

CUADERNO 05

Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales, económicos y culturales

El caso de los Derechos del Niño

Silvina Alegre
Ximena Hernández
Camille Roger

ISSN 1999-6179 / Enero 2014



Organización
de Estados
Iberoamericanos
OEI
Para la Educación,
la Ciencia y la Cultura



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura



Instituto Internacional de
Planeamiento de la Educación
Sede Regional Buenos Aires

SITEAL
SISTEMA DE INFORMACION DE TENDENCIAS
EDUCATIVAS EN AMERICA LATINA

SIPI



unicef 

JUSTICIABILIDAD Y EXIGIBILIDAD POLÍTICA DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES: EL CASO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

INTRODUCCIÓN

En este Cuaderno se aborda un tema fundamental que hace a la traducibilidad fáctica del andamiaje teórico de los derechos humanos: su exigibilidad. La noción amplia de exigibilidad comprende dos dimensiones: la justiciabilidad y la exigibilidad política. Estas dimensiones remiten a conceptos distintos que resultan indisociables en la práctica. La justiciabilidad o posibilidad de demandar judicialmente la restitución de un derecho vulnerado se sustenta en un sistema legal que comprende instancias judiciales y administrativas. La exigibilidad política o posibilidad de instalar demandas a través de la acción colectiva, se cimenta en esa institucionalidad para transformarla, otorgándole una nueva legitimidad. Esta dinámica requiere como trasfondo la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho y resulta fortalecida cuando éste se define además como Social.

Estas reflexiones involucran a otro par de conceptos que han sido proyectados como indivisibles pero tratados en forma separada: los derechos libertad y los derechos sociales. Su concepción conjunta y aplicación disjunta se abordan desde la revisión histórica de la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

La aproximación a la problemática específica que da lugar al Cuaderno se realiza en la PRIMERA PARTE sobre la base de dos Tesis.

La Tesis I, referida a la **justiciabilidad**, retoma el artículo 2.1. del PIDESC, al que se le atribuye entidad de principio o clave para la interpretación del resto del articulado. El artículo 2.1. es desplegado en sus elementos constitutivos, que son tratados en particular para dar cuenta de las obligaciones que asumen los Estados al decidir ser parte del Pacto, entre ellas, adoptar leyes para armonizar sus sistemas legales internos con el internacional. Se señalan a continuación los obstáculos que enfrenta – en términos conceptuales– la justiciabilidad de los derechos sociales, así como las estrategias de elusión de estos obstáculos. Estas últimas son ilustradas mediante casos llevados ante los tribunales domésticos y las cortes internacionales. Finalmente se introduce una disquisición teórica que pone en relación los procedimientos con la sustancia de las normas legales para reflexionar sobre su fundamento ético y la posibilidad de construir una nueva legitimidad.

La Tesis II aborda la cuestión de la **exigibilidad política**, otorgándole centralidad a la acción colectiva como medio de transformación y destacando la necesidad de una

institucionalidad subyacente para que esta acción tenga lugar. El arquetipo de esta imbricación es la institución del derecho a la libre expresión, a la asociación y a la manifestación, que en un estado constitucional de derecho habilitan diversas formas de instalación de demandas colectivas.

En la SEGUNDA PARTE se retoman los puntos tratados antes de manera genérica – la justicia, el entramado de instituciones y la participación– con respecto a la realización de los derechos del niño en vista de su interés superior. Los procedimientos de justiciabilidad y exigibilidad remiten en general a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, adquieren particular relevancia en el caso de la promoción y defensa de los derechos del niño, principalmente de los más pequeños.

EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Breve reseña sobre la adopción de los Pactos de Derechos Humanos

Una vez adoptada la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicita a la Comisión de Derechos Humanos la preparación de un proyecto de Pacto que reuniera a todos los derechos – civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– consagrados en la DUDH. El objetivo de la elaboración de este documento era otorgar fuerza jurídica vinculante para complementar y reforzar la Declaración, que mantenía un valor meramente declaratorio.

La redacción del texto evidenció desacuerdos ideológicos profundos entre los Estados. El bloque de los países capitalistas promovía los derechos de libertad, mientras que el bloque de los países comunistas defendía los derechos económicos, sociales y culturales. El desacuerdo llevó a que en 1951 se redactaran dos textos: uno que consagraba los derechos civiles y políticos (PIDCP) y otro, los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC).

La aprobación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹ y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² se produjo en 1966. Sin embargo, los Pactos entraron en vigencia 10 años después de su aprobación³. La Declaración Universal, junto al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sus dos Protocolos Facultativos, y el Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales pasaron a conformar entonces la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”.

Los derechos civiles y políticos implican obligaciones de resultado, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales imponen obligaciones de medio, es decir que los Estados deben poner en marcha las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Esto dio lugar a una discusión –crecientemente saldada– acerca del carácter programático o no de los derechos sociales. Con la más reciente aprobación y entrada en vigor del Protocolo Facultativo adicional al Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) se abre un espacio concreto para la exigibilidad jurídica de los derechos sociales. A partir del PF-PIDESC se da lugar a la participación activa de las instancias judiciales nacionales para dar recepción y admisibilidad a denuncias de individuos que invoquen el restablecimiento de

¹ El Pacto de Derechos Civiles y Políticos entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Su estado actual es de 167 Estados Partes. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en

² El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entró en vigencia el 3 de enero de 1976. Su estado actual es de 161 Estados Partes.

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en

³ Se necesitaban 35 ratificaciones para que cada uno de los Pactos entrara en vigencia (art. 49 del PIDCP y art. 27 del PIDESC). La comunidad internacional tardó una década en sumarse.

derechos humanos en el campo de lo social, lo económico y lo cultural, y emitir resoluciones que amparen estos derechos.

Protocolo Facultativo al Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2008, se abrió a ratificación el 24 de septiembre de 2009 y entró en vigor el 23 de mayo de 2013. Actualmente está abierto para la ratificación o adhesión de los Estados⁴. De los 46 Estados signatarios de este Protocolo, sólo 11 lo han ratificado, siendo 10 el número de ratificaciones necesarias para que el tratado entrara en vigencia. El último país en completar el grupo fue Uruguay. Cabe destacar que de los 11 países ratificantes, 5 son latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Ecuador, El Salvador y Uruguay.

El Protocolo crea por primera vez “un mecanismo de quejas o denuncias individuales a nivel internacional”, otorgando facultades al Comité de los DESC para recibir y examinar las denuncias que realice cualquier persona, grupo o comunidad que alegue ser víctima de violación de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales contemplados en el PIDESC, y que no haya obtenido justicia en su propio país.

La comunidad internacional y las coaliciones de ONG en el mundo han celebrado la adopción y entrada en vigencia de este instrumento internacional, una herramienta clave mediante la cual se fortalecerá la capacidad de las personas de reclamar sus derechos económicos, sociales y culturales, no sólo ante el Sistema de Naciones Unidas sino también a nivel regional y nacional. Además, el Protocolo especifica las obligaciones de los Estados frente a estos derechos humanos, contribuyendo a la adopción de políticas afirmativas y el acceso a la justicia a nivel nacional. Asimismo han expresado

Casi 40 años después de que el Protocolo equivalente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entrara en vigor, por fin hemos logrado la paridad entre los dos tratados, dando verdadero significado al principio de indivisibilidad e interrelación de todos los derechos que encuentran su expresión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Lo anterior deja entrever el débil compromiso de la comunidad internacional con el cumplimiento de los DESC: pasaron casi cuatro décadas después de la entrada en vigencia de los dos pactos y del primer Protocolo del PIDCP de 1976 (que establece el mecanismo de justiciabilidad de los derechos civiles y políticos) para que se adoptara un procedimiento de la misma magnitud que permitiera la justiciabilidad de los

⁴ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en

derechos a la salud, educación, vivienda digna, trabajo, seguridad social, ambiente sano.

Se destacan a continuación algunos aspectos claves del PF-PIDESC:

- Ante una denuncia, el Protocolo abre la posibilidad de que se tomen “medidas provisionales”, facultando al Comité a enviar al Estado Parte correspondiente una solicitud urgente para que adopte tales medidas cautelares a fin de evitar que las víctimas de las presuntas violaciones sufran posibles perjuicios irreparables (art. 5).
- También crea un procedimiento de investigación, estableciendo que si el Comité recibe información confiable referida a violaciones graves o sistemáticas del PIDESC, deberá invitar al Estado Parte a cooperar en la evaluación de la información y, para ello, a presentar observaciones respecto de la información (art. 11).
- Y exige que los Estados Partes tomen todas las medidas apropiadas para asegurar que las personas bajo su jurisdicción no sean sometidas a ninguna forma de maltrato o intimidación como consecuencia de las comunicaciones que se presenten ante el Comité en virtud del Protocolo Facultativo (art. 13).
- A efecto de que prospere la denuncia o queja, el Estado objeto de la denuncia debe haber ratificado el PIDESC y el presente Protocolo.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica (1969) establece el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, con el compromiso de los Estados Partes de adoptar medidas – especialmente económicas y técnicas– en el logro progresivo de la efectividad de los DESC en la región.

Llama la atención que, en todo el texto convencional, se haya hecho referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en una sola disposición (art. 26), limitándose a establecer simplemente su “desarrollo progresivo”, toda vez que las obligaciones que los Estados deben cumplir en relación a los derechos civiles y políticos se especifican de manera concreta. El vacío que dejó la CADH en materia de derechos sociales y colectivos al momento de su redacción fue cubierto por el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana, en el que se enuncian derechos económicos y sociales.

El Protocolo de San Salvador⁵ consagra derechos económicos, sociales y culturales en el plano sustantivo: “Derecho al Trabajo” (art. 6 y 7), “Derechos Sindicales” (art. 8), “Derecho a la Seguridad Social” (art. 9), “Derecho a la Salud” (art. 10), “Derecho a un Medio Ambiente Sano” (art. 11), “Derecho a la Alimentación” (art. 12), “Derecho a la Educación” (art. 13), “Derecho a la Constitución y Protección de la Familia” (art. 15),

⁵ El Protocolo de San Salvador es adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Fue aprobado y firmado en la XVIII Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 17 de noviembre de 1988 y entrado en vigencia el 16 de noviembre de 1999.

“Derecho de la Niñez” (art. 16) y “Protección a los Ancianos” (art. 17), entre otros. Al decir de Antonio Cançado (s.f.), el Protocolo representó el punto culminante de una toma de conciencia que surgió, no solamente en el plano internacional sino también a escala regional, en favor de una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales.

Este Protocolo establece dos obligaciones importantes en materia de los DESC:

1. La obligación de los Estados Partes de adoptar medidas necesarias, especialmente económicas y técnicas, y hacer uso hasta el máximo de sus recursos disponibles.
2. La obligación de adoptar disposiciones de derecho interno. Es decir, el compromiso de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos enunciados en el Protocolo.

Los conceptos contenidos en las obligaciones enunciadas fueron tomados del artículo 2 del PIDESC.

Además establece que, en caso de violación al derecho a la educación y al derecho sindical por una acción imputable directamente a un Estado Parte, tal situación podría dar lugar a la aplicación del sistema de Peticiones Individuales regulado por el mismo Pacto.

Importa señalar que la anterior normativa internacional de derechos humanos es de carácter vinculante para los Estados Partes.

PRIMERA PARTE. JUSTICIABILIDAD Y EXIGIBILIDAD POLÍTICA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

TESIS I

Para que los derechos económicos, sociales y culturales existan como derechos plenos –superando los postulados programáticos– deben ser judiciales, es decir que ante su vulneración, los sujetos individuales o colectivos deben poder –tanto en términos judiciales como fácticos– presentar demandas ante los tribunales con el objeto de su restitución.

El reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho. De modo que, aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no puede afirmarse que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento (Abramovich y Courtis, 2009, p. 10).

De manera que un derecho se define como tal sólo cuando existen instancias y procedimientos jurídicos que permitan al titular reclamar por el incumplimiento de la obligación debida –el recurso a la protección judicial– y obtener el dictado de una sentencia que imponga la restitución del derecho afectado.

Sustento de la Tesis I en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

El artículo 2 del PIDESC resulta especialmente importante porque plantea el tipo de obligaciones jurídicas contraídas por los Estados Partes, determinando la interacción de todas las demás disposiciones del Pacto con este artículo. Examinaremos en particular el inciso 1:

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 (PIDESC, art. 2.1).

