por lo tanto, la confección de *criterios mínimos* que encierren variables geográficas, etarias, sexuales, de género, étnicos etc., es de primer orden para poder lidiar con la realidad -registro fáctico-. De otra manera, se seguirá dando la incongruencia entre los valores, la norma y la posible materialización del derecho.

V. Problemática por las decisiones que incidan en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Responsabilidad por la Política Económica y Social a Nivel Estatal

Para el abogado de la Asociación Americana de Juristas, ALEJANDRO TEITELBAUM, se produce responsabilidad internacional del Estado en una situación como la siguiente : *“Suele suceder que las decisiones de política económica adoptadas por ciertos órganos , además de corresponder al interés exclusivo de las élites económicas, son el fruto de la presión y de la corrupción utilizadas por entidades económicas y financieras internacionales y por empresas transnacionales y configuran conductas delictivas contempladas en la legislación interna. Pero casi siempre resultan además perjudiciales para la gran mayoría de la población y constituyen violaciones caracterizadas a sus derechos económicos, sociales y culturales y, por consiguiente, deberían ser sancionadas”*⁷⁰ (ENFASIS NUESTRO).

69 Hemos elaborado un pormenorizado recuento del papel de los indicadores dentro del contexto de la ONU, así como los continuos desafíos y modalidades que conllevan su uso para la observancia y práctica de los DESC, véase punto E (“El sistema de Indicadores”) del Título III, Cap I, Sección III, pp 374-385 en CHACON MATA, (Alfonso), “Tutela y Aplicabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

70 TEITELBAUM, (Alejandro) “El Problema de la Impunidad de las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en TERRE DES HOMMES “El derecho a la Equidad: Ética y Mundialización Social”, Icaria editorial s.a, primera edición, Barcelona, 1997, pág 136.

El criterio esbozado, refleja la responsabilidad concerniente a un Estado cuando a consecuencia de sus políticas económicas, -que en última instancia poseen correlación con los efectos sociales- hace difícil el disfrute de una vida digna para el resto de la población. Al respecto, el autor plantea un problema de supletoriedad inmediata entre normas internas y normas internacionales, que protegen los derechos fundamentales, cuando nos dice que: *“la obligación del Estado de castigar a los autores de delitos económicos previstos en el derecho nacional pertenece a la jurisdicción interna. Pero cuando el perjuicio económico provocado por dichos delitos es de tal magnitud que tiene graves repercusiones sobre el nivel de vida de la población y, sobre todo, si son las mismas autoridades del estado las que con sus decisiones violan los derechos económicos, sociales y culturales de la población, entran en juego las normas internacionales que protegen los derechos humanos fundamentales”*⁷¹. Termina aduciendo este autor, que la responsabilidad internacional

puede llegar incluso a extenderse hacia los organismos internacionales.⁷²

Asimismo, en criterio de otro autor como es el caso de MUÑOZ URIBE, tenemos que la violación a los derechos económicos, sociales y culturales, no puede serlo tanto por omisión, sino por una decidida supresión de los mismos. Manifiesta sobre este particular, lo siguiente:

*“A veces puede uno concluir que los derechos económicos, sociales y culturales pueden llegar a ser vulnerados de manera parecida a los derechos civiles y políticos ; ya no como consecuencia de la no realización de estos derechos, sino como consecuencia de la adopción de políticas que están directamente orientadas a la supresión de los mismos”*⁷³

Esta supresión, se manifiesta en la actitud permisiva y directa de los Estados, si permiten

71 *Ibíd.*, pág. 137. Continúa diciendo el autor ; “Los autores de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y al derecho al desarrollo pueden ser los Estados, que son responsables de tales violaciones, cuando han sido cometidas por sus funcionarios y/o sus órganos competentes y también son responsables de las violaciones cometidas por los particulares que están bajo su jurisdicción, cuando no han adoptado las medidas necesarias para evitarlas y proteger a las víctimas” pág 138.

72 Al respecto, establece que “Las instituciones especializadas del sistema de las Naciones Unidas, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y otras, tienen también el deber de promover la realización de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo (arts. 55, 56,57,58,63 y 64 de la Carta de las Naciones Unidas) y de respetar, en tanto personas de derecho internacional, los derechos humanos. Violando por acción o por omisión tales derechos, dichas instituciones y sus dirigentes pueden incurrir en responsabilidades, incluso penales. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, está ampliamente admitida e el derecho moderno e incorporada a al legislación penal de muchos países”, TEITELBAUM, (Alejandro), *Op Cit*, pp 138-139.

