

Los derechos económicos y sociales y las condiciones materiales para su efectividad

por Héctor Gros Espiell

El autor.

Abogado. Profesor titular de Fundamentos de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

I.

1. El análisis de la cuestión de los derechos económicos y sociales en relación con las condiciones materiales necesarias para su efectividad, hecho en función de la situación de la América Latina, requiere la breve precisión de algunas ideas previas relativas a qué es América Latina, de los elementos comunes de todos los países que la integran y de sus profundas y grandes diferencias, así como la determinación de los conceptos de pobreza y justicia aplicados a esta realidad latinoamericana.

2. Este seminario tiene como materia la cuestión de la pobreza y la justicia social en la América Latina. Es imprescindible, por tanto, *delimitar el ámbito espacial al que se refiere*. No es éste un concepto fácil de precisar, ni en su evolución histórica ni en su realidad actual, pero puede lograrse una aproximación basada en la exclusión de lo que no es Latinoamérica.

América Latina no incluye a la América sajona, a los Estados Unidos y a Canadá. Ambos estados, miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), no son latinoamericanos ni por su origen, ni por su cultura, ni por su sistema jurídico, ni por su lengua predominante, ni por su nivel de desarrollo económico ni por su inserción internacional en virtud de su condición de estados miembros de la Organización de Estados del Atlántico Norte (OTAN).

América Latina no incluye al Caribe angloparlante. Sus estados insulares, así como Belice, no forman parte de la América Latina, pese a ser miembros de la OEA, debido a su origen, a sus tradiciones, a su régimen jurídico, a su lengua predominante. En cambio, la República Dominicana, Haití y Cuba, aunque estados insulares caribeños, forman y son parte entrañable de Latinoamérica por todas las razones que se quisieran señalar. Puerto Rico, si fuera independiente, y desde un punto de vista jurídico-político, formaría también parte de la América nuestra. Y, más allá del enfoque político-jurídico, es parte de ella —cultural, ideológica y tradicionalmente.

En la América del Sur no forman parte de América Latina ni Suriname ni Guyana, estados independientes miembros de la OEA, ni tampoco la Guyana francesa ni los territorios poseídos por los Países Bajos, por Francia y Gran Bretaña, a cualquier título, en la América del Sur y en el Caribe, aunque se pretenda que no son territorios coloniales.

3. Todos los estados latinoamericanos poseen elementos comunes en lo ideológico, en lo jurídico y en lo cultural. Todos —con grandes diferencias de nivel— son económica y socialmente estados en vías de desarrollo.

Pero no es posible dejar de lado las profundas y grandes diferencias que los separan en lo económico y en lo social. Por su conformación étnica, por los niveles de la pobreza, por las diferencias sociales, por la distribución del ingreso, por la aplicación de la justicia social emanada de principios constitucionales, por los grados diversos de alfabetización y por los distintos niveles culturales, así como por los hábitos políticos y culturales en las relaciones humanas, existen personas en diversos escalones económicos y sociales, y las diferencias son muy importantes en las varias subregiones y entre los distintos estados.

4. No cabe duda de que la pobreza constituye una característica general de la región latinoamericana, aunque también es cierto que esta pobreza no tiene el mismo grado en toda la región y que hay países —y no me refiero sólo al Uruguay, por ser el mío— en que el nivel de pobreza, cuestión que es siempre seria, no posee las características terribles que tiene en otros países hermanos.

Pero a esta cuestión se suma otra: la de la injusticia dentro de la pobreza y la relación entre los sectores pobres y los que no lo son; es decir, el grado de separación entre los ricos y los pobres, y la amplitud y profundidad de la brecha.

Jorge Castañeda ha dicho, refiriéndose a la América Latina: «Existen zonas

más pobres, pero ninguna más injusta». ¹ No sé si esta afirmación es exacta, pero, incluso matizada, es de una enorme gravedad para el futuro político, social y económico de la región. Y no me refiero sólo al futuro social y económico de América Latina sino también al político, porque hay una evidente relación entre desigualdad y gobernabilidad, ² entre pobreza e injusticia y sostenimiento y viabilidad de la democracia política. Es ésta la cuestión que genera el acuciante problema actual: ¿cuánta pobreza resiste la democracia? ³

La relación entre la situación social y la política, en consideración a la dignidad humana y la ética, es un tema esencial. No me corresponde desarrollarlo, pero no puedo omitir señalarlo, recordando al respecto las recientes palabras de Juan Pablo II:

No pocas veces, esto provoca que algunas instancias públicas se preocupan de la situación social. Cada vez más, en muchos países americanos impera un sistema conocido como «neoliberalismo», sistema que, haciendo referencia a una concepción economicista del hombre, considera las ganancias y las leyes del mercado como parámetros absolutos en detrimento de la dignidad y del respeto de las personas y los pueblos. Dicho sistema se ha convertido, a veces, en una justificación ideológica de algunas actitudes y modos de obrar en el campo social y político que causan la marginación de los más débiles. De hecho, los pobres son cada vez más numerosos, víctimas de determinadas políticas y de estructuras frecuentemente injustas.

El Estado de Derecho es la condición necesaria para establecer una verdadera democracia. Para que ésta se pueda desarrollar, se precisa la educación cívica, así como la promoción del orden y de la paz en la convivencia civil. En efecto, no hay democracia verdadera y estable sin justicia social. Para esto es necesario que la Iglesia preste mayor atención a la formación de la conciencia, prepare dirigentes sociales para la vida pública en

¹ Jorge Castañeda: *La utopía desarmada*, Ariel, Buenos Aires, 1994; Juan Antonio Ocampo: «Distribución del ingreso, pobreza y gasto social en América Latina», *Revista de la CEPAL*, agosto de 1998; Andrés Solimano: «Crecimiento, justicia distributiva y política social», *Revista de la CEPAL*, agosto de 1998.

² Jorge Castañeda: «Davos y el pos neoliberalismo», *La República*, Montevideo, 21 de febrero de 1999, *Lecturas de los Domingos*, p. 5.

³ Óscar Álvarez, Juan Rial y Daniel Zovatto: «América Latina: balance del período electoral, 1992-1996», en Juan Rial y Daniel Zovatto (eds.): *Urnas y desencanto político*, IDH/Capel, 1998.

*todos los niveles, promueva la educación ética, la observancia de la ley y de los derechos humanos y emplee un mayor esfuerzo en la formación ética de la clase política.*⁴

5. La justicia, elemento esencial de todo enfoque humano, político y jurídico de la cuestión de la pobreza, implica un tratamiento respecto de cada ser humano y de todos los grupos humanos que respete la dignidad de la persona, la igualdad jurídica de todos los individuos y que lleve a tratamientos no discriminatorios y promueva el desarrollo individual y colectivo.

Pero esta justicia —que debe impregnar y guiar todas las políticas gubernamentales— ha de aplicar medidas compensatorias. Tratará de manera diferente situaciones distintas, para alcanzar así un objetivo final igualitariamente justo.

Es ésta la justicia distributiva o retributiva que corrige y condiciona una aplicación absurda y ciega de la generalidad de la ley y del principio de la igualdad, que puede llevar a resultados aberrantes.⁵

La idea correcta de la aplicación del principio de igualdad —igualdad cuyo concepto es paralelo a la idea de justicia— lleva, además, a concluir que se debe «reparar a través de la ley las desigualdades innatas».⁶

Justino Jiménez de Aréchaga, comentando la Constitución uruguaya, ha dicho, con razón, al respecto:

Lo que la norma exige es que los hombres iguales, en circunstancias iguales, reciban un tratamiento igual. De tal manera, el principio de la igualdad o de la igual protección ante las leyes, se nos aparece como susceptible de una definición semejante a la que se da de la justicia retributiva.

Pero el sistema democrático de gobierno y la filosofía política sobre la cual reposa el sistema democrático, no impiden el reconocimiento de ciertas desigualdades de segundo grado entre los hombres. Más: la filosofía democrática exige que el Estado reconozca la existencia de ciertas des-

⁴ Exhortación apostólica post-sinodal *Ecclesia in America* del Santo Padre Juan Pablo II a los obispos, presbíteros y diáconos, a los consagrados y consagradas y a todos los fieles laicos sobre el encuentro con Jesucristo vivo, camino para la conversión y la solidaridad en América, Ciudad de México, 22 de enero de 1999, Libreria Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, pp. 98-99

⁵ G. Radbruch, en su estudio «El fin del Derecho», recuerda a Anatole France cuando decía: «La ley, en su majestosa igualdad, prohíbe tanto a los ricos como a los pobres dormir bajo los puentes y robar el pan».