Dada su relevancia, iremos desglosando este inciso para tratar cada uno de los aspectos que involucra.

Adoptar medidas legislativas por todos los medios apropiados

Esta enunciación fue desarrollada y precisada en la Observación General N° 9 “La aplicación interna del Pacto”, dictada por el Comité DESC en el año 2008.⁶ El artículo 2 de esta Observación establece que “las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno” y que “las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos”.

Más allá del carácter jurídicamente vinculante de las normas internacionales sobre derechos humanos, el Comité aconseja “incorporar sus disposiciones a la legislación interna” a fin de evitar “los problemas que podrían derivarse de la traducción de las obligaciones del tratado” y permitir “a los interesados invocar directamente los derechos reconocidos en el Pacto ante los tribunales nacionales.” Si bien la adecuación de la legislación interna puede producirse mediante el otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, o bien complementando o enmendando la legislación vigente, el Comité se inclina a favor de esta última (OGN°9, art. 8).

La amplitud y flexibilidad del planteamiento original se fundamentaba en la necesidad de tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado. Sin embargo, mediante la OGN°9 se extienden las atribuciones del Comité al examen de la adecuación de los medios elegidos por los Estados Partes para incorporar los derechos del Pacto en la legislación nacional, en vistas del pleno cumplimiento a las obligaciones contraídas (art. 5).

Se consolida así la obligación de los Estados Partes de modificar el ordenamiento jurídico interno a fin de dar efectividad a los compromisos asumidos.

Mediante la referencia a “todos los medios apropiados” se procura reparar la “omisión” del texto originario (condicionada por el contexto en que se adoptan los Pactos), que marcaba una diferencia fundamental entre los DCP y los DESC: las posibilidades de aplicar recursos judiciales sólo en el primer caso.

En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones

⁶ Tal como lo definen Abramovich y Courtis (2002), “Las Observaciones Generales dictadas por el Comité equivalen a su jurisprudencia en relación con el contenido del Pacto, del cual es el único órgano de aplicación” (p. 68). Estas Observaciones tienen carácter vinculante para los Estados Parte.

de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. [...] La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes (OGN°9, art. 10).

Por otro lado, se especifica que la justiciabilidad de los DESC involucra tanto a los recursos judiciales como administrativos. El artículo 9 de la OGN°9 fija que los “recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo.” De manera que los interesados en reclamar la protección de sus derechos deben poder hacerlo ante los tribunales nacionales, y sólo una vez agotados los recursos internos, ante los tribunales internacionales (OGN°9, art. 7), ofreciendo al Estado la posibilidad de reparación de la violación alegada.

Quedan así formalmente diluidas las diferencias de justiciabilidad existentes entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Se analizarán más adelante las diferencias de orden operativo que aún persisten. Adicionalmente, en relación a la responsabilidad de los gobiernos, se establece la “inversión de la carga probatoria” a favor del demandante. Aplicando el criterio al análisis de regresividad, el demandante debe demostrar que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto a la anterior. Probado esto, la norma se presume inválida y el Estado debe acreditar que, pese a ser regresiva, es justificable. Los argumentos utilizados no pueden resguardarse en la disciplina fiscal u otro tipo de derechos, sino que el Estado debe demostrar qué otros derechos económicos, sociales y culturales resultaron favorecidos por la medida. (Abramovich y Curtis, 2002)

Adoptar progresivamente medidas económicas y técnicas

Estos aspectos son abordados en particular en la Observación General N°3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, dictada por el Comité DESC en el año 2008.

La OGN°3 manifiesta que “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato” (art. 1). Estas son: garantizar la no discriminación en el ejercicio de los DESC y adoptar medidas efectivas.

Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto (OGN°3, art. 2).

El concepto de progresividad se introduce con el fin de respetar los distintos estadios de desarrollo en que se encuentran los Estados Partes.

Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto, no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo (OGN°3, art. 9).

Si esto ocurriera, el Pacto perdería sentido. Por lo tanto, se establece “una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”: alimentos, niveles básicos de atención de la salud, abrigo y vivienda, y enseñanza (OGN°3, art. 10).

En todo caso, a partir de la firma y ratificación del Pacto, los Estados Parte asumen la obligación de comenzar a desarrollar acciones de inmediato, a partir de un plan de acción formulado para avanzar en la realización de los derechos. En este sentido, la definición de indicadores y la producción de información de base resultan indispensables para poder establecer la medida del progreso.

Hasta el máximo de los recursos disponibles, mediante la asistencia y cooperación internacionales

A fin de salvar la falta de precisión de esta disposición, que ha dado lugar a interpretaciones de diverso alcance

El Comité observa que la frase ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’ tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales (OGN°3, art. 13).

Por lo tanto, para que un Estado Parte pueda esgrimir la falta de recursos disponibles debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles, incluso recurriendo a la ayuda internacional. Esto obliga a todos los Estados, no sólo a los que necesitan asistencia sino a los que están en condiciones de brindarla a los demás.

Aun en períodos de crisis que afecte gravemente la disponibilidad de recursos, los Estados Partes deben “proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OGN°3, art. 12).

Obstáculos inherentes a la justiciabilidad de los derechos sociales y estrategias de elusión

La Observación General N°9, y más recientemente el Protocolo Facultativo al PIDESC, han determinado la caducidad de las discusiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, persisten todavía algunos obstáculos inherentes a la su formulación, para superar los cuales resulta necesario seguir adecuando el sistema legal (jurídico y administrativo) y avanzar en la jurisprudencia sobre el tema.

Examinaremos cada uno estos obstáculos y a las estrategias de elusión que se han planteado para superarlos.

Obstáculo: restricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y presupuestarias

Indudablemente, una de las caras del poliedro que conforman los derechos económicos, sociales y culturales es la prestación de bienes y servicios. Si bien estos derechos se suelen denominar derechos-prestación, la prestación no agota la entidad de estos derechos. Esta discusión involucra, como forma de distinción por oposición, a los derechos civiles y políticos, que han sido llamados derechos-libertades o derechos de autonomía.

¿Cuál es la (falsa) diferenciación a la que se apela?

Que los derechos-prestación establecen obligaciones positivas, de modo que su cumplimiento depende de la disponibilidad de recursos cuya administración es atribución de las autoridades políticas, y no de los tribunales. En cambio, los derechos-libertades implican la imposición de límites al monopolio de la coacción estatal, es decir que resguardan la autonomía individual frente a las arbitrariedades del poder estatal, imponiendo obligaciones negativas o de no-hacer.

¿Por qué es falsa esta dicotomía?

En palabras de Víctor Abramovich y Christian Courtis (2009)

Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación –destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos–, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la

eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho. Baste repasar mentalmente la gran cantidad de recursos que destina el Estado a la protección del derecho de propiedad: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera. (p. 5)

Se evidencia de esta manera que las obligaciones de no-hacer también implican erogaciones públicas. Así lo confirma la Observación General N°9:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. (OGN°9, art. 10)

En sentido inverso, algunos derechos sociales, fundamentales en tanto medios para la realización de otros derechos –como el derecho de asociación, de huelga, de negociación colectiva–, no constituyen derechos prestacionales. Por lo tanto, la adscripción de estos tipos de derechos a obligaciones positivas o negativas queda relativizada.

Sin embargo, más allá de estas disquisiciones, la separación de poderes que supone el sistema republicano en que se encuentran organizadas las democracias occidentales efectivamente introduce un problema de jurisdicción. La atribución de diseñar y ejecutar políticas públicas que ponen en juego recursos presupuestarios es atribución del poder político (ejecutivo y legislativo), de modo que la imposición de la obligación de hacer o dar escapa a la competencia judicial.

En última instancia, aun cuando las sentencias judiciales no sean directamente ejecutables por requerir la provisión de fondos públicos, la declaración judicial de que el Estado ha incumplido su obligación de garantizar algún derecho social puede traducirse en una forma de presión para que los poderes públicos incorporen el problema en la agenda, “deslegitimando la inercia”, como exhorta Luigi Ferrajoli.

Apelación a la dimensión negativa de los derechos positivos: incumplimiento de la obligación de no discriminar

Si el poder judicial no puede imponerle al poder político la obligación de hacer, puede en cambio apelar a la obligación de no-hacer. La obligación de “no discriminar” como

principio determinante de todo el entramado de derechos económicos, sociales y culturales constituye una obligación negativa. Dada su relevancia, la obligación de no discriminar asume el carácter de “aplicación inmediata”, es decir que opera directamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte sin necesidad de dictar normas adicionales.

En este sentido,

La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la acción o a la manifestación de voluntad del Estado viciada, obligándolo a corregirla de manera de respetar el derecho afectado (Abramovich y Curtis, 2009, p. 13).

El argumento que esgrimen los autores es que, dado que difícilmente el Estado incumpla de manera total con sus obligaciones de prestación, es posible “plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho” (p. 14).

Aun en los casos de tercerización de las prestaciones de bienes y servicios públicos o de formas de cobertura mixta público-privada, el Estado interviene por vía indirecta mediante regulaciones y fiscalizaciones de su cumplimiento, por ejemplo, imponiendo niveles básicos de atención como en el caso de los planes médicos obligatorios, acreditando a las instituciones de enseñanza privada para formar parte del sistema educativo, o regulando los arrendamientos con destino a vivienda familiar.

De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho. (Abramovich y Curtis, 2009, p. 14)

Dada la obligación de los Estados de prohibir la discriminación y proteger a las personas contra cualquiera de sus formas, aplicable sobre cualquier derecho, la exclusión de personas o grupos del reconocimiento del beneficio habilita la demanda por discriminación.

Por otro lado, en estos casos actúa la inversión de la prueba, bajo el principio de la igualdad de armas, es decir que corresponde al Estado justificar el trato diferenciado, sin posibilidad de recurrir a argumentos financieros sino demostrando que de esta manera se da lugar al propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables.

Se presenta a continuación un caso llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en que se ha remitido al principio de **no discriminación** y a la afectación de derechos sociales por incumplimiento del derecho a la ciudadanía.

Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 8 de Septiembre de 2005⁷

Los hechos alegados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el presente caso manifiestan que el Estado de la República Dominicana, a través de sus autoridades del Registro Civil, negaron la emisión de las actas de nacimiento correspondientes a las menores de edad (Dilcia Yean y Violeta Bosico) nacidas en el territorio de este Estado, máxime cuando el texto Constitucional de la República Dominicana establece el *jus soli*⁸ para determinar quiénes son ciudadanos de ese país. La vulneración de sus derechos civiles, fundamentalmente el derecho a la nacionalidad, le imposibilitó a una de las menores asistir a la escuela (derecho a la educación) por falta de documento de identidad. De acuerdo a lo expresado por la CIDH, el Estado Dominicano “obligó a las menores a permanecer en un estado de ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una dimensión más grave cuando se trata de menores”.

Se ve claramente el desconocimiento por parte de los funcionarios de la aplicación del principio del interés superior del niño consagrado en diferentes instrumentos de orden internacional y nacional. La Corte argumentó que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños y que

La prevalencia del **interés superior del niño** debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.

La Corte consideró que el Estado Dominicano expuso a las niñas (Yean y Bosico) al estado de vulnerabilidad por razones discriminatorias⁹, generando la imposibilidad de recibir protección estatal y acceder a beneficios de los que eran titulares, además de infundirles temor de ser expulsadas y separadas de su familia biológica al dejarlas en situación de “apátridas” por más de cuatro años. De esta manera, el Estado Dominicano incumplió con los derechos consagrados en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto en relación a su obligación de respetarlos (obligación

⁷ Corte Interamericana, *Caso niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de septiembre de 2005.*

⁸ El “derecho del suelo” o “derecho del lugar” es un criterio jurídico para determinar la nacionalidad de una persona física.

⁹ Se considera que el trato discriminatorio se produce hacia la población dominicana de ascendencia haitiana o la misma población haitiana residente en la República Dominicana.

negativa) como de adoptar las medidas necesarias para garantizarlos (obligación positiva).

La actuación del Estado Dominicano en negarse a expedir el acta de nacimiento a las menores de edad, que a su vez exigía el mismo Estado para acceder a la escuela, puso en evidencia que la vulneración del derecho a la nacionalidad acarreó igualmente lesiones en el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica, nombre e igualdad ante la ley. Como consecuencia de ello se afectaron derechos sociales que impidieron el goce pleno del derecho a la educación, a la salud, y a la protección de la familia, en perjuicio de las menores de edad. Este constituye un caso en que la **violación de derechos civiles afectó el goce de derechos sociales**.