73 MUÑOZ URIBE, (Alirio), “Estado actual de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo en el derecho internacional” en TERRE DES HOMMES “El derecho a la equidad”, Icaria editorial, primera edición, Barcelona, 1997, pág 80.

que empresas extranjeras o multinacionales, empresas nacionales o personas bajo su jurisdicción, violen estos derechos a sectores débiles de la población; o si se toleran formas de dominación como el neocolonialismo o imponen formas de concentración en la propiedad, que impidan realizar derechos vitales, como o sería el de alimentación.

5.1 Los Programas de Ajuste Estructural: ¿Ayuda o Retroceso Social?

En los últimos tiempos se han venido instaurando en América Latina, una modalidad de políticas gubernamentales que han tenido tanto sus adeptos como detractores. Nos referimos a los Programas de Ajuste Estructural (PAE), que son definidos como un conjunto de medidas económicas inspiradas en el “libre mercado” que el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) imponen a los países como condición para recibir ayuda financiera.⁷⁴ Se trata de un nuevo modelo de desarrollo que de acuerdo con los objetivos del PAE, pretende la diversificación de la producción y la búsqueda de nuevos mercados, a través de una fuerte reforma del Estado y del sector privado, junto a una mayor atención a la balanza se pagos.⁷⁵

Los países latinoamericanos que iniciaron su transición al modelo democrático, tuvieron que modificar concomitantemente, su modelo económico. La necesidad urgente de préstamos, trajo consigo que los organismos internacionales diseñaran los PAE, abandonando el esquema de “desarrollo hacia adentro” y se fortaleció el “desarrollo hacia afuera” destinados al libre mercado, que propició como consecuencia desde la perspectiva de una autora, el siguiente efecto: *“El modelo de Estado Benefactor también varió. Se pasó entonces, de un Estado interventor a uno facilitador, que restringió sus áreas de servicio y que rápidamente vendió parte importante de su patrimonio: telefonía, gas, electricidad, etc. El nuevo tipo de Estado debía ser de menor tamaño, eficiente a la hora de gastar recursos limitados y dejar libre el espacio para la actividad privada y la extranjera”*.⁷⁶ La relación entre instituciones financieras y gobiernos, implica que éstos últimos deben tener el “visto bueno” del Banco Mundial y el FMI. De lo contrario, no es posible para los países del Tercer Mundo, acceder a los créditos y préstamos comerciales, ni a las

74 FORO INTERNACIONAL DE ONGS SOBRE LOS PRESTAMOS DE AJUSTE ESTRUCTURAL DEL BANCO MUNDIAL Y EL FMI, 1992, “La Otra Cara de la Moneda : El verdadero Impacto de los Programas de Ajuste Estructural del Banco Mundial y El FMI”, Publicado por The Development Group for Alternative Policies (Grupo de Desarrollo para Políticas Alternativas) en colaboración con Amigos de la Tierra, Church World Service, Lutheran World Relief Office on Development Policy, Greenpeace International, Red del Tercer Mundo y EURODAD, pág 2.

75 Comisión Costarricense de Derechos Humanos (CODEHU), “Situación de los Derechos Humanos en Costa Rica”, Informe Número cuatro, 1 de setiembre de 1990 al 31 de diciembre de 1992, Prolitsa s.a, San José Costa Rica, diciembre 1993, pág 54.

76 MORA CHINCHILLA, (Carolina) “Globalización y democracia: América Latina en la búsqueda de una mejor representatividad política”, Serie Cuadernos de Historia de Cultura No 6, Sección de Historia de la Cultura, Escuela de Estudios Generales, Universidad de Costa Rica, primera edición, tercera reimpression, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2007, pág 27.

facilidades para el pago de la deuda y a la ayuda multilateral. Además, la mayoría de los países industrializados condicionan la ayuda bilateral a la adopción de un programa de ajuste.