⁶ «Rattrapper par la loi les inégalités foncières de la nature». Jacques Robert: *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5ª ed., Montchristien, París, 1993, p. 41.

igualdades y busque restablecer la igualdad efectiva entre los individuos mediante un tratamiento desigual.⁷

No me extenderé, naturalmente, sobre este tema, objeto de la filosofía y de la política desde los orígenes de la reflexión ética,⁸ pero no puedo olvidar la afirmación esencial del héroe nacional del Uruguay, José Artigas, que ya en 1815 decía:

Que los más desamparados sean los más beneficiados.⁹

6. De tal modo, la igualdad natural y la igualdad jurídica —la igualdad ante la ley—, siendo conceptos diferentes se relacionan y se condicionan recíprocamente.

La igualdad jurídica, si bien implica la aplicación igualitaria de la ley sin ninguna forma de discriminación, no supone que no se pueda legislar para grupos o sectores sociales, racionalmente existentes, para tratarlos de una manera singular en función de la justicia y con un objetivo final de carácter igualitario.

Pero además, no hay que olvidar lo que José Enrique Rodó expresó magníficamente en su bella prosa:

El verdadero, el digno concepto de la igualdad reposa sobre el pensamiento de que todos los seres racionales están dotados por naturaleza de facultades capaces de un desenvolvimiento noble. El deber del Estado consiste en colocar a todos los miembros de la sociedad en indistintas condiciones de tender a su perfeccionamiento. El deber del Estado consiste en predisponer los medios propios para provocar uniformemente la revelación de las superioridades humanas dondequiera que existan. De tal manera, más allá de esta igualdad inicial, toda desigualdad estará justificada, porque será la sanción de las misteriosas elecciones de la Naturaleza o del

⁷ Justino Jiménez de Aréchaga: *La Constitución nacional*, Montevideo, 1946, t. I, p. 158. Con un enfoque no exactamente igual, hay que recordar las páginas escritas por el doctor Ramón Valdés Costa, muchos años después, que cita la doctrina y la jurisprudencia uruguaya al respecto: Ramón Valdés Costa: «El principio de igualdad», en Gonzalo Aguirre Ramírez: *Derecho Legislativo*, t. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, pp. 69–77.

⁸ Hans Kelsen: *¿Qué es la Justicia?*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1956; Hans Kelsen: «La Justicia platónica», en *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1945; Alf Ross: *Sobre el Derecho y la Justicia*, capítulo XII: «La idea de Justicia», Eudeba, Buenos Aires, 1963; Gustavo Radbruch: «El fin del Derecho», en *Los fines del Derecho*, UNAM, México, 4ª ed., 1967.

⁹ Artículo 6º del Reglamento Provisorio de la Provincia Oriental para el Fomento de su Campaña y de Seguridad de sus Hacendados, 10 de setiembre de 1815.

esfuerzo meritorio de la voluntad. Cuando se la concibe de este modo, la igualdad democrática, lejos de oponerse a la selección de las costumbres y de las ideas, es el más eficaz instrumento de selección espiritual.¹⁰

La igualdad jurídica, para ser real, implica un cierto grado —mínimo pero necesario y tolerablemente justo— de igualdad natural. Y la aproximación a la siempre relativa y deseable igualdad material exige, para ser justa y democrática, el reconocimiento y la aplicación efectiva de la igualdad jurídica.

Pero además, la igualdad en sentido material, o por lo menos la negación de las más aberrantes manifestaciones de desigualdad natural, es decir de pobreza y de injusticia, requiere «que el Estado asegure a quien lo necesite la protección de determinados bienes jurídicos indispensables para el desarrollo de la persona humana y para el efectivo goce de los restantes derechos fundamentales».¹¹

Al respecto he dicho:

Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene, esencial aunque no exclusivamente, una obligación de hacer: la obligación de brindar los medios materiales para que los servicios de asistencia económica, social, sanitaria, cultural, etc. provean los elementos y medios necesarios para satisfacerlos. Son derechos de las personas humanas —de acuerdo con lo que establezca el Derecho aplicable— que implican la aptitud de demandar que el Estado respete esos derechos brindando los medios necesarios para ello.¹²

La igualdad jurídica —y también la igualdad material— requieren necesariamente de la libertad.¹³

7. La llamada *justicia social* se funda en estas ideas de justicia distributiva o retributiva y aplica el verdadero concepto de la igualdad. Reconoce y se basa en la necesidad de legislar teniendo en cuenta las carencias de grupos o sectores sociales, para tratar de compensar las desigualdades de base mediante un tratamiento especial adecuado, al mismo tiempo que acepta y promueve que el Dere-

¹⁰ José Enrique Rodó: *Ariel*, en *Obras completas*, t. II, Edición Oficial, Montevideo, 1956, pp. 161–162.