Pero también, de la obligación de los Estados Partes de **no-discriminación**. La Corte consideró que el Estado de la República Dominicana, al imponer a las niñas requisitos distintos a los exigidos a todos los menores de 13 años de edad para obtener la nacionalidad, actuó en forma arbitraria. En palabras de la Corte, el deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona. Los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

La CIDH resolvió declarar responsable al Estado de la República Dominicana por violación a los derechos de nacionalidad, nombre, personalidad jurídica, igualdad ante la ley y derecho a la integridad personal de las menores de edad en relación con el principio de no discriminación consagrado en la CADH. Además ordenó al Estado Dominicano a realizar: a) Un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de petición de disculpas a las víctimas (Yean y Bosico) y sus familiares, con la participación de las autoridades estatales y la difusión en medios de comunicación; y b) Adoptar las medidas administrativas y legislativas internas necesarias para regular el procedimiento y los requisitos para adquirir la nacionalidad dominicana mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable. Finalmente, impuso el pago de indemnizaciones por daño inmaterial, pago de costas y demás gastos en favor de las víctimas.

Apelación al incumplimiento de la obligatoriedad de adoptar medidas de protección especial para garantizar el derecho a la no-discriminación

El principio de no discriminar genera la obligación positiva de sancionar normas e implementar medidas que protejan a grupos vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales: grupos de bajos ingresos, mujeres, indígenas, campesinos sin tierra, refugiados, desplazados por conflictos armados, ancianos, niños, personas con alguna discapacidad y sin techo.

La apelación a la obligación de brindar **protección especial** a ciertos grupos –los desplazados por la violencia en Colombia– queda reflejada en el siguiente caso.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 de 2004. “Vulnerabilidad de la población desplazada en el Estado Colombiano”¹⁰

En Colombia la población desplazada constituye uno de los sectores poblacionales en estado de vulnerabilidad extrema, debido a la falta de protección oportuna y efectiva por parte de las autoridades. La violación reiterada de sus derechos se ha caracterizado por ser masiva, prolongada e imputable tanto al conflicto armado interno como a la estructura de la política de atención a los desplazados.

Este fallo marca un precedente jurisprudencial en materia de derechos civiles y sociales. En la sentencia en mención, la Corte Constitucional acumula 108 acciones de tutela interpuestas por 1.150 núcleos familiares pertenecientes a población desplazada, compuesta principalmente por mujeres cabeza de familia, menores de edad y adultos mayores. Entre los derechos fundamentales que la Corte observa mayormente vulnerados están: el derecho a la vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas en situación de mayor vulnerabilidad.

Mediante este fallo la Corte Constitucional exige al Estado Colombiano y declara:

- La necesidad de proteger a las personas víctimas del desplazamiento de manera preferencial, inmediata y efectiva.
- La reformulación de políticas públicas de atención a la población desplazada y su efectivo cumplimiento.
- El “estado de cosas inconstitucional” (por primera vez).

Cinco años después de proferida la sentencia T-025, la Corte reconoció que hubo avances hacia la superación del “estado de cosas inconstitucional”¹¹. No obstante lo

¹⁰ La Tutela 025 de la Corte Constitucional Colombiana le impone responsabilidad directa al Estado de Colombia, es decir lo hace responsable por un patrón de violencia.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

cual, impartió nuevas órdenes al Estado para que –a través de sus instituciones administrativas y a fin de demostrar que se ha superado el estado de cosas inconstitucional– garantice a la población en situación de desplazamiento el goce efectivo de sus derechos fundamentales, atendiendo al enfoque diferencial, a los derechos a la verdad, la justicia y a la reparación como víctimas que son del delito de desplazamiento forzado.

Obstáculo: determinación de la conducta debida

Más allá de la posibilidad de continuar adecuando los códigos de procedimiento, el principal obstáculo que enfrenta la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de especificidad del contenido de estos derechos.

La definición de contenidos mínimos de bienestar carece en general de estándares a partir de los cuales constatar la falta de cumplimiento. En términos judiciales, esta situación introduce la dificultad de determinar la afectación de los derechos.

“Evidentemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento, extremo que se torna imposible si la conducta debida no resulta inteligible” (Abramovich y Curtis, 2009, p. 18). Es decir que la justiciabilidad de un derecho requiere tanto de la determinabilidad procedimental como de la determinabilidad semántica de su contenido.

A este respecto, Abramovich y Curtis (2009) destacan que

Del reconocimiento de la deseable generalidad del texto de una Constitución o de un tratado de derechos humanos, sin embargo, no se sigue la imposibilidad absoluta de señalar casos en los que, pese a la inexistencia de especificación ulterior de su contenido, un derecho resulta violado: si ello fuera así, sería imposible decir que la reglamentación de un derecho es inconstitucional, y ello equivaldría a privar completamente de significado al lenguaje en el que se expresan una Constitución o un tratado de derechos humanos. (p. 21)

A fin de subsanar este estado de cosas, el Comité DESC ha ido fijando ciertos parámetros a través de las Observaciones Generales dictadas, por ejemplo, en relación a “El derecho a una vivienda adecuada” (OGN°4), “El derecho a una alimentación adecuada” (OGN°12), “El derecho a la educación” (OGN°13), “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (OGN°14), “El derecho al trabajo” (OGN°18), “El derecho a la seguridad social” (OGN°19).

¹¹ Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante la sentencia T-025 de 2004. Sistema Nacional Integral a la Población Desplazada (SNAIPD). <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=zG5WOL1WE3c%3D&tabid=1552>

Apelación al incumplimiento de la obligación de no-regresividad

Ante la falta de especificación del contenido sustantivo de los derechos sociales, se suele recurrir judicialmente a la denominada “legitimación activa por vía indirecta”. Esta consiste en la demanda de un derecho social apelando a la violación de derechos civiles, como la exclusión de ciertos grupos que requieren protección especial (obligación de no-discriminación), o el empeoramiento de las condiciones de goce de un derecho (obligación de no-regresividad).

Más allá de los contenidos mínimos esenciales que son de cumplimiento inmediato, los Estados asumen la obligación de no regresividad: no pueden adoptar medidas – jurídicas ni de política– que impliquen el retroceso de los derechos adquiridos, en particular a partir de la adopción del PIDESC, o el empeoramiento de una situación de bienestar ya alcanzada.

En términos jurídicos, esto implica la prohibición de derogar o suspender leyes necesarias para garantizar el goce de un derecho ya adquirido, de adoptar leyes que sean incompatibles con las obligaciones legales preexistentes, de reducir legalmente el alcance con que se goza un derecho u obstruir su realización progresiva. De esta manera, la obligación de no-regresividad se torna en “uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial” (Abramovich y Courtis, 2002, p. 95).

También en estos casos opera la inversión de la carga probatoria. El demandante debe demostrar inicialmente que la norma introduce un retroceso con respecto a la protección que ofrecía una norma anterior, y una vez probada la regresividad de la norma, se presume su invalidez o inconstitucionalidad, siendo responsabilidad del Estado justificar la razonabilidad de la legislación propuesta.

Obstáculo: inadecuación de los mecanismos procesales liberales para la tutela de derechos sociales

Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico clásico fueron concebidas para la protección de los derechos subjetivos y de propiedad, a partir de una concepción abstencionista del Estado.

La regulación propia del modelo de derecho privado clásico traduce la teoría liberal acerca de las funciones del Estado y las relaciones entre los individuos –basadas en las premisas de acción individual, racionalidad instrumental, autorregulación del mercado, institucionalidad confiable– en las formas jurídicas de sujetos de derecho individuales, igualdad ante la ley, principio de autonomía de la voluntad como mecanismo de intercambio de bienes y servicios, y acciones procesales individuales.

Los procedimientos judiciales están previstos para dirimir conflictos individuales (litigios entre particulares) a partir de demandas introducidas por los titulares del derecho afectado, lo cual denota claramente la insuficiencia de los recursos legales que ofrecen para reparar la violación de derechos sociales que afecta a sujetos e intereses colectivos.

En este sentido

La incidencia colectiva de la mayoría de los derechos sociales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales (Abramovich y Curtis, 2009, p. 25).

Apelación a los recursos jurídicos del derecho social

El modelo de derecho social introduce un quiebre sustentado en el reconocimiento de la acción humana en su dimensión colectiva, las diferencias de poder entre las partes, la noción de equidad que da lugar a la construcción de sujetos de derecho colectivo, la negociación colectiva, la inversión de la carga probatoria a favor de la parte más débil, el establecimiento de mínimos de interés público indisponible, la responsabilidad objetiva (que modifica los criterios de asignación de responsabilidad civil hacia el riesgo generado y la regulación de la distribución del costo de los daños), las acciones procesales colectivas. Pero sobre todo, define el carácter de las obligaciones del Estado. En esta línea se inscriben las reformas constitucionales de los países latinoamericanos de los años noventa que, pese al contexto neoliberal vigente, adoptan formalmente un carácter social.

Bajo esa garantía constitucional, y a fin de compensar la desigualdad de fuerzas que presupone el derecho social, los países de la región avanzan con distintos ritmos en la creación de recursos procedimentales que resultan fundamentales para afianzar la capacidad de acción colectiva, como el reconocimiento de derechos o intereses individuales homogéneos (cuando la violación individualizada y concreta afecta a un grupo generalizado de personas), el amparo individual y colectivo, la igualdad de armas, el planteo de acciones de inconstitucionalidad.

Entre estas se destaca el principio *pro homine* o *pro persona*, criterio hermenéutico de interpretación normativa

en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata

de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, s.f., introducción)

Es decir que, siempre que se encuentre en juego un derecho humano, se deberá recurrir a la norma que sea más favorable en su amplitud a las personas afectadas, a fin de lograr el reconocimiento del derecho que se pretende hacer valer. Por otra parte, la pluralidad de fuentes internas e internacionales del sistema de derechos humanos obliga a una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado. Para esto, resulta sumamente importante que los operadores jurídicos que imparten justicia o realizan defensas a favor de los derechos humanos conozcan y recurran a la normativa internacional, más aun cuando sus Estados han adquirido obligaciones de carácter formal en la protección efectiva y goce de derechos fundamentales.

Los avances en la judicialización de casos colectivos quedan reflejados, por ejemplo, en el fallo de la Corte Constitucional de Colombia que reconoce la afectación de **intereses individuales homogéneos** vinculados con el derecho a la salud.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-760 de 2008. “Protección derecho a la salud”

El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano¹² es un derecho constitucionalmente reconocido en la Carta Política de 1991. Asimismo se crea un mecanismo de exigibilidad de este derecho mediante la **acción de tutela**¹³, la cual tiene como requisito subrayar que existe conexión entre derechos fundamentales como el derecho a la vida y el derecho a la salud. Por otro lado, se da protección especial cuando el caso representa a grupos vulnerables como niños, mujeres embarazadas, discapacitados y personas mayores.

La Corte Constitucional Colombiana, en sentencia T-760 de 2008¹⁴, hizo una revisión de 22 acciones de tutela originadas por situaciones que vulneraban el derecho a la salud. Sin embargo, no se limitó a revisar y resolver las causas individuales, sino que concluyó que, en vez de tratarse simplemente de problemas aislados y específicos de ciertos usuarios del sistema de salud, los 22 casos representaban violaciones recurrentes provocadas por problemas estructurales presentes en diferentes niveles del Sistema de Salud Público Colombiano. En este fallo la Corte reafirma el derecho a

¹² Artículos 44 y 48 de la Constitución Política de Colombia.

<http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>

¹³ Artículo 84 de la Constitución Política de Colombia: *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

¹⁴ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>

la salud como un derecho fundamental, la accesibilidad a los servicios de salud y la calidad de los mismos. Para esto, examina las obligaciones legales internacionales del Estado respecto de la salud, especialmente la Observación General N°14 del Comité DESC.

Un elemento central de lo dispuesto por la Corte fue la actualización, aclaración y unificación de los planes de cobertura de salud¹⁵, conocido como POS –Plan Obligatorio de Salud–. La Corte ordenó dar prioridad en la atención y prestación del servicio de salud a población protegida constitucionalmente, especialmente niños, niñas y mujeres embarazadas, entendiendo que el derecho a la salud de los niños y niñas debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional, toda vez que la acción de tutela procede de forma directa y no se requiere el requisito de conexidad con el derecho a la vida o integridad para la protección del derecho fundamental a la salud. Por otra parte exigió que se acelere la asignación de recursos al sistema y que se mejore la evaluación y supervisión de las empresas privadas que proveen servicios de salud.