Ha sido sostenido por RAIMONDO y ECHEGARAY, que este tipo de ajuste acarrea las siguientes consecuencias: *“La natural consecuencia de la política de ajuste es la reducción de los espacios de encuentro público, la del cierre o clausura de los canales de participación y/o de agregación de reclamos o protestas. (...) El ajuste se proyecta como una política de racionalización de la democracia, minimizándola como territorio de participación política y bienestar social, como mecanismo de equilibrio entre demandas y actores en puja, y como posibilidad de desarrollo individual de la propia personalidad”*.⁷⁷

Podríamos pensar que algunos enunciados de este programa son recomendaciones válidas, que deben ser tomadas en cuenta por todo gobierno en el manejo de la economía. Estamos hablando de una adecuada tributación; a no hacer uso de emisiones inorgánicas ni dejar que el mercado fije los precios; alentar la competencia e incrementar la actividad productiva y su modernización; a impulsar una adecuada inserción de la economía en el mercado mundial. Sin embargo, las directrices conllevan insuficiencias tremendas, para resolver los agudos problemas de nuestro continente americano, en especial.⁷⁸

Lo cierto del caso es que en los países que se ha implementado, ha necesitado paralelamente a la adopción del programa; toda una serie de políticas establecidas con clara incidencia en lo social y económico.⁷⁹

77 RAIMONDO, (Ezequiel) y ECHEGARAY,(Fabián), “Repensando la Democracia desde el Ajuste : Una Perspectiva Crítica”, Revista Nueva Sociedad, No 113, Mayo-Junio 1991, Caracas, Venezuela, 1991.

78 ESTÉVEZ,(Carlos), en NOVIB, “Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo”, Editorial Presencia Limitada, nov. 1993, Bogotá, 1993, pp 200-201.

79 Por ejemplo, a partir de 1982, el gobierno mexicano ha puesto en práctica virtualmente todas las políticas de ajuste promovidas por el Banco Mundial y el FMI : a) la reducción del gasto público (incluyendo a los servicios sociales) ; b) la eliminación y/o la orientación precisa de los subsidios ; c) la reforma fiscal ; d) la restricción del crédito ; e) la privatización de la mayor parte de las empresas estatales ; f) la liberalización comercial ; g) la devaluación ; h) la abolición de barreras para la inversión extranjera, citado en HEREDIA,(Carlos) y PURCELL, (Mary E.) “La Polarización de la Sociedad Mexicana : Una Visión desde la Base de las Políticas de Ajuste Económico del Banco Mundial”, Equipo PUEBLO, México y The Development Gap, Washington, D.C., diciembre 1994, pág 3. Otra publicación detalla que “A raíz de la crisis económica de diciembre de 1994, el gobierno mexicano decidió firmar una nueva carta de intención con el Fondo Monetario Internacional (FMI). A cambio de un paquete de ayuda financiera de emergencia del propio Fondo y el Tesoro de Estados Unidos, las autoridades se comprometieron a profundizar el proceso de “cambio estructural”, acelerando las medidas de desregulación y emprendiendo una nueva fase de privatizaciones. Como resultado, se ha abierto y/o ampliado la participación privada, nacional y extranjera, en actividades estratégicas como la distribución de gas natural, la generación de energía eléctrica, diversas ramas de telecomunicaciones entre otros”. La misma publicación establece que como muestra de la Privatización de la Soberanía, en 1982 existían en México 1,155 empresas públicas, y en julio de 1996 quedaban sólo 195, PEÑALOZA MENDEZ,(Andrés) en “Nuestra América”, Boletín Trimestral de la red Hemisférica para el Desarrollo Sostenible y el Comercio Justo, Vol 1, No 3, otoño de 1996, p 2. ; Ver para el caso de Haití, McGOWAN,(Lisa A.), “Democracy Undermined, Economic Justice Denied : Structural Adjustment and The Aid Juggernaut in Haiti”, The Development Gap, Washington D.C., January 1997.

Al respecto, un ponente de un seminario internacional, sobre *“Crisis económica y perspectivas de desarrollo en América Latina”*, hace un balance de la aplicación de las políticas de ajuste estructural en nuestro continente, de la siguiente manera:

“En lo que se refiere a las políticas de ajuste, en parte impuestas y en parte tomadas libremente por los países, funcionan cuando los mercados se comportan “normalmente”; pero en las condiciones actuales, si bien los ajustes han logrado restaurar ciertos equilibrios parciales, prácticamente han asfixiado las posibilidades de desarrollo social y han creado nuevos desequilibrios en el ámbito social, económico y también en el político, aspecto este último que ha ido tomando cada vez mayor importancia dentro de los procesos de desarrollo.