¹¹ Martín I. Riso Ferrand: *Derecho Constitucional*, t. III: «Estado social y democrático de Derecho. Derechos, deberes y garantías», Montevideo, 1998, p. 97.

¹² Héctor Gros Espiell: *Derechos humanos*, Instituto Peruano de Derechos Humanos, Lima, 1991, p. 53.

¹³ Alexis de Tocqueville: *La democracia en América*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1963, p. 463.

cho debe cumplir una tarea de incitación para el desarrollo de la comunidad, teniendo en cuenta las diferencias naturales existentes en la realidad.

Justicia individual y justicia colectiva o social son dos aspectos, dos manifestaciones de una misma y única justicia. Se aplican y se integran recíprocamente. Si el enfoque colectivo faltara, la justicia será incompleta y no existirá tampoco justicia individual, porque el ser humano, en su individualidad natural entrañable e irreproducible, sólo puede existir en el marco de la sociedad. Una sociedad injusta implica la existencia de seres humanos tratados injustamente.

El enfoque social de la justicia es, en el mundo moderno, un componente necesario de la política y de la concepción del Derecho.

Por eso, combatir la pobreza, incompatible con una idea humana y solidaria de la sociedad, es uno de los objetos esenciales de la justicia social. Esta justicia —que no puede dejar de ser realista en sus enfoques, al mismo tiempo que idealista en cuanto a sus objetivos—, ha de luchar mediante el derecho, directa e indirectamente, contra la pobreza.¹⁴

No hay, no puede haber, política social —resultado de la aceptación de la justicia social como uno de los fines del Estado en nuestros días— que no tenga como objetivo el combate contra la pobreza.

II.

8. El pensamiento filosófico, jurídico y político de América Latina ha afirmado siempre la unidad esencial de todos los derechos humanos, expresión de la dignidad de la persona, la juridicidad de todos ellos y la interdependencia de los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales, y viceversa.¹⁵ Esta concepción es radicalmente opuesta a la de los Estados Unidos, que no son parte en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁶

9. Pero, además, siempre la doctrina latinoamericana ha sostenido que los derechos económicos, sociales y culturales «se vinculan necesaria e ineludiblemente, en su posible eficacia y real vigencia, con el desarrollo económico y social».¹⁷

¹⁴ William van Genugten: «The use of human rights instruments in the struggle against poverty», y A. Eide: «Human rights and the elimination of poverty», en *Law, power and poverty*, CROP, Bergen, 1997.

¹⁵ Héctor Gros Espiell: *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 119.

¹⁶ Philip Alston: «US Ratification of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: the need for an entirely new strategy», *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, pp. 365–393.

III.

10. ¿Cuál es la situación jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en el Derecho Interno y con el Derecho Internacional aplicable a los países latinoamericanos?

11. Desde que el camino fue abierto por la Constitución mexicana de 1917, las constituciones latinoamericanas fueron incluyendo progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales en sus declaraciones de derechos, siguiendo al principio el camino abierto por el ejemplo mexicano y modelos aparecidos en la primera posguerra europea y luego por la Constitución española en 1931 y por ciertas constituciones europeas de la segunda posguerra.

Hoy esa situación es prácticamente unánime y en los últimos años ese panorama se ha hecho más profundo e integral, al tiempo que más general, con los textos más recientes, como el de las nuevas constituciones de Brasil, Paraguay y Argentina, por ejemplo, entre otros casos que podrían citarse.

12. Pero junto a este Derecho Constitucional latinoamericano referente a los derechos económicos, sociales y culturales, es preciso tener en cuenta el Derecho Internacional.

Este Derecho Internacional tiene una vertiente universal constituida especialmente por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,¹⁸ del que son parte todos los estados latinoamericanos, sin perjuicio, además, del Derecho Internacional Social y Laboral que emana de la OIT.¹⁹ A esto se agrega el Derecho Internacional relativo al derecho a la alimentación,²⁰ a la salud y a los derechos culturales tal como resultan de la obra de la FAO, de la OMS y de la UNESCO.