Esta sentencia refleja la individualización de cada uno de los actores, sin perder de vista la homogeneidad en su conjunto, que es la garantía del derecho a la salud reconocido en el texto constitucional colombiano.

Apelación a la restricción de derechos civiles por efecto de la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales

Este argumento se asienta en la imposibilidad de ejercer un derecho-libertad debido a la falta de cumplimiento de derechos al bienestar, tomando como fundamento el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

...el deber de garantizar el ejercicio de algunos derechos civiles conlleva ineludiblemente el deber del Estado de superar los obstáculos de índole económica y social que estorban su goce en plenas condiciones, y en consecuencia, se aproximan los espacios de la acción estatal en relación a una y otra categoría de derechos. (Abramovich, s.f., p. 26)

La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos trasciende su dimensión teórica para realizarse como principio, como marco para la interpretación de todos los otros derechos.

¹⁵ Se produce la unificación de los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social de Salud (SGSSS): el **contributivo** (que comprende a las personas con capacidad de hacer aportes al Sistema de Seguridad Social) y el **subsidiado** (en el que participan las personas sin capacidad de hacer aportes al Sistema y que se encuentran subsidiadas por el Estado).

Breve disquisición teórica acerca del sustento ético de las normas

EL JUEZ. — No sirvo a la ley por lo que ella dice, sino porque es la ley.

DIEGO. — Pero ¿y si la ley es el crimen?

EL JUEZ. — Si el crimen se convierte en ley, deja de ser crimen.

DIEGO. — ¿Y si hay que castigar la virtud?

EL JUEZ. — Hay que castigarla, en efecto, si tiene la arrogancia de discutir la ley.

El estado de sitio, de Albert Camus (1949)

Nos retrotraemos a la cita de Albert Camus, diálogo ubicado en el contexto de “El Estado de sitio” como situación extrema. Servir a la ley porque es la ley, aún cuando la ley sea el crimen o castigue la virtud, deja planteados los dos temas que nos interesa abordar: la desnaturalización de la ley y la interacción entre procedimiento y sustancia como forma de legitimidad.

Con respecto a la primera cuestión, Ferrajoli (1999) señala la “falacia, idealista y normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del derecho mismo” (p. 18).

Es evidente que entre el deber ser y el ser todavía persiste una brecha demasiado amplia. Pero entender la ley como una construcción social implica asumir que es susceptible de cambio. En este sentido, algunos derechos sociales procedimentales – aquellos que habilitan diversas formas de acción colectiva– se erigen en medios de transformación, sobre todo en contextos donde tiene vigencia el Estado Social de Derecho.

Esto da lugar a la segunda cuestión que nos interesa plantear. La validez de las normas se identifica

con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo. Esta concepción puramente formal de la validez es, a mi juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva, a su vez, de una incomprensión de la complejidad de la legalidad en el Estado constitucional de derecho [...] el sistema de las normas sobre la producción de normas [...] no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales (Ferrajoli, 1999, pp. 20-21).

Jürgen Habermas (1999) instituye la acción comunicativa –el diálogo basado en la crítica y el despliegue de argumentos válidos– como un procedimiento para lograr

acuerdos. Este mismo procedimiento define la sustancia, para conformar en su confluencia la racionalidad comunicativa. Las leyes no se legitiman por facticidad, sino por validez. La validez propia del mundo social, que Habermas denomina rectitud, se cimienta en principios éticos (a diferencia de los criterios de validez propios del mundo objetivo: la verdad, y del mundo subjetivo: la veracidad).

Entonces, para que la norma adquiera legitimidad hace falta que los “procedimientos” (para Habermas) o la “vigencia de las normas, que remiten a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación” (para Ferrajoli), interactúen con la “validez” –en el marco de la teoría de la acción comunicativa habermasiana– o la “constitucionalidad, que tiene que ver con su significado o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción” –desde la perspectiva garantista de Ferrajoli–.

Esa sustancia de la ley está dada por los derechos fundamentales –tanto positivos como negativos– que son universales (a diferencia de los que ocurre con los derechos patrimoniales) y de naturaleza inalienable, de manera que quedan sustraídos a los medios de poder Mercado y Estado.

Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones. (Ferrajoli, 1999, p. 24)

Esta breve digresión tiene por objeto introducir algunos elementos que definen la potencia de la exigibilidad política: su constitución como mecanismo de transformación del dispositivo jurídico instalado y de legitimación ética de las normas, como formas de reforzar la democracia.

TESIS II

La exigibilidad política refuerza la justiciabilidad, actuando sobre la base del entramado jurídico-administrativo en el sentido de su transformación, para la realización plena de los derechos fundamentales.

Garantías de participación semi-directa y directa como formas de exigibilidad política

*pero se ha de recordar
para hacer bien el trabajo,
que el fuego, pa calentar,
debe ir siempre por abajo.*

*La vuelta de Martín Fierro, de José Hernández
(1879)*

La realización de los derechos-prestación resulta indisociable del diseño, implementación y evaluación de las políticas sociales que configuran la estrategia de desarrollo de un país. Sin embargo, es común que esta atribución del poder político se ejerza sin regulaciones sobre la definición de los titulares de los derechos, el contenido de las prestaciones o servicios, su continuidad, ni la definición de los recursos legales aplicables en caso de incumplimiento.

Las leyes destinadas a reglamentar los derechos sociales consagrados en las cartas constitucionales se limitan a la designación de los órganos administrativos competentes y a la estipulación, de manera más o menos difusa, del alcance de sus competencias. La falta de definición de los contenidos de los derechos vacía de contenido sustantivo a la ley y da lugar a la actuación discrecional del poder ejecutivo y la administración.

El riesgo de focalización discrecional de los programas, sin oportunidad de reclamo por parte de aquellos excluidos del beneficio, concede espacio al clientelismo y la corrupción. No importa que esto efectivamente ocurra o no. Simplemente, la falta de garantías instala el riesgo. Para restringir esta posibilidad, referentes en la materia como Christian Courtis (2007) y Gerardo Pisarello (2009) abogan por un “modelo de garantías en materia de derechos sociales”.

La noción de garantía se refiere a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible. La experiencia histórica demuestra claramente que la efectividad de un derecho no puede estar librada sólo a la voluntad de un único

órgano estatal –de modo que es necesario pensar las garantías en un sentido múltiple (Pisarello, citado por Courtis, 2007, p. 7).

Estas garantías pueden ser de carácter **social** o **institucional**. Las **garantías sociales** ponen a disposición del titular del derecho –individual o colectivo– mecanismos para su aseguramiento. Por su parte, las **garantías institucionales** confían la protección de los derechos principalmente a organismos públicos. Entre las garantías institucionales se distinguen las *políticas* –que pueden involucrar el diseño institucional de controles entre los poderes políticos, como Ombudspersons, Defensorías del Pueblo, Comisiones de Derechos Humanos, Procuradurías de los Derechos Humanos– y las *jurisdiccionales*, que son encabezadas por instancias del poder judicial u organismos autorizados para dirimir quejas, demandas o denuncias.

El objeto de esta Segunda Parte del Cuaderno son las garantías sociales, que se ejercen sobre la institucionalidad política y jurídica subyacentes al ejercicio del derecho –y la obligación– ciudadana de contribuir a la realización plena de los derechos humanos. Por lo tanto realizaremos algunas consideraciones sobre las garantías institucionales políticas y jurisdiccionales, desarrolladas ampliamente en la Primera Parte, poniéndolas en relación con las garantías sociales como modo de adentrarnos en la cuestión de la exigibilidad política.

Garantías institucionales políticas

Los tratados internacionales de derechos humanos exigen adecuar el sistema legal interno de los Estados Partes. Esta adecuación se puede realizar definiendo su contenido como constitucional o supra-legal o modificando y complementando las leyes existentes. La definición sustancial de los derechos económicos, sociales y culturales, atributo del poder legislativo,

requiere de la incidencia de la comunidad, de los actores civiles, por la vía del empleo activo de las garantías sociales. Si no se hace transparente y se fiscaliza el momento de conversión de ese derecho –que aparece de forma más o menos genérica en la constitución o en un pacto de derechos humanos– en una ley y, especialmente, en su reglamentación, se pierde el nivel de incidencia central. La utilización de las garantías sociales tradicionales, que están vinculadas con la participación política, debería estar dirigida a la discusión sobre cuáles y cómo son las leyes que garantizan y reglamentan el contenido de esos derechos. (Courtis, 2007, p. 10)

La relevancia de este momento se refleja en la obligación de la administración política de respetar el contenido mínimo esencial estipulado por las leyes, de modo que cualquier acción contraria u omisión de esta obligación se torna violatoria del derecho.

Por otro lado, la obligación del mínimo indisponible junto a la noción de progresividad, introducen la necesidad de dar seguimiento a las políticas públicas sociales. La obligación estatal de producir y difundir información resulta un aspecto clave de este proceso. El cumplimiento de esta obligación exige el desarrollo de herramientas de análisis que contemplen la definición de indicadores y estándares. La participación de la sociedad civil se traduce en la elaboración de los **informes sombra**, que se tornan insumos claves para los respectivos comités internacionales a fin de contrastar los discursos oficiales.

Otra herramienta fundamental de control ciudadano de la política pública es el **presupuesto participativo**, que involucra el precepto de “hasta el máximo de los recursos disponibles”. El presupuesto, en el que se establece la forma de distribución de los recursos públicos, materializa las prioridades del Estado en relación a la satisfacción de los derechos sociales. Aquí no se trata sólo de fiscalizar su ejecución, sino de participar en su definición. “Si las organizaciones de la sociedad civil no tienen capacidad de incidencia en materia presupuestaria, se pierde la oportunidad de fiscalizar uno de los instrumentos que define en gran medida el rumbo que tomarán las políticas sociales del Estado” (Courtis, 2007, p. 15).

El ejercicio del derecho a la participación comprende, además de los anteriormente señalados, otros mecanismos como la **iniciativa legislativa popular (ILP)** –la reunión de una cantidad mínima estipulada de firmas de los ciudadanos para exigir el tratamiento de una ley en el ámbito legislativo–, la participación en **audiencias públicas** previas a la toma de decisiones políticas, el **referéndum** y el **plebiscito**.

Todas estas son vías de participación semi-directas que refuerzan al sistema de representación. Las acciones que habilitan, que son potestad de la sociedad civil, marcan la diferencia entre la denuncia de casos concretos y la participación en la definición y el seguimiento continuo de las políticas públicas.

Garantías institucionales jurisdiccionales

Tal como las define Courtis (2007)

Las garantías jurisdiccionales son instrumentos –que tradicionalmente adoptan la forma de acciones, recursos, demandas o quejas– que permiten que la persona titular de un derecho acuda a una autoridad independiente –habitualmente, el Poder Judicial u órganos cuasi-judiciales– con poder para determinar la existencia de un incumplimiento e imponer una sanción al sujeto incumplidor –la realización de la acción debida, la anulación de la indebida, reparaciones o penas– (p. 16).

Los obstáculos que enfrenta la puesta en práctica de estos mecanismos responden tanto a factores conceptuales –como la ya señalada ausencia de definición sustantiva del contenido de los derechos sociales, el desarrollo aún incipiente de recursos procesales colectivos, el desconocimiento en el ámbito doméstico de los tratados de derechos humanos o de los avances en materia de nueva jurisprudencia que introducen los fallos de las cortes internacionales– como fácticos –el riesgo de que el monopolio ejercido por los abogados en la representación de intereses jurídicos se traduzca en una privación del acceso a la justicia que afecte negativamente a los sectores más necesitados de la población, la complejidad de los procedimientos, la lentitud del sistema–. Estas brechas definen el espacio donde las organizaciones de la sociedad civil pueden intervenir mediante acciones como la articulación *pro homine* de estándares internacionales, constitucionales y contenidos de las leyes internas.

Otro concepto novedoso de la doctrina jurídica que se ha ido fortaleciendo en algunos países de la región es el **litigio estratégico de derechos humanos**. Algunos estudiosos en el tema coinciden en que las organizaciones de la sociedad civil (como el Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS– en Argentina, el Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos –ILSA– en Colombia, y la Comisión Andina de Juristas en Perú) son las generadoras e impulsoras de esta herramienta. En la práctica, el concepto de litigio estratégico involucra a jueces, operadores jurídicos, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales implicados en temas de derechos humanos e interés público, entre los cuales se destacan la lucha por la pobreza, el ambiente sano, los derechos de los pueblos indígenas, los migrantes, las personas con discapacidad y otros grupos especiales de protección constitucional.