Como resultado de las medidas impuestas por la crisis, ahora se observa una discontinuidad cada vez mayor en las políticas de desarrollo, tanto de corto como de mediano plazo, y el horizonte de largo plazo prácticamente ha desaparecido para casi todos los países, inmersos en la lucha día a día por su supervivencia.

Las políticas de desarrollo de la mayoría de los países de América Latina resultan ahora confusas, frágiles, casi indefinibles y esta indefinición se refleja en su política económica, en la concepción de las relaciones entre lo económico y lo social y han convertido en obsoletos los enfoques de planificación socio-económica y sus instrumentos y políticas.

Estos instrumentos, tal como están concebidos y han sido utilizados hasta hoy, resultan casi totalmente inútiles para enfrentar la nueva conformación de los problemas actuales y de los problemas en perspectiva.

En términos generales, las actuales políticas de ajuste no están dejando a las economías en condiciones relativamente más estables, como ocurrió con las políticas de este tipo, aplicadas en los años 1960 al 70. Las economías continúan con más altos niveles de inflación y propensión a que la misma se acelere, además de que persiste el problema de la deuda y el pago de intereses”.⁸⁰

A manera conclusiva, nos permitimos reseñar que la experiencia en la aplicación

80 Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), *“Crisis Económica y Perspectivas de Desarrollo en América Latina”*, Quito, Ecuador, 1986, pp 227-228. Ver en esta misma publicación, el artículo “La dimensión internacional del sesgo recesivo del proceso de ajuste en América Latina”, por GROUND, (Richard) de la CEPAL, (pp 73-90); o si se quiere enfatizar alguna experiencia particular en América Latina, puede verse a DAMILL, (Mario), “Deuda externa y Políticas de Ajuste: Algunas notas a partir de la experiencia Argentina” (pp 101-148).

de esta modalidad de políticas impuestas en el continente latinoamericano, ha ido encaminada a aletargar las condiciones sociales de amplias colectividades humanas, las cuales ven menoscabadas paulatina y constantemente, su nivel de vida. Hemos visto ejemplos del impacto de los PAE en diferentes contextos, siendo que nuestro país no escapó igualmente a los efectos múltiples de este programa en los órdenes social y económico.⁸¹

5.2 El Ajuste Estructural y el Disfrute de los DESC.

En este sentido, es importante destacar que incluso dentro del seno de la ONU, el Relator Especial sobre la realización de los DESC, manifestó, en su segundo informe sobre los progresos realizados, presentados a la Subcomisión, lo siguiente : “Las instituciones que intervienen directamente en la planificación, la promoción y la vigilancia de los programas de ajuste estructural, como son el Banco Mundial y el FMI, no pueden permitirse obviar las consecuencias de esos programas de trabajo sobre los derechos humanos. Aunque sólo sea de forma implícita, estas instituciones tienen, no obstante, unas obligaciones en materia de derechos humanos. Aunque este argumento sigue sometido a discusión en el seno de estas instituciones, se fundamenta en lo siguientes puntos:

a) El Banco Mundial y el FMI son organismos de las Naciones Unidas (o cuanto menos “afiliados” a las Naciones Unidas) y están, por lo tanto, sometidos a los términos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, y más concretamente a las cláusulas sobre derechos humanos recogidas en los Artículos 55 y 56.

b) Ambas instituciones, junto con otras, tienen en cartera (de forma implícita o explícita) una serie de acciones orientadas al desarrollo. Las cuestiones de derechos humanos se han ido incorporando en forma creciente a una amplia gama de actividades dirigidas al desarrollo, siendo un ejemplo la declaración de la Subcomisión, en su resolución 1987/29 que afirma que “las políticas encaminadas a un desarrollo sostenible entrañan la integración de los derechos humanos en el proceso de desarrollo”. Los derechos humanos y el desarrollo se han hecho inseparables.”⁸²

Sin embargo, a pesar de lo anterior, la realidad es clara en demostrar cual es el saldo social, en la aplicación de los lineamientos emanados por los organismos internacionales. Al respecto, se ha dicho que “*Las políticas de ajuste estructural impulsadas por el FMI y el*

81 Véase a manera de ejemplo el libro de ROVIRA MAS, (Jorge) “Costa Rica en los años 80’s”, Editorial Provenir, primera edición, 1987.