13. Además de este Derecho Internacional de carácter universal, debe destacarse la existencia de un Derecho Internacional de alcance regional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁷ Héctor Gros Espiell: *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, Libro Libre, San José (Costa Rica), 1986, p. 103.

¹⁸ Philip Alston: «The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», en *Manual on Human Rights Reporting*, Naciones Unidas, Nueva York, 1991; Matthew Craven: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995; A Eide, K. Krause y A. Rosas: *Economic, Social and Cultural Rights*, Nijhoff, 1995.

¹⁹ Héctor Gros Espiell: *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 1978.

²⁰ G. J. H. Hoof: «The legal nature of economic, social and cultural rights», en *The right to food*, Utrecht, 1984.

Ya la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, se refirió a estos derechos, y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada en Bogotá también en 1948, durante la IX Conferencia Internacional Americana, trata expresamente de los derechos sociales.²¹

14. La Carta de la OEA de 1948 no contiene normas sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Pero en su versión actual, luego del Protocolo de Buenos Aires de 1967, incluye en su capítulo VII, titulado «Desarrollo integral», un conjunto de normas sobre estos derechos y la justicia social y las condiciones o presupuestos económicos condicionantes, de muy grande interés.

Sólo deseamos citar y transcribir dos artículos de este capítulo especialmente vinculado al tema que estamos desarrollando.

El artículo 30 dispone:

Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para hacerlo.

El artículo 34 establece:

Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes normas básicas:

- a) Incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita;
- b) Distribución equitativa del ingreso nacional;
- c) Sistemas impositivos adecuados y equitativos;

²¹ Héctor Gros Espiell: «La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Raíces conceptuales y políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano», *IDH* (San José, Costa Rica), número especial, mayo de 1989.

d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines;

e) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios;

f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social;

g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos;

h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación;

i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica;

j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos;

k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población;

l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna;

m) Promoción de la iniciativa y la inversión privada en armonía con la acción del sector público, y

n) Expansión y diversificación de las exportaciones.

15. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su capítulo III (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), dispone en su artículo 26 (Desarrollo Progresivo);

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la

medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados.²²

Este artículo, y la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en el Pacto de San José, me ha merecido el siguiente comentario:

El proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de 1959 había incluido los derechos económicos, sociales y culturales en su texto y organizado el sistema de protección de éstos. Lo mismo hicieron el proyecto de Chile de 1965 y el del Uruguay del mismo año. Lamentablemente, en el proceso de elaboración del texto final, en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base de que en 1967 el Protocolo de Buenos Aires había incluido en la Carta normas económicas, sociales y culturales, y que en las Naciones Unidas se había adoptado el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se resolvió suprimir la enunciación de los derechos económicos, sociales y culturales del Proyecto de Convención y no establecer ningún sistema regional de protección de estos derechos. Esta decisión constituyó un grave error que llevó a incluir en el Pacto de San José el actual artículo 26. La única norma que existe en la Convención sobre los derechos económicos, sociales y culturales es el artículo 42, que obliga a los Estados Partes a remitir a la Comisión Interamericana copia de los informes que sometan anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Este artículo dejó sin protección internacional directa en derechos económicos, sociales y culturales.²³

16. El Protocolo de San Salvador, adoptado en 1983, pese a contar ya con nueve ratificaciones, no ha entrado aún en vigencia, pues requiere que el número de ratificaciones alcance el número de once.

Este Protocolo es el tratado, complementario del Pacto de San José, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales y a su protección internacional regional.

Este Protocolo me ha provocado el comentario siguiente:

²² Gros Espiell: *La Convención Americana...*, o. cit., p. 118.

²³ *Ibíd.*, p. 119.

De todos modos, la cuestión ha sido parcialmente superada por el Protocolo de San José, que al entrar en vigencia permitirá un contralor regional *sui generis*, distinto del establecido en la Convención, en cuanto a los derechos civiles y políticos, para los derechos económicos, sociales y culturales que enumera. Este Protocolo repite la fórmula del artículo 26, sin la remisión a la Carta Reformada de la OEA, reproduce el artículo 2 del Pacto de San José, establece la obligación de no discriminación (artículo 3), los criterios con base en los cuales pueden admitirse ciertas limitaciones a estos derechos (artículos 4 y 5) y los enumera y define (artículos 5 a 18), establece los medios de protección, desarrollando y haciendo operativo y técnico el artículo 42 del Pacto (artículo 19). Este Protocolo, que significa un progreso, pero que es todavía insuficiente, deberá ser completado en el futuro, en especial mediante la adopción de un sistema de protección de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales —los que lo permitan—, que aplique a ellos el régimen de protección que la Convención Americana establece para los derechos civiles y políticos.²⁴

IV.