Una de las líneas de acción que viene desarrollando el CELS en Argentina respecto del litigio estratégico es

procurar operar sobre el vínculo entre la esfera judicial y política. [...] El planteo en el ámbito judicial de conflictos públicos o que trascienden lo individual intenta introducir temas en la agenda del debate social, cuestionar los procesos de definición, los contenidos, sus potenciales impactos sociales y la implementación de políticas de Estado (CELS, 2008, p. 26).

Mediante esta acción se intenta tener eco en la implementación de políticas públicas o impulsar e instalar reformas legales e institucionales.

También se acoge la herramienta del *amici curiae*, alegatos que pueden presentar terceros ajenos a una causa judicial que exponen sus razones como aporte en la sustentación de un proceso judicial.

Sin embargo, la sola creación de instrumentos jurídicos resulta insuficiente. Muchas veces se obtienen fallos a favor de la protección de derechos sociales, que pierden

efectividad en la fase de ejecución. “De ahí que, junto a las garantías de participación en el acceso a la justicia, deban estipularse garantías de participación en la ejecución y seguimiento de las sentencias” (Pisarello, 2009, p. 49).

Las garantías sociales como procedimientos de exigibilidad

Las garantías institucionales presentan la restricción de quedar vinculadas al propio poder que se pretende limitar. El control ejercido por las instituciones públicas corre el riesgo de resultar ineficaz si la sociedad civil no desarrolla acciones de denuncia pública o jurídica, demanda e incidencia, y fiscalización de las iniciativas gubernamentales encaminadas a dar cumplimiento a los derechos.

Pisarello (2009) señala al respecto que

El poder sólo se disciplina como consecuencia de actos externos que lo heterolimiten. Así las cosas, resulta evidente que no hay tutela de los derechos sin instituciones obligadas a garantizarlos. Pero no hay instituciones obligadas en ausencia de sujetos capaces de obligar. Por eso los derechos, sobre todo cuando comportan límites o vínculos incisivos al ejercicio del poder, son conquistados más que simplemente concedidos. Y si no son conquistados suelen permanecer como letra muerta (p. 32).

Es decir que la garantía de los derechos debe ser entendida no sólo como un fenómeno institucional, sino también social.

Las garantías sociales se sustentan en derechos que hacen posible la efectivización de otros derechos mediante la expresión en la esfera pública y la participación en la esfera política.

Es decir que un grupo importante de los llamados derechos civiles y políticos tiene una conexión especial con los derechos sociales, en tanto tales derechos, como la libertad de expresión, la libre manifestación, la libertad de prensa, la libertad de asociación –y su manifestación particular en el campo sindical, es decir, la libertad de agremiación–, el derecho a formar partidos políticos y sindicatos, el derecho al voto, el derecho de petición, son derechos que funcionan como instrumentos de incidencia en el ámbito de la determinación y control ciudadano de las políticas sociales, es decir, de las políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales (Courtis, 2007, p. 8).

Con esto queda reforzada, más allá de las fundamentaciones gnoseológicas, la imbricación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales.

Por otro lado, el lugar otorgado a las garantías sociales permite evaluar la legitimidad del ordenamiento jurídico. Esta legitimidad dependerá de la amplitud de los espacios

de participación institucional y extra-institucional conquistada/concedida a los sujetos de derecho para incidir en la configuración del propio ordenamiento jurídico. Esto marca una diferencia entre las aproximaciones estatistas o “top-down” frente a las “bottom-up”, a partir de la cual los espacios institucionales comienzan a interactuar con la participación y movilización ciudadanas. El involucramiento directo de todos y cada uno, reconociendo la “potencia constituyente de quienes, por su posición económica, étnica o de género, son los sujetos privilegiados de los derechos sociales” (Pisarello, 2009, p. 53), contribuye a minimizar los efectos de un poder sin arbitrio y con vocación paternalista.

De este modo, las garantías sociales refuerzan las garantías institucionales. Sin embargo, también pueden actuar de manera directa, defendiendo o reclamando derechos sociales en ámbitos no institucionales. Esto no implica una acción contra-institucional, sino el refuerzo de una institucionalidad revestida de legitimidad.

Entre los mecanismos de tutela directa, es decir, ejercidos por los propios titulares del derecho, se encuentran la movilización y la protesta, la huelga, el boicot de consumidores, la recuperación de fábricas por los trabajadores, la posesión de tierras indígenas ancestrales con ánimo de propiedad, la ocupación de viviendas ociosas. Esta enumeración da cuenta de mecanismos que se encuentran enmarcados en estatutos jurídicos y otros menos convencionales.

En algunos casos este tipo de acciones pueden generar situaciones complejas, por ejemplo, cuando ciertas vías de acción afectan los derechos de terceros. Un caso particularmente problemático es aquel que instala el ejercicio del derecho a huelga de los docentes frente al derecho a la educación de los estudiantes. Pero en todo caso, el respeto del legítimo ejercicio de estos derechos –dentro de límites razonables– implica inhibir todo tipo de acción represiva o reacción penal por parte del Estado.

En definitiva, estas formas de acción colectiva permiten “entender el propio principio democrático no como un principio que pueda cristalizar de una vez por todas en un régimen acabado, sino como parte de procesos inacabados de democratización, en los que caben avances pero también retrocesos” (Pisarello, 2009, p. 53). Que el recorrido se oriente en sentido progresivo depende del grado de compromiso e involucramiento al que estemos dispuestos.

SEGUNDA PARTE. LOS DERECHOS DEL NIÑO



La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) no sólo marca un hito importante en materia de promoción y protección de los derechos de la infancia, sino que constituye el único instrumento internacional sobre derechos humanos que logra plasmar en conjunto tanto a los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos, sociales y culturales. Es así que en la CIDN coexisten el derecho a la identidad, a la no intromisión en la vida privada, a la libertad de expresarse y ser escuchado, con derechos relativos a la educación, a la salud, a un nivel de vida adecuado para el desarrollo integral del niño, a medidas especiales de protección y reparación para grupos vulnerados. En esta Segunda Parte del Cuaderno nos interesa enfatizar los mecanismos de justiciabilidad y exigibilidad desarrollados para favorecer la aplicación de los Derechos del Niño, como caso particular de las consideraciones realizadas en la Primera Parte.

El Comité Internacional de los Derechos del Niño

Siguiendo el modelo de los demás tratados sobre derechos humanos, la CIDN crea un órgano de expertos independientes cuya misión es supervisar su vigencia y aplicación en los Estados Partes: el Comité Internacional de los Derechos del Niño. El Comité examina los informes periódicos que los Estados se comprometieron a presentar al

ratificar la Convención, a los cuales se suman los contra-informes elaborados por la Sociedad Civil de dichos países. Estos documentos dan a conocer los avances realizados y las dificultades encontradas en el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes. A partir de su examen el Comité elabora sus Observaciones Finales, recomendando la implementación de ciertas medidas de carácter prioritario. Además de este seguimiento país por país, el Comité produce documentos que buscan aclarar el texto de la Convención –las Observaciones Generales–, ofreciendo a los Estados Partes claves de lectura para su correcta interpretación.

Más allá de la relevancia de las funciones del Comité, cabe destacar que la Convención carece de un órgano supranacional específico habilitado para juzgar los casos graves de violación de los derechos del niño. En América Latina es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que desempeña un rol clave en el reconocimiento, promoción y defensa de los derechos humanos en general y de los derechos del niño en particular.

Esta situación de insuficiencia de la CIDN en materia de exigibilidad pretende ser revertida por la aprobación, el 19 de diciembre del 2011, de un tercer Protocolo anexo a la CIDN¹⁶. Este instrumento, ahora en proceso de ratificación, es relativo al procedimiento de comunicaciones o denuncias individuales ante el Comité de los Derechos del Niño. Además de ampliar las facultades del Comité, el Protocolo fortalece el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, por cuanto les permite elevar denuncias sobre vulneración de sus derechos en forma directa, por sí mismos o por medio de terceros. Se crea de esta manera, el mecanismo de justiciabilidad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del tratado base, rompiendo con la etiqueta de ser un instrumento que no contaba con un procedimiento de comunicaciones o denuncias individuales que garantizara la justiciabilidad de los derechos en instancias internacionales. Por otra parte este Protocolo promueve los principios de interés superior del niño, participación infantil y no discriminación.

Sin duda alguna, el tercer Protocolo señala la hoja de ruta que los Estados Partes de la CIDN se han obligado. Aun así, si bien la CIDN fue originalmente ratificada por la mayoría de los países del planeta en un tiempo record, la respuesta esperada con relación al Protocolo ha sido muy pobre: de los 36 países firmantes sólo 5 lo han ratificado, siendo 10 el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigencia.

¹⁶ Resolución N° 66/138 de las Naciones Unidas. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

<http://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/a-res-66-138-spanish.pdf>

Los dos primeros, vigentes desde 2002, son relativos al reclutamiento de niños en conflictos armados y a la venta de niños, prostitución y pornografía infantil.

Si bien se esperan cambios profundos en materia de justiciabilidad de los derechos del niño a partir de la futura entrada en vigor de este tercer Protocolo, cabe reconocer que el rol de la CIDN en la materia se limita, por ahora, a orientar la adopción de nuevas normativas y políticas.

Al instaurar un nuevo paradigma, la CIDN insufló un cambio radical en las legislaciones nacionales y en la institucionalidad de los países ratificantes, lo cual se tradujo en una ruptura con el modelo tutelar históricamente anclado en los países latinoamericanos. Es así que a partir de la adopción de la Convención, los países de la región iniciaron una transformación de la institucionalidad vigente para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas. Alrededor de la mitad han explicitado en sus leyes o códigos de la infancia, la edificación de un sistema de protección integral.

En este nuevo entramado, ¿Qué lugar ocupa la justiciabilidad de los derechos? ¿Cuáles son las instituciones, organismos y servicios creados para vigilar la aplicación de los derechos, conocer sobre los casos de violación y dar curso a las demandas de reparación? ¿De qué forma esos mecanismos se arraigan en los territorios, facilitando el acceso de los ciudadanos y abriéndose a la participación de la sociedad civil?

Los siguientes apartados esbozan una respuesta a esta serie de preguntas, basándose en algunas prácticas destacables en la región. Se hará hincapié en el desarrollo de una justicia especializada en materia de infancia, luego se reseñará la aparición de la figura del Defensor del Niño y de las instancias protección de la niñez creadas localmente, para abordar finalmente la participación de sociedad civil en la etapa de definición de los presupuestos. Cada una de estas cuestiones remite a los puntos abordados en la Primera Parte en términos de justicia, institucionalidad y participación ciudadana.

El desarrollo de una Justicia Especializada para la Infancia

Al reconocer al niño como sujeto de derechos y promover su protección, la Convención de los Derechos del Niño introduce un cambio de concepción con respeto al diagrama punitivo. Sin embargo, si bien las leyes y códigos de la infancia remiten a este tema a través de una serie de artículos, lo hacen todavía casi exclusivamente abordando situaciones en donde los niños cometieron delitos. Como subraya Mary Beloff (2006), “sin dudas, en algún sentido, donde con mayor claridad se plantea una continuidad entre el modelo tutelar clásico y un nuevo modelo basado sobre el derecho internacional de los derechos humanos, es en el área que se relaciona con las personas menores de 18 años que cometen delitos” (p. 6). Paradójicamente, si bien las leyes y códigos se declaman, a imagen de la CIDN, como parte del paradigma de protección integral y de la búsqueda del interés superior del niño, poco se ha avanzado sobre la creación de mecanismos orientados a operar frente a las

situaciones de vulneración. Resulta evidente que la existencia y el funcionamiento efectivo de estas instancias y procedimientos son condiciones *sine qua non* del goce de los derechos del niño. En este sentido, Beloff (2005) señala que, frente a “la sofisticación de la ingeniería institucional relacionada con la justicia juvenil”, es llamativo el “carácter aparentemente declarativo de la regulación referida a los derechos económicos, sociales y culturales”. Mejor dicho, y retomando sus interrogantes: “¿Por qué es posible ser precisos cuando se habla de justicia juvenil pero es imposible serlo cuando se habla de protección de la infancia?” (pp. 79-80).