82 Organización de las Naciones Unidas (ONU), E/CN.4/1996/22, pág 19.

BM condicionan a los Estados, justifican la dominación y niegan el desarrollo humano. Sus recetas se traducen, entre otras cosas, en una disminución impresionante de los presupuestos de salud, de educación, en la reducción de salarios, en el recorte de servicios públicos, en más de 1000 millones de hombres viviendo en la pobreza extrema y padeciendo hambre cada día, en afianzar la injusta distribución de la riqueza incluso en los países industrializados donde el 20% más rico recibe 7 veces más que el 20% más pobre de la población, en los países en desarrollo el 20% más rico recibe el 50% del total de los ingresos familiares y el 20% de las familias más pobres recibe un 4% o menos de ese ingreso” .⁸³

CLOTILDE FONSECA, opina lo siguiente en cuanto a la dualidad entre ajuste estructural y Desarrollo Social, que se abordó en la Cumbre de Desarrollo Social convocada por las Naciones Unidas en el año de 1995:

“El costo social de los ajustes fue uno de los temas más controversiales y más insistentemente discutidos en el marco de la Cumbre. Los efectos negativos que han tenido los procesos de ajuste estructural impulsados por los organismos internacionales a partir de la década

de los ochenta fue una preocupación permanente, particularmente en función del deterioro de los aspectos sociales. Con preocupación muchos se preguntan si es posible prevenir o combatir la pobreza en el marco de las políticas económicas que, según datos recientes, están contribuyendo a su progresiva profundización”
(...)

“Las políticas macroeconómicas de liberalización comercial y privatización de servicios públicos han golpeado fuertemente a los grupos marginados. Su efecto negativo fue doble: impactó a los más pobres y redujo la pobreza a los que no lo eran tanto (Whitehead, 1995). De hecho, los organismos internacionales, incluyendo el Fondo Monetario Internacional reconocieron abiertamente el costo social que conllevan los procesos de ajuste e insistieron en la utilidad de las llamadas “safety nets” o redes de seguridad. El Fondo Monetario aceptó que “la dimensión social del ajuste estructural ha llevado a la necesidad de prestar mayor atención a esos temas en el contexto del seguimiento y del diseño del programa, esto en cercana colaboración con otras agencias que tienen importantes intereses y

83 Datos tomados del Documento A/CONF.166/9, del 19 de abril de 1995, p.9, y del Banco Mundial, “Informe sobre el Desarrollo Mundial 1991”, Washington D.C., citados por URIBE MUÑOZ, (Alirio), en TERRE DES HOMMES, Op Cit, pp 76-77.

responsabilidades en el campo social” (IMF, Social Dimensions of the IMF’s Policy Dialogue, 1995, p 1)”⁸⁴

VI. Consideraciones Finales.

Una vez llegados al epílogo de estas líneas, nos encontramos con una serie de aspectos que consideramos oportuno destacar a título de recuento final. En primer lugar, los DESC han sido condicionados para su correcta implementación y disfrute, a requerimientos estatales que coadyuven a que estos derechos sean una realidad. Existen problemas de implementación en el mismo marco de concebir la función del aparataje estatal en la prestación de estos derechos, debido a que puede decantarse en propiciar la nivelación de oportunidades (igualdad) o concebirse a sí mismo como un Estado-policía, ajeno a cualquier intervención en este sentido, y dejar que las libres concurrencias de las fuerzas de la oferta y demanda hagan su acometido (libertad). Según sea la gradualidad a seguir en este péndulo compuesto por ambas externalidades, así podrá concebirse

correlativamente, el tipo de prestación hacia la colectividad demandante. No obstante, de nuestra parte compartimos la tesis de DONNELLY, para quien el Estado mínimo, por su esencia misma, es un trasgresor de los derechos humanos, debido a que *“El doble objetivo liberal de alcanzar la autonomía y la igualdad se sustituye en esta corriente por una búsqueda obsesiva de la autonomía, entendida sobretudo como la garantía social de ofrecerle a la acción privada el espacio más amplio posible, sin tomar casi en cuenta sus consecuencias para la sociedad”*.⁸⁵

En este ensayo se ha hablado del reconocimiento y garantización de los DESC, siendo que a nivel normativo las limitaciones propias a la concepción de los derechos en cuestión, en el mismo seno del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han generado que estos derechos se visualicen usualmente como aspiraciones deseables más no exigibles. Este instrumento presenta la particularidad de no “garantizar” los derechos insertos; todo ello que no se asume una base

