
Conference Paper

Políticas sociales, programas sociales,
derechos sociales.

Ideas para una construcción garantista.

Christian Courtis

(Comisión Internacional de Juristas)



Seminario Internacional

Candados y Derechos:

Protección de programas sociales y
construcción de ciudadanía

Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales.

Ideas para una construcción garantista.

Christian Courtis

(Comisión Internacional de Juristas)

Documento de trabajo No.8

Junio 2007

Proyecto de Protección de Programas Sociales Federales

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

El presente trabajo fue encargado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el marco del Proyecto de Protección de los Programas Sociales Federales, iniciado en diciembre del 2005 con el fin de desalentar e inhibir la utilización político-clientelar de los recursos destinados a programas de desarrollo social en México.

El trabajo forma parte de una serie preparada para la conferencia internacional sobre Ciudadanos 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 2007 a partir de una convocatoria conjunta de la Oficina del PNUD en México con la Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de la Función Pública, la Secretaría de Salud, el Honorable Congreso de la Unión, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) y la Iniciativa Ciudadana y Desarrollo Social A.C. (INCIDE Social).

Las opiniones vertidas en este trabajo corresponden exclusivamente a las de su autor y no representan la posición oficial del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Copyright © 2007
por Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
Presidente Masaryk No. 29, piso 8
Col. Chapultepec Morales, C.P. 11570, México, D.F.

Diseño de portada: ELEVISUAL

Publicado por el Programa de
las Naciones Unidas para el Desarrollo

Impreso en México, 2007

1. Introducción

El sentido de este artículo es el de discutir críticamente algunas garantías destinadas a asegurar la satisfacción de derechos sociales consagrados por la Constitución y por los pactos de derechos humanos ratificados por México –y por muchos otros países de la región. La idea que defenderé es la necesidad de asegurar a los titulares de estos derechos algún poder de reclamo cuando, por razones diversas tales como la desidia o negligencia, la falta de planificación, la mala planificación o ejecución, o la corrupción en el empleo de recursos públicos, redunden en el incumplimiento de los compromisos en materia social asumidos constitucionalmente e internacionalmente por el Estado. Para que ello sea posible, es necesario disciplinar normativamente el otorgamiento de beneficios sociales, cumpliendo al menos algunas exigencias formales y sustantivas mínimas –a ellas me referiré en este trabajo. Dada la relativa falta de desarrollo teórico y práctico de algunas de estas garantías y exigencias a nivel local, haré referencia a algunos parámetros internacionales, elaborados por organismos internacionales de derechos humanos, que pueden servir como modelo al respecto. Como argumentaré, esta estrategia no es incompatible, sino más bien complementaria, con respecto a otras estrategias y mecanismos que pretenden maximizar el uso de los recursos públicos y castigar su uso indebido.

Comienzo por señalar algunas premisas que doy por supuestas: el reconocimiento de derechos sociales en la Constitución y en otros instrumentos legales de jerarquía legal privilegiada –como los tratados internacionales de derechos humanos;¹ la adopción de un régimen de gobierno democrático y republicano, con separación de funciones ejecutivas/administrativas, legislativas y judiciales; la adhesión a los principios de legalidad, transparencia, rendición de cuentas, participación y buen gobierno como guías de la actuación de los poderes públicos.

Aún cuando este sea el cuadro normativo desde donde se parte, lo cierto es que la tradición latinoamericana en la materia –y esto incluye a México– ha concebido en gran medida la elaboración e implementación de políticas sociales –en tanto medio de realización de derechos sociales– a partir de nociones poco compatibles con la elaboración de garantías destinadas a definir claramente los titulares de esos derechos, el contenido de las prestaciones o servicios que constituyen su contenido, la seguridad de su continuidad o mantenimiento, y los remedios existentes en caso de incumplimiento o de cancelación intempestiva o arbitraria. La concepción

¹ México es parte, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, y del Protocolo de San Salvador –tratados internacionales y regional, respectivamente, que consagran derechos sociales. Además, es parte de numerosos convenios de OIT, y de otros tratados antidiscriminatorios –como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial– que prohíben discriminar en el reconocimiento de derechos, incluso de los sociales. Recientemente, México ha firmado una nueva convención internacional, de la que fue activo protagonista –la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad–, que también reconoce derechos sociales en su texto.

predominante en materia de derechos sociales puede ser descrita, por el contrario, a partir de los siguientes rasgos:

-pese a su consagración constitucional, se ha considerado a los derechos sociales como “derechos programáticos”, es decir, más que como derechos, como normas que habilitan la actividad del legislador y, ulteriormente, de la Administración, con exclusión de su tutela por vía judicial (Cossío Díaz, 2000, pp. 43-52 y 75-97; Cruz Parceró, 2001, pp. 89-112). Un ejemplo de ello es la exclusión de la tutela de derechos sociales consagrados constitucionalmente –con algunas excepciones– del juicio de amparo –mecanismo de tutela constitucional privilegiado en México.

-la falta de reconocimiento de un contenido constitucional propio de los derechos sociales ha llevado a dejarlos librados a la discrecionalidad de los poderes políticos. Pocas garantías se han generado respecto de los límites y las exigencias positivas aplicables al poder legislativo en materia de derechos sociales (Ferrajoli, 2003, pp. 11-21, Pisarello, 2007, pp. 80-87).