El interés por desarrollar una justicia especializada y contar con instrumentos jurídicos orientados a proteger en forma particular a la infancia se relaciona con la necesidad de reiterar y reforzar los principios que tomen en cuenta la condición de especial vulnerabilidad de este sector de la población. Significa entre otras cosas, velar por la protección contra la discriminación, garantizar el derecho a ser informados sobre sus derechos, sobre el proceso jurídico en curso, el acceso a los servicios psicológicos y de salud, las ayudas financieras y jurídicas a las cuales pueden recurrir. Significa también respetar plenamente el derecho a ser escuchado y expresar su opinión, a beneficiarse de medidas especiales de protección, y ser atendidos por profesionales especialmente capacitados en la materia.

Si bien todavía es difícil observar transformaciones de este tipo en los aparatos judiciales domésticos, algunos países proponen iniciativas interesantes a través de sus leyes o códigos de la infancia, basadas en un enfoque de protección. Revisaremos a continuación, los casos de Ecuador, El Salvador, Venezuela y República Dominicana.

En **Ecuador**, existen Juzgados de la Niñez y Adolescencia que conforman una justicia especializada. Estos Juzgados se dedican al conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes (art. 255 del Código de la Niñez y la Adolescencia). Estas instancias se complementan, en cada distrito, con oficinas técnicas compuestas por un equipo pluridisciplinario de profesionales (médicos, psicólogos, trabajadores sociales y profesionales especializados en el trabajo con la niñez y la adolescencia) (art. 260). El Código menciona un abanico de garantías judiciales –como la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la inmediatez, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso–, afirmando su aplicación plena en los casos que involucran a niños (art. 257). Además, reitera la necesidad de velar por el interés superior de los niños en los juicios, siendo fiel a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al respecto (OGN°12 “El derecho a ser escuchado”).

En **República Dominicana**, la justicia especializada se descompone en los siguientes niveles: los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes, las Cortes de

Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes, la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales de Ejecución de la Sanción.¹⁷ Los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes tienen a su cargo los procesos judiciales en asuntos de familia y protección, referentes a niños, niñas y adolescentes, con jurisdicción sobre temas de filiación, declaraciones de nacimiento, adopciones, guarda en caso de divorcio, abandono, revisión, control y supervisión del cumplimiento de las medidas especiales de protección y, excepcionalmente, de toda otra materia que se le atribuya (art. 210 y 211).

En el caso de **El Salvador**, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA) explicita la conformación de Juzgados Especializados y Cámaras Especializadas, como parte integrante del sistema de protección. El Decreto N° 306/10 crea dos Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia, localizados en San Salvador y Santa Ana, para conocer en primera instancia sobre los procesos regulados por la LEPINA (art.2), y una Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia de segunda instancia, localizada en San Salvador, que tiene competencia a nivel nacional (art. 1).¹⁸

En **Venezuela**, los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes son competentes en casos de amenaza o violación a los derechos de la niñez y la adolescencia. Estos tribunales intervienen en particular cuando el caso presentado supera la competencia de las Juntas Municipales de Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia. En esta ocasión, su función consiste en restituir el derecho violado mediante una resolución judicial y proteger al niño frente a amenazas o violaciones ulteriores. Es también competente en materia de conductas que violen la ley penal, atribuidas a niños menores de 13 años, prohibiendo la privación de su libertad (Segunda sección “Órganos jurisdiccionales” de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Las iniciativas presentadas aquí permiten observar ciertos avances hacia la construcción de una justicia especializada al servicio de la protección de la infancia, y no de su penalización. Detrás de esto, se busca poner en práctica un procedimiento de protección especial que tenga en cuenta la condición de vulnerabilidad de los más jóvenes.

Sin embargo, en un sistema eficiente de protección de la infancia, el nivel judicial tiene que ser el último recurso cuando las instancias políticas y administrativas se han agotado. Por lo cual se espera que los Estados Partes de la Convención desarrollen mecanismos y servicios intermedios, particularmente accesible a los

¹⁷ Libro tercero “De la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes” del Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

¹⁸ <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/crease-la-camara-y-juzgados-especializados-de-ninez-y-adolescencia>

niños, niñas y adolescentes y sus familias, que permitan una resolución individual teniendo en cuenta la particularidad de cada caso. En el siguiente apartado se da cuenta de algunas iniciativas desarrolladas en materia de mecanismos intermedios de protección de los derechos, que son fieles al paradigma de la Convención.

La emergencia del Defensor del Niño

La institución más emblemática para favorecer la exigibilidad de los derechos del niño es la figura del Defensor del Niño, la cual puede estar presente a nivel nacional y desarrollarse a niveles locales.

En el año 2002, a través de la Observación General N°2, el Comité de los Derechos del Niño manifiesta la importancia de “crear una institución independiente para la promoción y vigilancia de la aplicación de la Convención”. Concretamente la Defensoría del Niño es una institución “de derechos humanos independiente encargada de promover y proteger los derechos” que “pueda vigilar, promover y proteger [los derechos de los niños] con independencia y eficacia” (art. 2).

Las instituciones nacionales independientes de derechos humanos representan un importante mecanismo para promover y asegurar la aplicación de la Convención, y el Comité considera que el establecimiento de tales órganos forma parte del compromiso asumido por los Estados Partes. Esta recomendación se fundamenta en que, si bien tanto los adultos como los niños necesitan instituciones nacionales independientes para proteger sus derechos humanos, existen motivos adicionales en el caso de los niños. Ellos son particularmente vulnerables a sufrir violaciones de sus derechos, les resulta más difícil difundir sus demandas a través de procesos políticos o sociales, y aquellos que pertenecen a las familias socialmente más desaventajadas tienen poco acceso a las instituciones del sistema judicial para introducir denuncias y demandas. La creación de la Defensoría del Niño permite superar algunos de estos obstáculos, constituyéndose en una instancia donde el niño puede ser escuchado y acceder a los mecanismos de justicia en caso de vulneración de los derechos.

Los países de la región que han creado, mediante su ley de protección integral o su código de la niñez, una defensoría de nivel nacional son Argentina, Colombia¹⁹, Guatemala y Nicaragua (como institución específica), y Costa Rica, Paraguay, Perú y República Dominicana (como departamento especializado de la Defensoría del Pueblo).

Las funciones que se les atribuyen se acercan por lo general a las recomendaciones del Comité. Una defensoría tiene que ser un órgano independiente e imparcial, de

¹⁹ En el caso de Colombia se trata del Defensor de la Familia.

cobertura nacional y con recursos propios, que pueda cumplir funciones de monitoreo, supervisión y promoción de los derechos. Por lo general, debe constituir un poder de influencia en las esferas de toma de decisiones, tanto ante el poder legislativo (por ejemplo, impulsando la adopción de leyes) como ante el poder ejecutivo (para la implantación de programas favorables a los niños, la asignación de recursos, etcétera).²⁰ Asimismo, debe velar por el cumplimiento de los derechos del niño en la práctica, conociendo y haciendo frente a las violaciones de estos derechos. Se le atribuye también un rol de investigación, promoción y sensibilización en la materia.²¹ Pero debe dejarse en claro que a esta institución independiente de derechos humanos “no le corresponde ser el órgano responsable del cumplimiento de la CIDN, sino tener un rol de exigibilidad de derechos a través de la recepción de denuncias, el control de las acciones de la autoridad y la emisión de recomendaciones para los órganos públicos o privados que correspondan” (Morlachetti, 2013, p. 84).

Si bien el mandato formulado en las leyes se acerca a lo esperado, las intenciones formuladas en las normativas no se traducen de manera automática en la realidad. En este sentido, las observaciones que el Comité realiza a partir de los Informes presentados por los Estados Partes aportan precisiones sobre los obstáculos que estas instituciones enfrentan para su correcto funcionamiento. En repetidas ocasiones, el Comité ha subrayado la falta de recursos humanos y financieros puestos a disposición de las defensorías.

Otros obstáculos son, como en el caso de **Paraguay**, la falta de claridad del mandato de la defensoría, que perjudica su funcionamiento eficaz; la dificultad de acceso de la población; y la falta de difusión de información (Párrafo 15 de las Observaciones Finales al informe presentado por el Estado parte, emitidas por Comité de los Derechos del Niño en 2010).

En **República Dominicana**, el Código adoptado en 2001, prevé la creación de un Defensor del Pueblo y de un Defensor Adjunto para la Niñez y la Juventud. Sin embargo, en 2008 ambos puestos seguían vacantes (Párrafos 15 y 16 de las Observaciones Finales al informe presentado por el Estado parte, emitidas por Comité de los Derechos del Niño en 2008).

Esta preocupación se observa también para **Argentina**, donde la Ley de Protección Integral adoptada en 2005 crea la figura del Defensor de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, pero que en 2008 aún no había sido nombrado a nivel nacional

²⁰ Un buen ejemplo es la definición dada por Perú, en donde la denominada *Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia* “Tiene por encargo la defensa y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el marco de las competencias de la Defensoría del Pueblo para contribuir a perfeccionar el ordenamiento jurídico, así como coadyuvar en el diseño y mejora de políticas públicas en favor de la niñez y adolescencia.”

²¹ http://www.casacidn.org.ar/media/uploads/cyclope_old/adjuntos/eltrabajodeldefensordelosninos.pdf

(Párrafo 20 de las Observaciones Finales al informe presentado por el Estado parte, emitidas por Comité de los Derechos del Niño en 2010).

Acercamiento de las instituciones de defensa y protección de los Derechos del Niño al ámbito local

Sólo un tercio de los países de América Latina ha creado la figura del Defensor del Niño a nivel nacional, y en algunos casos con fuertes obstáculos para el desempeño de sus funciones. Sin embargo, se están realizando significativos avances en los niveles sub-nacionales. La implantación descentralizada de defensorías del niño (o instancias equivalentes) se torna de suma relevancia en la medida en que el arraigo territorial favorece la accesibilidad de los actores involucrados.

En este apartado, examinaremos en particular los casos de Bolivia, Ecuador, República Dominicana y Venezuela. La tabla que se presenta a continuación muestra las principales instituciones nacionales y sub-nacionales de protección de los derechos de la niñez en dichos países.

| País | Ente rector en materia de protección de la infancia | | Organismos para la exigibilidad de los derechos | |
|-----------------|---|---|---|--|
| | Nivel nacional | Nivel descentralizado | Nivel nacional | Nivel descentralizado |
| Bolivia | Viceministerio de Igualdad de Oportunidades | Comisiones de la Niñez y Adolescencia departamentales y municipales | Defensoría del Pueblo | Defensorías de la Niñez y Adolescencia (nivel municipal) |
| Ecuador | Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia | Consejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia | Defensoría del Pueblo | Juntas Cantonales de Protección de la Niñez y Adolescencia; Defensorías Comunitarias |
| Venezuela | Ministerio del Poder Popular | Consejos de Protección del Niño y del Adolescente | Dirección Especial de los Derechos del Niño y del Adolescente de la Defensoría del Pueblo | Defensorías del Niño y del Adolescente |
| Rep. Dominicana | Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI) | Oficinas Municipales del CONANI organizadas en un directorio | Defensoría del Pueblo y Adjunto para la Niñez y la Juventud | Juntas Locales de Protección y Restitución de Derechos |

El Estado Plurinacional de **Bolivia** cuenta con Defensorías de la Niñez y Adolescencia a nivel municipal. Se trata de un servicio público, permanente y gratuito, creado en 1997 por la Ley de Participación Popular. Las Defensorías persiguen el objetivo general de movilizar e involucrar al Estado, a la sociedad civil y

a la familia en la promoción, protección, defensa y difusión de los derechos de niños, niñas y adolescentes (UNICEF Bolivia, 2008, p. 31).²² Funcionan a partir de recursos de los gobiernos municipales y cuentan con un apoyo de UNICEF.

Según el Código de Niñez y Adolescencia, cada Defensoría “constituye la instancia promotora que vela por la protección y el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (art. 194). Sus atribuciones son múltiples: debe presentar las denuncias por infracciones o delitos cometidos en contra de los derechos de niños, niñas y adolescentes ante las autoridades competentes e intervenir en su defensa en las instancias administrativas o judiciales sin necesidad de mandato expreso; dispone de medidas de protección; juega un papel específico en la protección de los niños que no viven en su entorno familiar; desarrolla acciones de asistencia y orientación a las familias; interviene en caso de conflictos entre los niños y sus padres o tutores para hacer prevalecer su interés superior. Además, juega un rol en materia de promoción de los derechos del niño en la comunidad y de prevención de vulneración de derechos, misión que se realiza a partir de un diagnóstico de la situación del cumplimiento de los derechos de la infancia en el municipio.