84 FONSECA , (Clotilde), “Entre la Retórica y La Praxis: Un Análisis de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social”, en GONZALEZ VOLIO, (Lorena) edit. “Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, primera edición, San José, Costa Rica, 1998, p 242. Continúa la autora aduciendo que “Aunque la Cumbre Social no se pronunció expresamente contra los procesos de ajuste estructural, sí se manifestó contra el hecho de que estos procesos de ordenamiento de las finanzas públicas estén afectando de manera más pronunciada a los sectores más débiles. Tal como quedó consignado en uno de los compromisos de la declaración de Copenhague, la Cumbre acordó que cuando los procesos de ajuste deban producirse, estos deben incorporar estrategias de desarrollo social. De hecho, el Capítulo V del Plan de Acción en el apartado relativo a la movilización de los recursos financieros establece que: “Las Naciones Unidas, en cooperación con el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otras instituciones multilaterales de desarrollo, deben estudiar el efecto que tienen los programas de ajuste estructural en el desarrollo económico y social, y ayudar a los países que introducen ajustes a establecer condiciones propicias para el crecimiento económico, la creación de empleo, la erradicación de la pobreza el desarrollo social”. pág 23.

85 DONNELLY, (Jack) “Derechos humanos universales en teoría y en la práctica” trad. Ana Isabel Stellino, México, Ediciones Gernika, primera edición, 1994, pág 116.

menos discrecional que la expuesta en el artículo segundo de este tratado, sobre la que debe partirse en el ámbito de la tutela en este tipo de derechos. Surge entonces, desde nuestra perspectiva, un desfase entre los valores que se quieren tutelar en una norma, y su contrastación con la realidad, situación que exponemos en la *“Teoría de la Contradicción Fáctica”*, constituyéndose en barreras claras, que utilizan los Estados para amainar su incapacidad de cumplimiento.

Aunado a lo anteriormente expuesto, se atenta contra la posibilidad de individualizar un reconocimiento y garantía concreta a estos derechos, cuando se recurre a variables como las siguientes: i- Necesidad de decantar un derecho mínimo exigible que sirva de piso, más no de límite en sí mismo; ii- Las garantías que se requieren para acceder a la justiciabilidad de los DESC, a través de las mismas provisiones jurídicas, en aras de no caer en el círculo vicioso de la gradualidad y progresividad, como barreras falaciosas en sí mismas; iii- Romper los mitos de la ausencia de recursos para el cumplimiento y el carácter pragmático de los DESC, como aspectos invocados constantemente para no operacionalizar tales derechos hacia una ciudadanía demandante de servicios sociales.

Como corolario debemos decir que el carácter progresivo que se persigue en los DESC, tiene enormes limitaciones en estos

tiempos presentes en el espectro de política pública. El auge privatizador y de rezago en el campo social que se suscita con las políticas liberalizadoras comerciales aplicadas en nuestro continente americano, son un claro vaticinio de la imperiosa labor que tienen los Estados de afrontar este dilema, a la hora de considerar la realización de políticas sociales hacia sus ciudadanos(as).

Estimamos como un referente esperanzador, que se avance de la normatividad de las provisiones inherentes a DESC, hacia concepciones realistas entendidas como aquellas que propicien una amplitud en el reconocimiento y alcance emanado de la misma norma. Para cumplir este objetivo, los sistemas de definición de indicadores se torna como una alternativa a examinar y potenciar, todo ello que estarían creando condiciones necesarias para construir parámetros ejemplificativos y exigibles a los Estados Partes de convenios internacionales, que se obligan a cumplir sus provisiones a través del *principio de buena fe o Pacta Sunt Servanda*. Lo cierto del caso es que queda mucho por realizar en el devenir de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, más hemos querido visualizar algunas causas entrópicas que pueden propiciar tal sintomología, así como sus manifestaciones más directas o concretas. Desde la trinchera del Derecho, se puede hacer mucho en este campo tan álgido...y con el compromiso de los operadores jurídicos todavía mucho más!

VII. Bibliografía Utilizada

ALVAREZ GONZALEZ, (Francisco), “El Pensamiento Moderno y la Idea del Hombre”, Tomo II, EUNED, segunda reimpresión, San José, 1985.