-un aspecto ulterior atañe a la “repartición de funciones” entre los poderes políticos en materia de derechos sociales. Aunque existen diferencias importantes entre temáticas distintas –abordaré este punto más adelante– puede decirse en forma general que la tendencia ha sido la de la delegación por parte del Poder Legislativo de gran parte de la facultad final de configuración del contenido de derechos, beneficios y prestaciones en manos del Poder Ejecutivo y de la Administración. Una tendencia verificada en gran parte de los países de la región es la limitación de las leyes destinadas a reglamentar cláusulas constitucionales que consagran derechos sociales no a la definición del contenido de los derechos, sino a la designación de los órganos administrativos competentes en la materia, y a la estipulación –muchas veces en términos de gran amplitud– del alcance de sus competencias. Es decir, el papel de la ley queda “vaciado” de contenido sustantivo, y opera una delegación en favor de la Administración, con el consiguiente reconocimiento de una esfera de actuación discrecional en la materia (Abramovich y Courtis, 2006, pp. 20-21; Ferrajoli, 2003, pp. 11-21). El panorama se completa con la autorización otorgada a las autoridades administrativas en orden a ejecutar el gasto social –autorización efectuada por vía de las leyes de presupuesto.

-ciertamente, este fenómeno puede percibirse en áreas que requieren la organización de una estructura administrativa relativamente coordinada para la prestación de un servicio público destinado a satisfacer derechos sociales –es el caso típico de los sistemas de salud, de educación y de seguridad social contributiva. Pero su expresión más notoria se da en materia de asistencia social, cuya forma de prestación asume habitualmente la forma de programas focalizados, de otorgamiento y cancelación discrecional, escasamente sujetos a controles por parte de otros poderes y menos aún de facultades de reclamo por parte de sus beneficiarios (Lo Vuolo et alii, 2004, capítulo VI; Mkandawire, 2005).

-los riesgos de abuso de la discrecionalidad, de empleo arbitrario o interesado de este tipo de programas y –en el peor de los casos– de corrupción y desviación de los

recursos destinados a beneficios sociales de su empleo lícito no han pasado desapercibidos ni a las propias autoridades estatales, ni a la opinión pública –los casos de asignación de recursos públicos bajo criterios partidarios o clientelares y los casos lisos y llanos de corrupción no son infrecuentes en la región. Los intentos de establecer mecanismos de control han sido variados, pero al menos pueden citarse aquí dos: la confianza en el control interno de la legalidad de sus actos por la propia Administración, y la criminalización de actos de corrupción.

De acuerdo a la tesis que sostendré, el reconocimiento de verdaderos derechos sociales y el establecimiento de mecanismos de garantía de los derechos en cabeza de sus propios titulares constituye una alternativa preferible al modelo descrito por razones tanto de principio como prácticas. En el apartado siguiente describiré el sentido de las garantías a las que me refiero. En el apartado posterior efectuaré una comparación entre ambos modelos, y aportaré razones por las cuales considero que el que propongo es preferible al modelo vigente.

2. Un modelo de garantías en materia de derechos sociales²

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, 2007, pp. 111-138). La tarea de construir garantías adecuadas para los derechos sociales supone, claro está, asumir –al menos por vía de hipótesis– la posibilidad conceptual de tratar los derechos sociales como derechos plenos, y no solo como declaraciones de buena voluntad o meros objetivos políticos (Abramovich y Courtis, 2002, pp. 19-64; Cruz Parceró, 2007, pp. 71-99).

Las garantías admiten una clasificación básica, de acuerdo a quién es el encargado de hacerlas efectivas (Ferrajoli, 1999, pp. 37-72 y 2000, pp. 39-46; Pisarello, 2003a, pp. 23-53, 2003b, pp. 137-262, 2004, pp. 363-386 y 2007, pp. 111-138; Aragón, 1995, pp. 67-89; Abramovich y Courtis, 2006, pp. 65-92). En este sentido, pueden pensarse en dos tipos de garantías. Por un lado, las garantías de carácter social, en las cuales el instrumento o mecanismo de aseguramiento del derecho se confía al titular del derecho, sea éste individual o colectivo. Las garantías de carácter social están vinculadas centralmente con la propia tutela que hacen los titulares de su derecho. Por otro lado, pueden distinguirse garantías de carácter institucional, que confían a una institución, especialmente de carácter público, la protección de un derecho. En este marco pueden diferenciarse, a su vez, garantías de carácter político, es decir, aquellas confiadas a los poderes políticos del Estado, y las garantías jurisdiccionales, es decir, aquellas en las que la protección del derecho se pone en cabeza del Poder

² Esta sección adapta un apartado contenido en Courtis, 2006, pp. 23-58.

Judicial, o de cuerpos cuasi-judiciales autorizados a dirimir quejas, demandas o denuncias.