17. Pero ¿qué relación hay, en los hechos, entre la proclamación jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales y la realidad vital de la existencia de estos derechos?²⁵

La verdad es que, sin perjuicio de reconocer las muy grandes diferencias existentes al respecto entre los diversos estados y regiones latinoamericanos, hay un abismo, no sólo entre la declaración de estos derechos y la realidad sino, además —lo que desde cierto punto de vista es aun peor—, entre el reconocimiento de estos derechos y las políticas y los esfuerzos gubernamentales, así como de la sociedad en su conjunto, para hacerlos efectivos y para hacerlos vivir en la realidad.

No se ha comprendido que estos derechos no son meros objetivos lejanos y plausibles. La doctrina jurídica y social ha aceptado su plena juridicidad y su consiguiente exigibilidad, sin dejar de tener en cuenta las características que los distinguen de los derechos civiles y políticos. Pero las políticas gubernamentales —

²⁴ Héctor Gros Espiell: «Los derechos económicos, sociales y culturales en los instrumentos internacionales. Posibilidades y limitaciones para su vigencia», en Gros Espiell: *Derechos humanos*, o. cit., pp. 57-58.

²⁵ Danilo Turk: *The realization of economic, social and cultural rights*, UN docs. E/CN.4, Sub 2/1989/19; 1990/19; 1991/17; 1992/16.

en muchos casos, aunque felizmente no en toda América Latina— no han seguido el proceso de cambio ideológico y mental requerido para poner el aparato gubernamental en diapasión con el necesario respeto y ejecutabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Este abismo entre la norma y la realidad, entre el *ser* y el *deber ser* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, debe ser reparado, dentro de lo posible, teniendo en cuenta la naturaleza de estos derechos y las imposiciones que resultan de las realidades económicas, sin perjuicio de la lucha para combatir y mejorarlas.

V.

18. Pero, más allá del esfuerzo —necesario, ineludible, obligatorio— para aplicar y respetar los derechos económicos, sociales y culturales, existe la cuestión fundamental de las condiciones materiales para que puedan salir plenamente del mundo del *deber ser* para entrar en el universo del *ser*. Tienen que dejar de ser meros mandatos normativos, muchas veces no aplicados en los hechos, para pasar a ser parte de la realidad.

No puede haber duda de que la existencia real de los derechos económicos, sociales y culturales requiere de condiciones materiales que la hagan posible. Así como los derechos civiles y políticos necesitan de condiciones políticas, los derechos económicos, sociales y culturales exigen, análogamente, la existencia de condiciones materiales en las que sustentarse.

La relación entre ambas categorías de derechos —que son indivisibles e interdependientes— implica, además, que, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, a las condiciones materiales se unan condiciones de naturaleza política.

De tal modo, en la concepción latinoamericana —aunque no exclusivamente latinoamericana—, los derechos económicos, sociales y culturales requieren, para vivir plena e íntegramente, el marco de un Estado democrático y social de Derecho, en el que a las condiciones materiales se sumen las condiciones políticas.

19) Sobre este tema, que he estudiado intensamente, he dicho:

Sin el cambio y mejoramiento de las condiciones negativas de base, sean ellas económicas, sociales o políticas, la vigencia de los derechos humanos no puede ser nunca plena y total, y sólo puede llegar a ser, en el mejor de los casos, parcial y formal.

Por eso, la cuestión de «la creación de las condiciones materiales previas para que los derechos humanos puedan ser una realidad» es hoy, por su naturaleza misma y por la crisis económica actual, verdaderamente esencial. Como ha dicho Antonio Trujol:

«El establecimiento de las condiciones mínimas de efectividad de los derechos ya reconocidos y por reconocer es tal vez el problema más difícil en un mundo como el actual, en desequilibrio y en crisis. Enfrentarse con él, con la decisión que impone la convicción de la necesidad moral del empeño, y no sólo por razones de convivencia o utilidad, es obviamente, en términos kantianos, imperativo categórico colectivo de nuestras generaciones».