BARCESAT,(Eduardo), “Derecho al Derecho : Democracia y Liberación”, Ediciones Fin de Siglo, Buenos Aires, 1993.

BAY,(Christiam), “La Estructura de la Libertad”, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1961.

BELBEY, (José), “La Aventura de Libertad en el Hombre”, Bases editorial, primera edición, Buenos Aires, 1957.

BURGOA, (Ignacio), “Las Garantías Individuales”, Edit. Porrúa, México, 1970.

BOLIVAR,(Ligia), “Derechos económicos, sociales y culturales : derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in) experiencia de América Latina” en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, Vol V, primera edición, San José, 1996.

CANCADO TRINDADE, (Antonio), “La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol I , Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de la Unión Europea, primera edición, San José, 1994.

CANCADO TRINDADE, (Antonio), “Relaciones entre el Desarrollo Sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes”, en “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de la Unión Europea, primera edición, San José, 1995.

CARVAJAL VILLAPLANA, (Álvaro). “Derechos Humanos, Desobediencia y rebelión en Spinoza”, en Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, XXXV (85), Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, San José, 1997.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y El Caribe), Instituto Interamericano de Derechos Humanos; “La Igualdad de los Modernos : reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José -Costa Rica, 1997.

Comisión Costarricense de Derechos Humanos (CODEHU), “Situación de los Derechos Humanos en Costa Rica”, Informe Número cuatro, 1 de setiembre de 1990 al 31 de diciembre de 1992, Prolitsa s.a, diciembre 1993.

Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Seminario Los DESC : Desafío para la Democracia”, 15-16 de diciembre de 1987, Santiago, 1988

Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), "Crisis Económica y Perspectivas de Desarrollo en América Latina", Quito, Ecuador, 1986.

CONTRERAS PELAEZ, (Francisco J.), "Derechos Sociales : Teoría e Ideología", Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

Corte I.D.H, Organización de Estados Americanos "Caso Aloeboetoe y Otros", Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C No 11.

Corte I.D.H, Organización de Estados Americanos "Caso Aloeboetoe y Otros", Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No 15.

CHACÓN MATA, (Alfonso) "El uso de indicadores para justificar y exigir el derecho a la educación. Apuntes para un debate" en "Actualidades Investigativas en Educación", Revista electrónica, Instituto de Investigación en Educación, Facultad de Educación, Universidad de Costa Rica, Volumen 6, Número 2, mayo-agosto 2006.

CHACÓN MATA, (Alfonso) "Derechos económicos, sociales y culturales: Indicadores y justiciabilidad", Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Número 43, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2007.

CHACÓN MATA, (Alfonso), "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través del desarrollo de indicadores: Avances concretos en la Organización de las Naciones Unidas", Revista Judicial N° 97, San José Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, setiembre 2010.

DONNELLY, (Jack) "Derechos humanos universales en teoría y en la práctica" trad. Ana Isabel Stellino, México, Ediciones Gernika, primera edición, 1994.

EIDE,(Asbojorn), "Economic, Social and Cultural Rights : a textbook", Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995.

ESTÉVEZ,(Carlos), en NOVIB, "Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo", Editorial Presencia Limitada, nov. 1993, Bogotá, 1993.

FARRIER BRAIS, (Pedro), LOBO QUIROS, (Víctor Manuel) y PEÑARANDA SEGREDA (Guido). "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)" Tomo I,. Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica 1985.

FONSECA , (Clotilde), "Entre la Retórica y La Praxis: Un Análisis de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social", en GONZALEZ VOLIO, (Lorena) edit. "Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez", Instituto Interamericano de