2.1. Garantías sociales o extra-institucionales

Comencemos con las garantías sociales. En este campo se hace visible la cuestión de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Las garantías sociales consisten en gran medida en el ejercicio de derechos que hacen posible expresarse en la esfera pública y participar 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. Esto hace especialmente relevante su protección para los militantes sociales y sindicales, para las personas que llevan a cabo crítica de las políticas públicas en materia social, porque funcionan como instrumento de crítica al poder, al gobierno. No es raro que América Latina sea una de las regiones del mundo con mayor cantidad de muertos entre sus dirigentes sindicales o dirigentes indígenas. Esto marca una conexión clara entre el carácter instrumental de ciertos derechos civiles y políticos tradicionales, y la posibilidad de garantizar el ejercicio de derechos sociales.

Hay una dimensión desarrollada más recientemente, que está vinculada con lo que a veces se denomina “derecho a la participación”. Se trata de una serie de mecanismos que acrecientan las posibilidades de los miembros de una comunidad de incidir más directamente en el diseño y ejecución de políticas públicas, por vías distintas. Entre ellos se encuentran los llamados mecanismos semidirectos de participación, como la iniciativa popular, el referéndum o el plebiscito. En un plano similar se encuentran el derecho a ser consultado antes de la toma de ciertas decisiones (como las que afectan, por ejemplo, a pueblos indígenas), el derecho a participar en audiencias públicas también previas a la toma de decisiones políticas, y el derecho a participar en la formulación del presupuesto (es el caso de las experiencias del denominado “presupuesto participativo”). También hay que destacar el ejercicio de un derecho desarrollado en los últimos años, relacionado con la publicidad de los actos de gobierno, que es el derecho de acceso de información pública: el derecho de todo ciudadano de obtener información acerca de la actuación pública en materias determinadas, en especial cuando emplea recursos públicos (Abramovich y Courtis, 2003, pp. 321-340 y 2000, pp. 223-255). Se trata de una herramienta de gran utilidad como instrumento o garantía de monitoreo de las políticas públicas del Estado en materia social.

Frente a todas estas garantías, el papel de los estándares internacionales en materia de derechos humanos es fundamental. El fortalecimiento de la interpretación de estos

derechos tiene el efecto de robustecer los mecanismos de participación y control ciudadano de las políticas sociales del Gobierno, que son uno de los instrumentos privilegiados de satisfacción de derechos sociales. Entre los avances regionales que es importante mencionar se encuentra la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho a la asociación y libertad de expresión, y el trabajo de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre acceso a la información pública.³

Estos derechos son los que se ejercen en tanto ciudadanos, como integrantes de una comunidad política: se trata de formas de protección del interés del ciudadano ante la gestión pública. Pero, además, existe la noción de la auto-tutela de derechos, la garantía del derecho llevada a cabo por su propio titular.

El ejemplo paradigmático de estos mecanismos de auto-tutela es el derecho de huelga; es decir, aquel que está vinculado con la iniciativa de los trabajadores para bloquear decisiones de la patronal, que pueden ser contrarias a sus intereses. En este campo el Sistema Interamericano no ha producido aún estándares sustantivos, de modo que la referencia más importante sigue siendo la de los convenios de la OIT en la materia.

El molde del derecho de huelga puede reconocerse en otra serie de formas de auto-tutela que no están vinculadas a la situación de trabajo: por ejemplo, los boicots de consumidores, las tomas de espacios públicos, las tomas de tierra, la ocupación de viviendas ociosas. El ejercicio de formas de auto-tutela sólo se justifica en la medida en que constituya la respuesta a situación grave, como por ejemplo, la falta de acceso a un bien que constituye el objeto de un derecho social, como vivienda, alimentación o trabajo. En la situación de insatisfacción social de amplios sectores de la población que vive América Latina, estas son casi las únicas formas de expresión con las que cuentan aquellos que están en peor situación en nuestras sociedades. El respeto del legítimo ejercicio de estos derechos, dentro de límites razonables –que incluyen, por ejemplo, la proporcionalidad en las molestias que este pueda causar sobre derechos de terceros– implica al menos inhibir la reacción de tipo penal del Estado como primera o –aún peor– como única respuesta por parte de las autoridades públicas (Gargarella, 2000, pp. 285-293; Gargarella, 2006a; Gargarella, 2006b).

2.2. Garantías institucionales

Además de las garantías sociales, existen garantías de tipo institucional. Básicamente, quienes llevan a cabo la articulación de estas garantía son instituciones públicas –

³ Ver, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, caso *Claude Reyes y otros c. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151; “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en respaldo de la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión), Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, especialmente Principio 4.

aunque exista alguna instancia de iniciativa por parte de los actores sociales. Entre ellas, comenzaré por las llamadas garantías políticas, que son las que están en cabeza de aquellos poderes que, en la tradición constitucional occidental, se denominan poderes políticos: el Legislativo y el Ejecutivo.