Y si esto es verdad con respecto a todos los derechos humanos, aun más evidente es en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, que para poder traducirse en realidades concretar requieren prestaciones y servicios estatales que, en su necesaria manifestación, exigen la existencia de condiciones económicas, financieras y sociales que hagan posibles esas prestaciones y esos servicios. Pero, además, la cuestión es incluso de mayor significación. Las condiciones económicas, financieras y sociales no sólo determinan la posibilidad de las prestaciones estatales requeridas para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales, sino que constituyen la base general ineludible para que estos derechos encuentren una posibilidad de ser reales y ciertos, al referirse a seres humanos que viven en una sociedad que por su propio grado de desarrollo y por sus características los haga posibles.

De aquí la necesidad ineludible de considerar la cuestión de la efectividad de estos derechos conjuntamente con la estrategia general de lucha contra la miseria, contra el hambre, contra la ignorancia, contra el subdesarrollo. Y esto, dadas las actuales condiciones de la América Latina, implica comprender la entrañable unidad que vincula la cuestión de los derechos humanos con el problema del subdesarrollo, de la explotación y de la injusticia, no sólo a nivel interno sino también a nivel internacional, consecuencia de la trágica división de la humanidad en un mundo desarrollado y en un mundo en subdesarrollo, explotado y marginado.²⁶

20. El Derecho Internacional reconoce y afirma la ineludible necesidad de condiciones adecuadas para que los derechos económicos, sociales y culturales sean o puedan llegar a ser realidades objetivas.

Ya la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 28, dispuso:

²⁶ Gros Espiell: «Los derechos económicos...», cit., p. 57.

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos.

Los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos reconocieron y reafirmaron la idea relativa a la necesidad de condiciones para la efectividad y la realidad de los derechos. El de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su tercer considerando preambular, dispuso:

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen *condiciones* que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Y el de Derechos Civiles y Políticos, también en el tercer considerando de su Preámbulo, expresó:

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948 expresa:

Se reconoce que la superación de tales derechos y el mejoramiento progresivo de los niveles de vida de la comunidad en general, dependen en extensa medida del desarrollo de las actividades económicas, el incremento de la productividad y de la cooperación de los trabajadores y los empresarios, expresada en la armonía de las relaciones y en el respeto y cumplimiento recíproco de los derechos y deberes.

En la misma línea de pensamiento, el cuarto considerando del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dijo:

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Y el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó así la misma idea.

Fuera del ámbito regional americano podrí­an citarse muchos textos en igual sentido. Basta, sin embargo, recordar la Carta Social Europea, en cuanto expresa.

Las Partes Contratantes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que pueden hacerse efectivos los derechos y principios siguientes [...]

20. Es evidente que en una situación social de pobreza, en un medio económico de carencia y de subdesarrollo, en un Estado sin recursos, sumido en la impotencia y en el caos financiero, y en el marco de una sociedad en la que impere la ignorancia, los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su reconocimiento formal y jurídico, no pueden ser una realidad. Su realización es, en esas condiciones, imposible.

Pero, al mismo tiempo que hay que reconocer que el Derecho, la Ley de un Estado social y democrático, es el instrumento necesario —aunque quizá no suficiente— para impulsar el cambio económico y social que haga posible la existencia de las condiciones requeridas para que los derechos vivan realmente. Las políticas económicas y sociales del Estado, ejercidas por medio del Derecho, son elementos imprescindibles, aunque no únicos, para cambiar y hacer evolucionar las condiciones negativas y permitir así que los derechos económicos, sociales y culturales comiencen a ser una realidad.

Pero el Estado democrático y social de Derecho, que ha de ser, en cuanto escudo de los débiles, el gran medio para la transformación, el mejoramiento y el desarrollo económico, social y cultural, no puede ser el único elemento impulsor y creador del cambio. Sin el esfuerzo solidario de la sociedad toda, nada profundo, trascendente ni definitivo se habrá de lograr.

Resumen

El artículo se propone analizar, desde una perspectiva latinoamericana, la cuestión de los derechos económicos y sociales en relación con las condiciones materiales necesarias para su efectividad. En orden a ello, comienza por formular una serie de precisiones relativas a la situación de la región: su delimitación, los elementos comunes a todos los países que la integran, y la aplicación de los conceptos de pobreza y justicia en este contexto. Luego de detenerse en la situación jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en el Derecho Interno y el Derecho Internacional aplicable a los países de América Latina, ofrece una reflexión acerca de cuál es la relación entre la proclamación jurídica de estos derechos y su existencia real.