- Derechos Humanos, primera edición, San José, Costa Rica, 1998.
- FROMM,(Erich), “El Miedo a la Libertad”, Editorial Paidós, 12va reimpresión México, 1991
- GIRON REGUERA, (Emilia) “Semejanzas y diferencias entre el amparo constitucional español y la acción de tutela colombiana”, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furia Cerillo 20/21, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración-Universitat de València, verano y otoño de 1997
- GROS ESPIELL, (Héctor), “Estudios sobre Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1988
- GROS ESPIELL, (Héctor), “Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos” en “Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio”, Vol I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, primera edición, San José-Costa Rica, 1998.
- HELLER, (Herman), “Teoría del Estado”, Fondo de Cultura Económica, 12va reimpresión, México, 1987.
- HEREDIA,(Carlos) y PURCELL, (Mary E.) “La Polarización de la Sociedad Mexicana: Una Visión desde la Base de las Políticas de Ajuste Económico del Banco Mundial”, Equipo PUEBLO, México y The Development Gap, Washington, D.C., diciembre 1994.
- HERNANDEZ VALLE, (Rubén). “Las Libertades Públicas en Costa Rica”, Editorial Juricentro, San José, 1980.
- HOPSERS, (John) “Introducción al Análisis Filosófico”, Alianza Editorial, segunda edición, Madrid, 1984.
- HUME,(David), “Ensayos Políticos”, San José, Colección Clásicos de la Democracia, Universidad Autónoma de Centroamérica, primera edición, 1986
- KÜNNERMAN, (Rölf), “A Coherent Approach to Human Rights”, en Human Rights Quarterly, Vol 17, No 2, The Johns Hopkins University Press, may 1995, Maryland, 1995.
- KÜNNERMAN, (Rölf), “The Right to an Adequate Standart of Living”, International Institute of Human Rights, Lecture 2, p 2, 1-26 July 1996, 27th Study Sesion Strasbourg-France, 1996.
- MAYORGA LORCA,(Roberto) “Naturaleza Jurídica de los derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1990.
- MARCUSE, (Herbert), “El Hombre Unidimensional”, Editorial Seix Barral s.a, novena edición Barcelona, 1972.

MORACHINCHILLA, (Carolina) “Globalización y democracia: América Latina en la búsqueda de una mejor representatividad política”, Serie Cuadernos de Historia de Cultura No 6, Sección de Historia de la Cultura, Escuela de Estudios Generales, Universidad de Costa Rica, primera edición, tercera reimpresión, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2007.

MUÑOZ URIBE, (Alirio), “Estado actual de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo en el derecho internacional” en TERRE DES HOMMES “El derecho a la equidad”, Icaria editorial, primera edición, Barcelona, 1997.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Lineamiento para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales” OEA/Ser/L/V/II.129 Doc.5, original español, 5 de octubre 2007.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), E/CN.4/1996/22, New York, julio de 1996.

ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) “Informe sobre Desarrollo Humano 2004: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy”, Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ediciones Mundi-Prensa 2004.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Instrumentos Internacionales de Derechos

Humanos “Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos”, 18ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006; Quinta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Ginebra, 19 a 21 de junio del 2006, español, HRI/MC/2006/7 del 11 de mayo del 2006.

PECES-BARBA MARTINEZ, (Gregorio), “La Universalidad de los Derechos Humanos”, en “La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos” , Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995, San José, 1995.

PEREZ LUÑO, (Antonio), “El Concepto de Igualdad como fundamento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, enero 1981.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) “Informe sobre Desarrollo Humano 2000”, publicado por PNUD, Ediciones Mundi Prensa, Madrid-Barcelona-México, 2000.

RAIMONDO, (Ezequiel) y ECHEGARAY, (Fabián), “Repensando la Democracia desde el Ajuste : Una Perspectiva Crítica”, Revista Nueva Sociedad, No 113, Mayo-Junio 1991, Caracas, Venezuela, 1991.

ROBERTSON, (Robert E.), "Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "maximun available resources" to Realizing Economic, Social and Cultural Rights", en Human Rights Quaterly, Vol 16, No 4, The Johns Hopkins University Press, Nov 1994, Maryland, 1994.

ROJAS ARAVENA, (Francisco), "Centroamérica: Indicadores Socioeconómicos para el Desarrollo", Ediciones FLACSO, primera edición, San José, 1983.

ROSENTAL, (M) y JUDIN, (P), "Diccionario Filosófico", Editora Política, La Habana, Combinado Tipográfico de Guantánamo, 1981.

ROVIRA MAS, (Jorge) "Costa Rica en los años 80's", Editorial Provenir, primera edición, 1987.

SALINASRIVERA, (Alejandro), "Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en COMISON INTERNACIONAL DE JURISTAS, 1995.

TEITELBAUM, (Alejandro) "El Problema de la Impunidad de las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en TERRE DES HOMMES "El derecho a la Equidad: Ética y Mundialización Social", Icaria editorial s.a, primera edición, Barcelona, 1997.

UNESCO, "Guide to Interpretation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", March 24-25, 1983.

VASQUEZ, (Enrique), "Hacia una Nueva Concepción de los Derechos Humanos", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No 5, enero-junio 1987, San José.