2.2.1 Garantías políticas

Una primera consideración importante es que buena parte de los derechos sociales tiene un asidero en la constitución, lo cual significa la aplicación de algunas técnicas de garantía desarrolladas tradicionalmente para derechos civiles y políticos, a los derechos sociales. ¿Cuáles son estas técnicas de garantía? Una es la idea de que, cuando un derecho está establecido en la constitución, tiene un contenido mínimo esencial que no puede ser violado por el legislador ni por las autoridades políticas (Gavara de Cara, 1994; Martínez-Pujalte, 1997; Jiménez Campo, 1999, pp. 66-80; y Prieto Sanchís, 2003, pp. 217-260). Que un derecho esté incorporado a una constitución implica la obligación, puesta en cabeza del cuerpo legislativo e, indirectamente, de la Administración, de respetar este contenido mínimo esencial, por debajo del cual cualquier política, por acción u omisión, puede ser violatoria del derecho.

Dada la ya mencionada escasez de desarrollo doctrinario local en materia de contenido mínimo esencial de los derechos sociales, la apelación a los estándares internacionales elaborados, por ejemplo, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, constituye un elemento imprescindible para dotar de sentido a los derechos sociales establecidos en nuestras constituciones.

Una segunda garantía vinculada con la constitucionalización de los derechos sociales tiene que ver con las condiciones para su reglamentación: concretamente, con la denominada “reserva de ley” (Rubio Llorente, 1993, pp. 319-332 y 333-367; y Jiménez Campo, 1999, pp. 46-48 y 61-66), es decir, con la obligación de desarrollar en sentido formal el contenido de cualquier derecho fundamental que se ha establecido en la constitución o en un pacto de derechos humanos mediante una ley. Este momento, que es el 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.

En muchos de nuestros países, este momento se ha abandonado, porque hay una cierta renuencia por parte del movimiento social a participar activamente en el proceso de fijar a los poderes políticos el marco de discusión sobre cómo van a garantizar estos derechos. La “reserva de ley” se refiere centralmente a un requisito

procedimental –designa el “quién” y en parte al “cómo” de la reglamentación de derechos fundamentales. Pero el hecho de que sea el Parlamento, el Congreso o la Legislatura el que reglamente los derechos, y el hecho de hacerlo por vía de ley en sentido formal, deben ser complementado con exigencias mínimas de contenido – más allá del ya mencionado contenido mínimo esencial. Dos nociones históricamente vinculadas con la noción de “ley” en sentido formal son las de su generalidad y universalidad (de Cabo Martín, 2002, pp. 47-60). Se trata de una concepción que surge de la concepción liberal burguesa del siglo XIX, estrechamente vinculada con la noción de seguridad jurídica, pero que debe ser aprovechada también para los derechos sociales —para evitar, en la mayor medida posible, que las técnicas para satisfacer derechos sociales se limiten a la generación administrativa de programas focalizados, asignados a clientelas políticas, que no otorgan derechos, sino más bien prestaciones discrecionales, reversibles o revocables.⁴

De modo que, si se desprecia el valor de la garantía de la reserva de ley y, en general, el valor de la ley, lo que encontramos —en lugar de la disciplina de un derecho en sentido general y universal— es un mar de pequeños programas que no están vinculados entre sí, y que le conceden a una Administración gestionada de acuerdo a criterios partidistas o clientelares la discrecionalidad de otorgar o quitar prestaciones según su arbitrio. En el estricto sentido del término, estos programas no generan derechos, sino medidas de otorgamiento de beneficios sin mecanismo de fiscalización alguno, destinados a cubrir discrecionalmente ciertas necesidades.

Subrayar la utilidad de la noción de la generalidad y universalidad de la ley es esencial para discutir también el contenido de nuestros derechos sociales. Parte de la legislación que es la base de nuestros países en el siglo XIX, la codificación civil, que sigue constituyendo el pilar de la formación de los abogados en nuestras facultades de derecho puede ser interpretada como el intento de establecer, por vía de una ley general y abstracta, el contenido de un derecho: el derecho de propiedad. Deberíamos tener la capacidad de hacer lo mismo para discutir el contenido de derechos sociales esenciales para el respeto de la dignidad humana, tales como el derecho a la salud, a la alimentación, a la vivienda o a la educación. Esto no significa, claro, que la ley deba reglamentar hasta el último detalle la concesión de prestaciones y beneficios en materia social. Pero al menos debe establecer bases claras y generales –incluyendo la objetividad, la claridad en la definición de los destinatarios y en el establecimiento de los beneficios, y los mecanismos de reclamo correspondientes– que debe cumplir todo plan o programa social destinado a redistribuir fondos de carácter público.

¿Qué aportes de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos pueden ser útiles para robustecer esta garantía? De la insistencia de los pactos internacionales de derechos humanos –tanto los del sistema universal, como los regionales– en la importancia de las medidas de carácter legislativo para asegurar la plena efectividad de los derechos, incluidos los derechos sociales, pueden desprenderse algunas herramientas concretas de incidencia. Para ello, es útil revisar la tendencia de casi todas las observaciones generales del Comité de Derechos

⁴ Ver, al respecto (Mkandawire, 2005).