Bolivia logró una cobertura amplia: el 90% de los municipios cuenta con una Defensoría.

En **República Dominicana** existen las Juntas Locales de Protección y Restitución, que tienen la responsabilidad de recibir las denuncias o actuar de oficio en casos de amenaza, vulneración o violación flagrante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en las localidades donde se encuentran emplazadas. Las Juntas ordenan las medidas de protección y restitución de derechos y, si fuese necesario, derivan el caso al Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes. Se parte del supuesto de que la cercanía con los niños y sus familias facilita la presentación de denuncias o quejas relacionadas con la violación de sus derechos. Por otro lado, la respuesta del equipo profesional pluridisciplinario que interviene en su conformación se ve facilitada por el mayor y mejor conocimiento de la realidad social y económica del entorno. Al 2011 habían sido creadas 9 Juntas (Morlchetti, 2013, p. 37).

En **Venezuela** también existen Defensorías del Niño y el Adolescente a nivel municipal, con el objetivo de promover y defender los derechos de niños, niñas y adolescentes. Este sistema de defensorías locales depende de la Dirección Especial de los Derechos del Niño y del Adolescente de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, se han señalado problemas de coordinación entre el nivel central y los municipales, así como la falta de independencia política del Defensor del Pueblo (Observaciones Finales al informe presentado por el Estado parte, emitidas por Comité de los Derechos del Niño en 2006).

²² http://www.udape.gob.bo/portales_html/docsociales/SEDEGES_pagina%20web.pdf

En **Ecuador** existen a nivel local las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, cuyo rol es exigir el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Las Juntas Cantonales tienen la función de conocer los casos de amenaza o violación de los derechos individuales o colectivos de niños, niñas y adolescentes y tomar las medidas administrativas de protección correspondientes. La etapa siguiente consiste en vigilar la ejecución de las medidas. Si el proceso fracasa, las Juntas deben dirigirse a los órganos judiciales competentes. Otra misión de las Juntas es la de vigilar que los reglamentos y prácticas institucionales de las entidades de atención no violen los derechos del niño.

Ecuador complementa esta institucionalidad con el desarrollo de una iniciativa particularmente interesante en materia de involucramiento de la comunidad. El artículo 208 del Código de la Niñez y Adolescencia prevé la creación de Defensorías Comunitarias para la Promoción, Defensa y Vigilancia de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Estas Defensorías Comunitarias se conciben como espacios en donde los miembros de la comunidad participan de manera espontánea. Tienen facultad para intervenir en casos de violación de derechos y ejecutar las acciones administrativas y judiciales que estén a su alcance. Remiten directamente a las Juntas Cantonales o al Juez de la Niñez y Adolescencia y coordinan su actuación con el Defensor del Pueblo –dado que Ecuador no cuenta con un Defensor del Niño–. Esta iniciativa está basada en la idea de corresponsabilidad entre el Estado, la Sociedad y la Familia para el cumplimiento de los derechos del niño.

Participación de la Sociedad Civil en la formulación y fiscalización del presupuesto

El artículo 2 del Pacto de los DESC señala que los países deben adoptar medidas de carácter administrativo, técnico y económico a fin de garantizar en forma progresiva el cumplimiento de los derechos sociales. No obstante lo cual, resulta complejo referirse a los recursos económicos que un Estado debe destinar para el cumplimiento de sus obligaciones adquiridas, más aun cuando no se han podido establecer a nivel internacional criterios que definan los montos mínimos y máximos que convergen en la capacidad presupuestal de cada Estado. Esta premisa se centra mayormente en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales que están incluidos en el texto convencional sobre los derechos del niño.

Hay quienes consideran que el cumplimiento de estos derechos depende de la medida en que se inviertan y destinen recursos, y de seguro la solvencia económica es un punto importante a la hora de definir políticas orientadas a la promoción de los derechos sociales. Sin embargo, la disponibilidad de recursos no es el único factor a considerar. Los Estados pueden afianzar sus estructuras institucionales y administrativas para manejar en forma eficaz y eficiente sus recursos. Este es un

aspecto crucial, que involucra a la sociedad civil en la fiscalización de los recursos y la efectivización de cada uno de los programas locales, regionales y nacionales establecidos, bajo criterios de buen manejo.

Asimismo, el principio de progresividad, adoptado por la Convención de los Derechos del Niño debe traducirse en el incremento constante de la inversión en la infancia, destinando cada vez mayores recursos materiales, humanos, institucionales y legales para la realización del interés superior del niño. Sin embargo, la cantidad de presupuesto que se disponga para una determinada obligación debe ser acompañada por la capacidad, el compromiso y la buena gestión de los entes estatales.

La participación de la sociedad civil, tanto en la elaboración de presupuestos como en la fiscalización de su ejecución, se concibe como un método innovador de gestión pública presupuestaria. El presupuesto participativo se basa en el involucramiento de los ciudadanos en los mecanismos de decisión, principalmente a nivel local y regional.

Brasil es considerado pionero en el desarrollo de los presupuestos participativos. A fines de los ochenta se produce en este país la confluencia de tres fenómenos: la consolidación de los movimientos sociales que luchaban contra la corrupción a nivel local; la elección de partidos de izquierda en los municipios, los cuales defendían una reforma profunda de las administraciones locales; y el aumento del presupuesto local a partir de la definición de los municipios como entidades federales con participación en la recaudación impositiva nacional, establecida por la reforma constitucional de 1998. (BID, 2005)

Las primeras iniciativas nacen en Porto Alegre con el fin de desarrollar la transparencia democrática y la rendición de cuentas, promoviendo la participación de la sociedad civil en los mecanismos locales de decisión. A fin de garantizar el involucramiento efectivo de la población, cada jurisdicción del gobierno local se subdivide en sub-áreas, denominadas regiones, subdivididas a su vez en micro-regiones para promover la participación directa de base. En cada micro-región y región se celebran **asambleas populares**, que están abiertas a todos los residentes. Las decisiones se toman por voto directo y abierto, y el conteo de los votos se realiza *in situ*. A los efectos de compilar y organizar las demandas votadas por las diferentes microrregiones, se celebran **sesiones plenarias regionales**. En estas sesiones plenarias se identifican sectores y temáticas y se elaboran listas de proyectos a ser financiados mediante el presupuesto del año siguiente en función de la cantidad de votos emitidos para cada tema. Los participantes en las sesiones plenarias eligen delegados que representen a sus regiones y grupos temáticos en la próxima fase del ciclo del presupuesto participativo. Los delegados de las diferentes regiones se reúnen en **foros** para revisar las propuestas de financiamiento presentadas por la

administración municipal, de acuerdo con las prioridades temáticas votadas por las asambleas populares. En esta instancia trabajan en colaboración con los departamentos municipales responsables de la planificación, el presupuesto y las finanzas. Los gobiernos locales organizan y cubren el costo de transporte de los delegados a las reuniones de foro. (BID, 2005)

El modelo desarrollado en Porto Alegre fue tomado como referencia por otros municipios, siendo exponencial el incremento de la adhesión a la modalidad de presupuesto participativo (pasa de 36 municipios a mediados de los noventa, a 70 en el año 2000 y 150 en el 2005). La mayoría de estos municipios se ubican en el Estado de Rio Grande do Sul.

En algunos municipios, los presupuestos participativos no sólo cubren ciertas temáticas sino que se orientan hacia grupos poblacionales específicos. Las iniciativas que buscan el involucramiento de los niños y adolescentes son todavía escasas, pero se observa el desarrollo de proyectos en los Estados de Bahia y de Rio do Janeiro. Globalmente, las iniciativas parten del ámbito escolar, en donde los niños (de 6 a 14 años en algunos casos y de 9 a 16 en otros) reciben formación sobre el funcionamiento del presupuesto local, identifican problemas en la ciudad y proponen acciones asociadas a cierto monto de inversión. Este mecanismo termina con la integración de las propuestas al presupuesto participativo global del municipio (Pineda Nebot y Pires, 2012).

Perú es otro país en donde el presupuesto participativo comienza instalarse. La legislación peruana ofrece un contexto particularmente propicio para su desarrollo. La Constitución Política de Perú reconoce el derecho ciudadano a participar en la concepción, metodología y ejecución del presupuesto público a nivel local y regional. En su artículo 199 establece “Los mencionados gobiernos [regionales y locales] formulan sus presupuestos con la participación de la población y rinden cuenta de su ejecución, anualmente, bajo responsabilidad, conforme a ley”. La Ley N° 28.056/03 de “Marco del Presupuesto Participativo” reglamenta su funcionamiento en todo el país²³ y los “Instructivos del Presupuesto Participativo”, elaborados el Ministerio de Economía y Finanzas²⁴, especifican los procedimientos.

El presupuesto participativo se entiende como un mecanismo que facilita la transparencia y el control por medio del involucramiento de los ciudadanos. Busca la modernización y la democratización, basándose en una lógica de reforzamiento entre el Estado y la Sociedad Civil.

²³ www.oas.org/juridico/spanish/per_res19.pdf

²⁴ http://presupuesto-participativo.mef.gob.pe/portal_pp/html

El proceso de adopción se inicia en el año 2002 a través de un proyecto piloto desarrollado en 9 regiones. En 2004, 24 regiones habían acogido este mecanismo, y al año siguiente se generalizaba en todo el país.²⁵

En este marco, se comienzan a registrar iniciativas que involucran directamente a los niños y adolescentes. Un ejemplo concreto es el proyecto desarrollado en Ventanilla²⁶, ciudad pobre ubicada al norte de Lima, en donde la Municipalidad decidió dar participación a los menores de 18 años en la definición del presupuesto, reservando el 5% del mismo a iniciativas propuestas por los niños.

Este proceso ha tenido impacto en el ámbito nacional. La participación y presión política ejercida por la sociedad civil se han traducido en el aumento de asignaciones del presupuesto público nacional a favor de la infancia. También se ha logrado la adopción de indicadores de inversión y seguimiento del gasto público social.

En la región, los avances hacia la creación de un entramado institucional que integre instancias y mecanismos de justiciabilidad y exigibilidad de los derechos del niño son todavía tímidos en comparación con el dinamismo que acompañó la reforma de las legislaciones para entrar en conformidad con el contenido de la Convención. Sin embargo, por haber plasmado la intención de desarrollar un sistema de protección integral, la mayoría de los países se comprometieron, en cierta forma, a realizar cambios importantes. Como lo ilustran los casos presentados, algunos países ya están encaminados en este proceso de transformación tras la creación, mediante la ley, de una justicia especializada o de instancias de protección nacionales y locales dedicadas a la infancia. En otros casos, son prácticas de involucramiento de la sociedad civil que se instalan paulatinamente y que aportan sus frutos para el cumplimiento de los derechos del niño.

²⁵ http://propuestaciudadana.org.pe/red/apc-aa/archivos-aa/068d5099c088d67686280321657b29ee/_20_Presupuesto_Participativo_Agenda_Pendiente.pdf

²⁶ <http://www.unicef.org/peru/spanish/ventemi.pdf>

REFLEXIONES FINALES

En este Cuaderno se han planteado dos tesis.

La primera sostiene que **para garantizar la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos plenos, estos deben ser judiciales**. Más allá de la orientación política de los gobiernos, que puede ser coyunturalmente más o menos progresiva, la realización de una vida buena requiere que ante la vulneración de cualquiera de estos derechos sea posible recurrir a instancias y procedimientos judiciales y obtener fallos que impongan su restitución.

Esta tesis encuentra fundamento en el marco del sistema internacional de derechos humanos. En particular, el inciso 2.1. del PIDESC, que opera como clave de interpretación del resto del articulado, establece la obligación de los Estados Parte de adaptar la legislación interna a fin de incorporar las disposiciones del Pacto.

La adecuación de los sistemas legales internos a los postulados de las convenciones, pactos, protocolos facultativos y observaciones generales que configuran la carta internacional de derechos humanos es una condición para que la justiciabilidad pueda ser ejercida ante los tribunales domésticos como primera instancia. De esta manera se otorga a los Estados la posibilidad de reparar el derecho vulnerado e implementar acciones que eviten incurrir en violaciones futuras.