Económicos, Sociales y Culturales referidas a derechos sociales en particular, la relativa a la necesidad de plasmar esos derechos en normas legislativas que aseguren su contenido. En sentido similar pueden destacarse la Opinión Consultiva OC-6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que subraya la importancia de la ley en sentido formal como instrumento de garantía de los derechos humanos establecidos por la Convención Americana.⁵

Junto con estas garantías –la garantía del contenido mínimo esencial de los derechos sociales, y las de reserva, universalidad y generalidad de ley en la reglamentación de derechos sociales– es necesario desarrollar herramientas de análisis capaces de evaluar la concreción o el incumplimiento de principios fundamentales en materia de derechos sociales: la prohibición de discriminación, el principio de preferencia por los grupos que se encuentran en peor situación, y la prohibición de regresividad o de retroceso social. En todos estos casos, el empleo de los estándares desarrollados por el Sistema Universal y –al menos en materia de prohibición de discriminación–⁶ por el Interamericano de protección de los derechos humanos es imprescindible.

Un problema vinculado con el de la garantía legal de los derechos sociales tiene que ver con el hecho de que la forma de satisfacer muchos derechos sociales –especialmente los que están relacionados con la seguridad social, la salud, la vivienda y la educación– requiere necesariamente la constitución de un servicio público, o algún tipo de servicio controlado por el Estado, que garantice ese derecho para una población determinada, es decir, que distribuya socialmente ese derecho entre sus titulares. Por varias razones, especialmente por lo que puede denominarse “razones de escala”, el diseño de esos servicios destinados a satisfacer derechos sociales –seguridad social, salud, vivienda, educación– implica: primero, la satisfacción de estos derechos a partir de la consideración colectiva o grupal de los destinatarios del servicio; segundo, la asignación de recursos y la planificación del establecimiento y del funcionamiento del servicio no sólo a corto, sino también a mediano o a largo plazo. Es difícil pensar en el funcionamiento de sistemas tales como el educativo, el sistema de salud o el sistema de seguridad social con una planificación que se limite al corto plazo. Se piensa el sistema educativo como un sistema integrado que tiene fases sucesivas que pueden sumar veinte o más años, desde el preescolar a la educación superior. Lo mismo pasa con el sistema de salud, y con el sistema de seguridad social. Se trata de sistemas que requieren un cronograma de planificación y un cronograma de monitoreo bastante más largo que el corto plazo o la situación inmediata.

Y esto requiere instrumentos de seguimiento y de control distintos a los que el derecho tradicional nos tiene acostumbrados. La forma tradicional de control jurídico de las obligaciones del Estado o de los particulares es el litigio judicial, que abordaré a continuación. Sin embargo, el litigio judicial resulta poco adecuado para monitorear el

⁵ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6; caso *Baena Ricardo y Otros c. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, par. 159.

⁶ En este sentido, los argumentos más relevantes del Sistema Interamericano provienen de la ya citada Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

funcionamiento a mediano y largo plazo de estos sistemas –el sistema de salud, la seguridad social, el sistema educativo– en cuya evaluación es necesario tener en consideración muchas variables y resultados. Para este tipo de monitoreo, el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos proporciona fuentes de inspiración bastante útiles, ya que el tipo de técnicas o destrezas que están vinculados con el sistema de informes, y más precisamente con la elaboración construcción de contrainformes, informes alternativos o “informes sombra” por parte de organizaciones de la sociedad civil implica también desarrollar capacidades de monitoreo de acciones y resultados periódicos –es decir, capacidades relacionadas con el seguimiento y la evaluación de la eficacia de las políticas estatales destinadas a satisfacer derechos sociales dentro de plazos temporales determinados.

Algunos conceptos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, como el principio de progresividad (y la correlativa prohibición de regresividad) (Abramovich y Courtis, 2002, pp. 92-116) son una herramienta útil para los actores sociales que pretenden controlar una política pública. Para que ese concepto sea operativo, es necesario un seguimiento temporal que va bastante más allá de la denuncia de un caso concreto. Para llevar a cabo ese seguimiento hay que desarrollar algunas técnicas de monitoreo, tales como el empleo de indicadores de acciones y de resultado, el establecimiento de patrones de medida o la fijación de benchmarks (hitos o parámetros), capaces de medir el sentido y la eficacia de una política pública (Kirby 2003, pp. 325-346; y Tomasevski, 1995, pp. 389-401). Para ello se requiere cierta capacidad técnica y una tarea constante de recopilación y actualización de datos. El principio de progresividad en materia de derechos sociales requiere la evaluación de las acciones estatales y de sus resultados a lo largo del tiempo –de lo contrario, es imposible afirmar si la situación de un derecho tal como el derecho a la salud o el derecho a la vivienda ha avanzado, se ha estancado o ha retrocedido. Por ejemplo, para saber si el Estado cumple con la obligación de progresividad en materia de derecho a la salud, son necesarios al menos datos relativos al nivel de cobertura del sistema sanitario –y su comparación con niveles anteriores y con niveles posteriores–, y con algunos resultados tales como los índices de mortalidad infantil, de incidencia de enfermedades endémico-epidémicas, etcétera.

Para ello, como he dicho, no basta con la formación tradicional de los abogados, que están mayormente entrenados para llevar a los tribunales casos individuales, sino que es necesario un trabajo interdisciplinario para evaluar el desarrollo de las políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales, que permita medir cuáles son los recursos que se usan para lograrlo, cuáles son las metas derivadas de las obligaciones internacionales, cuáles son las metas que se ha fijado el Estado, y cómo ha cumplido el Estado con ellas en un lapso determinado. Para llevar a cabo esta tarea en materia de derechos sociales, resultan de suma utilidad las directrices desarrolladas por los distintos Comités establecidos por los Pactos del Sistema Universal –en especial, las del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las del Comité de los Derechos del Niño– para la elaboración de informes estatales: estas directrices detallan la información necesaria para evaluar la situación de un derecho. Aunque el Sistema Interamericano no ha avanzado demasiado en esta dirección, una tarea concertada en este campo por parte de las organizaciones de la sociedad civil de

nuestra región podría mejorar la efectividad de algunos mecanismos de seguimiento de derechos humanos del Sistema⁷. Así, por ejemplo, queda pendiente la tarea de puesta en funcionamiento de los mecanismos de informes del Protocolo de San Salvador y de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad –una vez puestos en marcha, su efectividad dependerá en gran medida de la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil de producir contrainformes sólidos. En el mismo sentido, sería una estrategia importante para mejorar la calidad y la efectividad de algunas de las facultades de promoción de los derechos humanos de la Comisión Interamericana –de la elaboración de informes nacionales y temáticos, y de la realización de audiencias temáticas.

Amén de su utilidad para elaborar contrainformes destinados a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, las técnicas dirigidas a diagnosticar o informar la situación de un derecho social permiten establecer una forma de monitoreo interno permanente: un mecanismo de seguimiento de políticas públicas y de alarma para detectar e incidir en aquellos supuestos en los que las políticas sociales resulten regresivas, ineficientes mal orientadas u ofrezcan resultados mediocres.

Esto nos lleva nuevamente a un principio estrechamente relacionado con las posibilidades de llevar adelante ese monitoreo: se trata del principio de publicidad de la actividad gubernamental, cuya contracara es el ya mencionado derecho de acceso a la información pública. Desde luego, no podremos controlar las políticas sociales si no sabemos qué hace el Estado para satisfacer derechos, cómo destina partidas presupuestarias, qué resultados obtiene, qué indicadores usa para evaluar sus políticas públicas. Sin la existencia de instrumentos legales que aseguren el derecho de la población a acceder a información pública, hay pocas posibilidades de monitorear políticas públicas. Se trata de un gran desafío para las organizaciones de la sociedad civil, ya que para controlar políticas públicas, especialmente en materias complejas como vivienda, educación, alimentación, seguridad social, se requiere cierta capacitación técnica y fundamentalmente contar con los datos relevantes.

Otra garantía institucional importante de todo derecho –incluyendo los derechos sociales– es el presupuesto. Está claro que ninguno de los derechos sociales que he mencionado –salud, vivienda, educación, alimentación– pasa de ser una mera promesa si no existen partidas presupuestarias destinadas a hacerlos efectivos. Esto hace del procedimiento de formulación, discusión, aprobación y ejecución del presupuesto una instancia de importancia fundamental para la satisfacción de los derechos sociales, y para la fiscalización ciudadana de esa satisfacción (FUNDAR, 2002). El presupuesto es el instrumento legislativo que marca en gran medida la política pública que lleve a cabo la Administración en materia de derechos sociales. Por

⁷ La elaboración de indicadores de seguimiento de las obligaciones que emanan del Protocolo de San Salvador están aún pendientes. Ver, Resolución de la Asamblea general de la OEA, AG/RES. 2178 (XXXVI-O/06), “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el protocolo de San Salvador”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, 6 de junio de 2006.

ejemplo, aún cuando existan garantías jurisdiccionales, y los jueces condenen al Estado a realizar obras o cubrir prestaciones sociales, la efectividad de las sentencias dependerá en gran medida de la efectiva previsión de partidas presupuestarias al efecto.

En algunos países de la región se han desarrollado instrumentos concretos que permiten la participación ciudadana en la elaboración del presupuesto –es el caso del presupuesto participativo en muchas ciudades de Brasil (Genro y de Souza, 1998; y Villasante y Garrido, 2002).⁸ Pero en otros casos, es necesaria la activación de las ya mencionadas garantías sociales para hacer transparente el proceso presupuestario –es decir, para impedir que ese proceso se opaque y quede sujeto únicamente a la dinámica endógena del sistema político. La incidencia de estas garantías sociales es imprescindible para instalar una discusión clara acerca de cuáles son las decisiones que se toman en materia presupuestaria para hacer efectivos aquellos derechos establecidos en la Constitución, en los pactos de derechos humanos y en la ley. Se trata de un momento fundamental para hacer visible y discutir qué prioridades asume el Estado y qué medios económicos va a destinar para asegurar la satisfacción de estos derechos. El movimiento por una fiscalización ciudadana del proceso presupuestario puede articular, además, la agenda de las organizaciones de derechos humanos con otras agendas, centradas en la demanda por una mayor transparencia de las decisiones políticas, por el acceso a la información pública y por el control de la corrupción.