Las tensiones ideológicas planteadas en el contexto de adopción del Pacto, revestidas del argumento de respeto por la autonomía de los Estados ratificantes, determinó originalmente la expresión en términos difusos de algunas de sus obligaciones: adoptar medidas “progresivamente” por “todos los medios apropiados”, empleando el “máximo de los recursos disponibles”. Esta falta de concreción ha sido gradualmente superada mediante las Observaciones Generales dictadas por el Comité de los DESC. Adicionalmente, la reciente entrada en vigencia del Protocolo Facultativo de los DESC ha terminado de diluir las diferencias entre los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a su justiciabilidad. El Protocolo faculta al Comité para recibir y examinar las denuncias que realice cualquier persona, grupo o comunidad que alegue ser víctima de violación de sus derechos económicos, sociales y culturales y que no haya obtenido justicia en su propio país.

Aun así persisten algunos obstáculos a la justiciabilidad de los DESC que tienden a ser resueltas apelando a diversas estrategias de elusión.

Uno de ellos tiene que ver con la **delimitación de las competencias judiciales y las políticas**, estas últimas, atribución de los poderes legislativo y ejecutivo. El argumento esgrimido es que, dado que la realización de los derechos económicos,

sociales y culturales exige el empleo de recursos monetarios, el poder judicial no puede imponer la implementación de políticas públicas sociales. El contra-argumento señala que la realización de los derechos civiles y políticos implica el despliegue de ingentes presupuestos para sostener el aparato judicial y administrativo necesario para resguardar los derechos individuales y de propiedad. Por otro lado, existen derechos sociales fundamentales, como el derecho a la libre expresión, a la asociación y a la manifestación, cuya garantía no involucra gastos.

Una estrategia para la elusión de este obstáculo consiste en apelar al principio de no-discriminación. Este principio es de aplicación directa e inmediata en el sistema legal interno de los Estados Parte. Dado que difícilmente un Estado incumpla de manera absoluta en la provisión de los bienes y servicios necesarios para realizar los DESC, aquellos que han sido excluidos de la prestación pueden alegar discriminación. En estos casos, existe un recurso judicial que ampara a los demandantes: la inversión de la carga probatoria a partir del reconocimiento de la igualdad de armas en favor de la parte más débil. Es decir que, demostrada la situación de discriminación, pasa a ser responsabilidad del Estado justificarla, sin poder esgrimir escasez de recursos presupuestarios.

Otra estrategia a la que se puede recurrir es la demanda ante el incumplimiento de la obligación estatal de brindar protección especial a ciertos grupos particularmente vulnerables –pobres, mujeres, indígenas, campesinos sin tierra, refugiados, desplazados por conflictos armados, ancianos, niños, discapacitados y sin techo– a fin de garantizar la no-discriminación.

Por otro lado, y más allá de la institucionalización de procedimientos de justiciabilidad, la **posibilidad de determinar la conducta debida** depende de la definición del contenido sustancial de las normas. De lo contrario, resulta imposible constatar su incumplimiento. El problema de la indefinición de los estándares de bienestar ha sido abordado por el Comité de los DESC en sus Observaciones Generales, que fijan ciertos parámetros en relación a derechos fundamentales como el acceso a una vivienda y una alimentación adecuadas, a la educación, a la salud, al trabajo, a la seguridad social.

En todo caso, existe un parámetro que es definido por los hechos: el nivel de bienestar efectivamente alcanzado. A partir del reconocimiento de este umbral es posible apelar al principio de no-regresividad. Esto implica la prohibición de derogar o suspender leyes necesarias para garantizar el goce de un derecho ya adquirido, de adoptar leyes que sean incompatibles con las obligaciones legales preexistentes, de reducir legalmente el alcance con que se goza un derecho u obstruir su realización progresiva.

Finalmente, cabe señalar la **inadecuación de los mecanismos procesales liberales para la tutela de derechos sociales**. El derecho liberal se organiza a partir de la concepción de sujetos de derechos individuales e iguales ante la ley, con autonomía de la voluntad. Esto da lugar a acciones procesales individuales, mientras que la mayoría de los derechos sociales tienen incidencia colectiva.

Un recurso judicial que contempla el derecho social es la apelación a la legitimación activa, que no se basa en la dilucidación de conflictos entre particulares sino en la participación de sujetos colectivos en las diferentes instancias procesales.

Bajo la garantía de las constituciones sociales, adoptadas por los países de América Latina durante la década del noventa, se desarrollan diversos instrumentos que reconocen la dimensión colectiva de la acción humana y la desigualdad de fuerzas, y construyen su andamiaje sobre la noción de equidad. Entre estos cabe destacar el establecimiento de mínimos de interés público indisponible, la responsabilidad objetiva (y no subjetiva o de los sujetos), el reconocimiento de derechos o intereses individuales homogéneos y las acciones procesales colectivas, el derecho *pro homine*, el planteo de acciones de inconstitucionalidad.

De esta manera se comienza a institucionalizar un andamiaje jurídico que sienta las bases para el reclamo ante los tribunales domésticos por el incumplimiento de las obligaciones estatales de garantizar el bienestar de los ciudadanos. Sin embargo, se debe evitar incurrir en expectativas ingenuas. Resulta necesario tener presente que el sistema jurídico forma parte del aparato del Estado. La sanción de leyes garantistas y la fiscalización de su cumplimiento obedecen a una relación de fuerzas institucionalizada. En este sentido, los avances en el sentido de su transformación progresiva exigen el involucramiento y la participación directa de los ciudadanos, que resulta en parte habilitada por la formalización de las conquistas anteriores. Es decir que los derechos sociales ya alcanzados constituyen los cimientos para el desarrollo de acciones colectivas orientadas a instalar nuevos derechos. Estas consideraciones dan lugar a la segunda tesis.

La segunda tesis sostiene que **la exigibilidad política refuerza la justiciabilidad, actuando sobre la base del entramado jurídico-administrativo en el sentido de su transformación, para la realización plena de los derechos fundamentales**.

En este entramado jurídico-administrativo se pueden distinguir garantías institucionales y sociales. Las primeras delegan la protección de los derechos sociales a entidades públicas, ya sea de carácter político –que actúan como control del poder político–, o de carácter jurídico –que son encabezadas por instancias del poder judicial u organismos autorizados para dirimir quejas, demandas o denuncias–. Sin embargo, las garantías institucionales siguen vinculadas al poder que se pretende

limitar, de modo que pueden resultar ineficaces si la sociedad civil no desarrolla acciones de demanda e incidencia, fiscalización directa de las iniciativas gubernamentales, y denuncia pública.

Este involucramiento de los ciudadanos constituye el fundamento de la exigibilidad. El poder estatal debe ser limitado desde afuera, por organismos que no forman parte de su aparato. No hay instituciones obligadas a garantizar los derechos sociales en ausencia de sujetos capaces de obligar. Los derechos no son concedidos, sino conquistados a través de acciones colectivas desarrolladas sobre valores compartidos, interacciones sustentadas en la crítica y el diálogo y legitimadas por las respectivas formas de verdad.

La responsabilidad y participación ciudadanas deben ser ejercidas en todas las etapas que involucra la construcción de institucionalidad. La iniciativa legislativa popular resulta indispensable para definir el sentido de las leyes. El presupuesto participativo es un medio de influir en la asignación del gasto, y por lo tanto, en la orientación de las políticas públicas sociales. Los informes sombra constituyen una manera de fiscalizar y denunciar las acciones –u omisiones– del Estado. Todas estas son vías de participación semi-directas que refuerzan al sistema de representación, pero existen también formas de intervención directa.

La defensa y reclamo por nuevos derechos sociales en ámbitos no institucionales no implica una acción contra-institucional, sino el refuerzo de una institucionalidad revestida de legitimidad. La movilización y la protesta, la huelga, el boicot de consumidores, la recuperación de fábricas por los trabajadores, la posesión de tierras indígenas ancestrales con ánimo de propiedad, la ocupación de viviendas ociosas son formas más o menos convencionales que tienden a reforzar la institucionalidad democrática.

La democracia no es un estado de cosas. La democracia es movimiento, un medio que no se orienta en un sentido teleológico sino que se realiza en su permanente práctica. La vigencia de los derechos humanos en los Estados Parte crea un ámbito propicio para el involucramiento de todos y cada uno, que se instala entonces como un derecho –y una obligación– indisponibles.

El tránsito hacia una vida buena, con y para los otros, en instituciones justas, tal como proclama Paul Ricoeur, se resignifica en la lucha por los derechos de aquellos que no pueden actuar por sí mismos –los niños más pequeños– y que constituyen nuestro legado. El fin es tan noble como inmensa la tarea.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2009). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En C. Courtis, C. y R. Ávila Santamaría (Editores) *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Organización de las Naciones Unidas.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (s.f.). *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. Recuperado el 19 de septiembre de 2013, de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apunte-s-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>
- Abramovich, V. y Courtis, C. (s.f.). *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*. Recuperado el 19 de septiembre de 2013, de http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2012). Resolución N° 66/138. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Recuperado el 12 de noviembre de 2013, de <http://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/a-res-66-138-spanish.pdf>
- Banco Interamericano de Desarrollo (2005). Evaluación del presupuesto participativo en Brasil. Washington D.C.: Departamento de Desarrollo Sostenible. Recuperado el 5 de noviembre de 2013, de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=995153>
- Beloff, M. (2005). *Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía*. Presentación en el IV Seminario “Perspectives regionales: intégration économique et une protection sans discrimination des droits sociaux et économiques dans les Amériques”, organizado por el Centre d’Etudes sur le Droit International et la Mondialisation de la Université du Québec.
- Beloff, M. (2006). Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006). En *Justicia y derechos de niños N°8*. Santiago de Chile: UNICEF.
- Cançado Trindade, A. (s.f.). *La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Serie Estudios de Derechos Humanos. Tomo I. Recuperado el 5 de noviembre de 2011, de http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicacion/es/la%20proteccion.pdf
- Carbonell, M. (2008). *La libertad. Dilemas, retos y tensiones*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cap. XIII.

- Carbonell, M. (2009). Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas. En C. Courtis, C. y R. Ávila Santamaría (Editores) *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Organización de las Naciones Unidas.
- Centro de Estudios Sociales y Legales (2008). *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Centro de Estudios Sociales y Legales y Siglo XXI editores.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 de 2004. Recuperado el 10 de noviembre de 2013, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-760 de 2008. Recuperado el 10 de noviembre de 2013, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia del 25 de septiembre de 2005. Recuperado el 10 de noviembre de 2013, de http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_130_esp.pdf
- Courtis, C. (2007). *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista*. Paper presentado en la Conferencia Internacional sobre Cuidados y Derechos: Protección de Programas Sociales y Construcción de Ciudadanía, llevada a cabo en la Ciudad de México entre el 25 y el 27 de abril de 2007. México D.F.: PNUD.
- De Roux, C. y Ramírez, J. (2004). *Derechos económicos, sociales y culturales, economía y democracia*. Bogotá: Serie Estudios y Perspectivas N°2. CEPAL.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta. Cap. 1.
- Habermas, J. (1999). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). *Protección de los derechos económicos, sociales y culturales: de la norma a la realidad. Memoria del VI Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: IIDH.
- Morlachetti, A. (2013). Sistemas nacionales de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL-UNICEF.
- Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).
- Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).
- Naciones Unidas (2008). Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I).
- Naciones Unidas (2008). Observación general N° 9. La aplicación interna del Pacto. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I).
- Naciones Unidas (2009). Protocolo Facultativo al Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC).

- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica.
- Organización de los Estados Americanos (1988). Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Pineda Nebot, C. y Pires, V. (2012). *La ciudad y los niños: el presupuesto participativo infantil en España y Brasil*. Paper presentado en el Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y Adolescencia, llevado a cabo en la Ciudad de San Juan, Argentina, entre el 15 y el 19 de octubre de 2012. Recuperado el 5 de noviembre de 2013, de <http://www.presupuestosparticipativos.com/files/5600-9458-fichero/InfanciaPinedayPires.pdf>
- Pinto, M. (s.f.). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. Recuperado el 5 de noviembre de 2013, de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-principio-pro-homine-criterios-de-hermeneutica-y-pautas-para-la-regulacion-de-los-derechos-humanos.doc>
- Pisarello, G. (2009). Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”. En C. Courtis, C. y R. Ávila Santamaría (Editores) *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Organización de las Naciones Unidas.
- Ricoeur, P. (1996). *Sí mismo como otro*. Madrid: Siglo XXI.
- Sistema Nacional Integral a la Población Desplazada (SNAIPD). Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional, sobre los avances de la Sentencia T-025 de 2004.