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. Para que esto no suceda, también son útiles algunas de las técnicas relacionadas con la elaboración de contrainformes para los comités del sistema universal de derechos humanos. Los lineamientos para la elaboración de informes proporcionan algunas nociones sobre cómo hacer el seguimiento presupuestario de ciertos derechos. Por ejemplo, al menos dos nociones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –también recogidas en el texto del Protocolo de San Salvador– suponen necesariamente la evaluación de dimensiones presupuestarias: la noción de “progresividad” y la adopción de medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles”. La obligación de “progresividad” requiere del Estado una mejora constante en la situación de goce de los derechos sociales: para ello, uno de los parámetros a evaluar diacrónicamente es la previsión de partidas presupuestarias para satisfacerlos. La obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles” supone la posibilidad de evaluar el empleo de los recursos públicos, y la priorización que el Estado haga de ellos –por ejemplo, mediante la comparación del porcentaje presupuestario destinado a satisfacer derechos sociales con el destinado a otros gastos que no corresponden a la satisfacción de derechos humanos. La obligación requiere también que el Estado agote sus esfuerzos para acudir a la cooperación internacional si no tiene capacidad de mejorar progresivamente la efectividad de los derechos sociales previstos en los pactos internacionales.

⁸ Ver, por ejemplo, sobre la experiencia de Porto Alegre (Genro y de Souza, 1998), y en general (Villasante y Garrido, 2002).

Por último, y sin ánimo de exhaustividad, algunas garantías políticas están vinculadas con formas de diseño institucional que establecen controles mutuos entre los poderes políticos, controles internos de los propios poderes, y algunas formas de control externo. En este ámbito, el del control externo, se sitúa la tendencia, verificada en gran parte de los países latinoamericanos, de creación y asignación de funciones de control político –amén de algunas facultades jurisdiccionales, que comentaré después– a ombudspersons o instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, tales como Comisiones de Derechos Humanos, Defensorías del Pueblo, Defensorías del Habitante y del Ciudadano, Procuradurías de los Derechos Humanos, etcétera. La tarea de estas instituciones debe guiarse por los estándares producidos internacionalmente en materia de derechos humanos.

2.2.2 Garantías jurisdiccionales

La otra cara de las garantías institucionales son las garantías de carácter jurisdiccional. 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 (Guastini, 1999, pp. 185-186). Gran parte de la educación de los abogados gira en torno al modo de funcionamiento de estas garantías: cuando una persona incumple con una obligación que le impone un derecho, se inicia una demanda para que un juez certifique la existencia de una violación y le imponga una obligación determinada –como la de cumplir con la obligación incumplida–, o una sanción determinada –como la de reparar o sufrir una pena privativa de libertad. Esta es la estructura básica de las garantías jurisdiccionales.

También en torno a este tema hay que enfrentarse a una serie de obstáculos históricos vinculados con la posibilidad de articular garantías jurisdiccionales en defensa de derechos sociales. Sumariamente, trataremos dos de ellos (Abramovich y Courtis, 2002, pp. 37-46 y 121-132; Cruz Parceró, 2007, pp. 71-99; Pisarello, 2007, pp. 87-110).⁹ Primero, un obstáculo de carácter ideológico, ya que tradicionalmente se ha dicho que los derechos sociales no son justiciables: típicamente, como ya he adelantado, se los ha considerado derechos “programáticos”, dirigidos a motivar la acción de los poderes políticos y no a ser aplicados por los jueces. El derecho internacional de los derechos humanos –especialmente el trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– ofrece buenos argumentos para refutar ese prejuicio, dando la pauta de que un componente necesario de los derechos sociales es la previsión por parte del Estado de recursos suficientes, dentro de los que se destacan los recursos de carácter

⁹ Para un análisis más completo, remito a estos autores.

judicial o equivalente¹⁰ en los casos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor –que habitualmente es el Estado, aunque los deudores de derechos sociales también pueden ser sujetos de carácter privado, como en los casos de privatización de ciertos servicios públicos, tales como los de salud, educación o seguridad social.

Mientras en muchos países de la región sigue primando la idea tradicional de que los derechos sociales no son justiciables, existen en varios países –Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Venezuela– muy buenos ejemplos de prácticas en que los jueces han hecho justiciables derechos tales como los derechos a la salud, vivienda o educación –tendencia que marca una pauta de ruptura de la tradición dominante en esta materia. Esta tendencia confirma muchos de los desarrollos en la materia efectuados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque el Sistema Interamericano no ha avanzado aún claramente en esta dirección, existen algunos indicios de posible empleo del mecanismo de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –y, finalmente, ante la Corte Interamericana– como mecanismo de justiciabilidad en el plano internacional, en especial por vía de la protección indirecta de derechos sociales, o de su interconexión con derechos civiles o políticos.

De todas maneras, más que confiar únicamente en el desarrollo de las posibilidades de justiciabilidad en el plano internacional –cuyo desarrollo es generalmente más lento– las organizaciones de la sociedad civil deberían poner énfasis en las posibilidades de desarrollo de la justiciabilidad de los derechos sociales en el nivel local, mediante la articulación pro homine de estándares constitucionales, de aquellos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos y de los contenidos de las leyes que reglamentan derechos sociales. Si el Sistema Interamericano ayuda en la materia, mucho mejor –pero el espacio central de desarrollo de las posibilidades de justiciabilidad de los derechos sociales sigue siendo el de la jurisdicción doméstica.

Otro obstáculo común en materia de justiciabilidad de los derechos sociales concierne a la falta de mecanismos judiciales o mecanismos procesales adecuados para tutelar estos derechos. Ya se mencionó que la satisfacción de derechos sociales requiere en algunos casos remedios o medidas de alcance colectivo. Nuestra tradición procesal sigue atada fuertemente a una tradición vinculada con el modelo de litigio individual y patrimonialista, a partir de la cual fueron diseñadas la mayoría de las acciones típicas de los Códigos procesales tradicionales vigentes en la región. La situación-tipo sobre la cual se ha diseñado esas acciones es la del litigio interindividual: las acciones están pensadas sobre la base de que hay un conflicto entre dos personas, cuyos intereses agotan el sentido del pleito.

En materia de derechos sociales es evidente la necesidad de revisar este modelo y pensar en acciones procesales de carácter colectivo o de carácter supraindividual. Cuando la protección de derechos sociales exige la discusión de violaciones de

¹⁰ Ver, al respecto Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” (1990), pár. 5.

alcance colectivo, la representación de un grupo o colectivo en juicio o la necesidad de tomar una medida como solución o remedio al caso que tenga impacto colectivo, las acciones individuales tradicionales presentan evidentes limitaciones. Corresponde en gran medida a la doctrina sugerir modelos de acciones colectivas capaces de enfrentar estos desafíos –la doctrina procesal de la región ha trabajado en gran medida en ese sentido: resultado de ello ha sido la propuesta de una ley latinoamericana modelo de acciones colectivas, que recoge las ricas experiencias de varios países de la región, como Argentina, Brasil y Colombia (Gidi y Ferrer MacGregor, 2003a y 2003b). La cuestión es particularmente importante cuando se trata de cuestionar o impugnar la actividad administrativa relacionada con el diseño e implementación de programas sociales: si no existen recursos que legitimen a los beneficiarios, o potenciales beneficiarios, o a otros actores que posean un interés legítimo, a cuestionar en sede administrativa o judicial la actuación de la administración en este campo, el control ejercido en esta materia se limitará al propio auto-control, y a los pocos casos en los que la cuestión importe la apertura de una investigación de carácter penal.

Mientras el legislador de nuestros países no dé pasos en este sentido, y no renueve el arsenal de acciones a disposición de los justiciables, la tarea de “adecuación” de las acciones procesales tradicionales recaerá en la imaginación de los litigantes y en la creatividad de los jueces. Aunque sobre el punto la experiencia del Sistema Interamericano es aún reciente, varios casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido sensibles a la dimensión colectiva de ciertas violaciones a los derechos humanos, y a la necesidad de adoptar remedios de alcance colectivo, que trasciendan el interés de las víctimas particulares que han iniciado los procedimientos ante la Comisión.¹¹ Parte de estos desarrollos pueden ser justificados doctrinariamente a partir de una interpretación renovada de la noción de “recurso judicial efectivo”, prevista por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque se trata de una obligación de los Estados parte en cuanto a proveer y desarrollar recursos rápidos y sencillos, u otros recursos efectivos ante la violación de derechos fundamentales–, puede suponerse que la exigencia de efectividad de los recursos jurisdiccionales también debe guiar a los procedimientos contenciosos de protección de los derechos humanos en sede internacional. Los desarrollos en este sentido de la Corte Interamericana permiten imaginar algunas adaptaciones de esa tendencia a las jurisdicciones domésticas.

Algunas objeciones a la posibilidad de establecer garantías jurisdiccionales para los derechos sociales han hecho hincapié en la falta de determinación concreta del contenido de estos derechos, y en la limitación de los recursos para satisfacerlos. La vía jurisdiccional abriría la puerta para reclamos extraordinarios de quienes tienen mayor acceso a los estrados judiciales, que no son necesariamente quienes más necesidades tienen.

¹¹ Ver Corte Internacional de Derechos Humanos, caso *Masacre Plan de Sánchez. c. Guatemala. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C No. 116, pars. 48 y 110.

Estas preocupaciones, sin duda legítimas, requieren una atención específica al menos en dos frentes. El primero, que ya he abordado, es la preferencia por la especificación del contenido de los derechos sociales por medio de la ley, entendida ésta en sentido formal, como norma general emanada del órgano representativo. Desde el punto de vista procedimental, además de la legitimidad electoral, se trata del instrumento jurídico que requiere de mayor consenso político y el que supone mayor publicidad y transparencia. Desde el punto de vista del contenido, la generalidad y universalidad de la ley, la definición de los titulares y del alcance de los derechos sociales en términos universales, permite identificar más claramente en qué consisten el derecho y sus correlativas obligaciones, y qué previsión presupuestaria debe hacer el Estado para satisfacerlo. De este modo, hay menos espacio para la asignación discrecional, a partir de criterios meramente partidarios u orientados a clientelas políticas del gasto en materia social. Queda más claro así quién puede reclamar un derecho ante los tribunales, qué puede reclamar, y de qué recursos se dispone para satisfacer los derechos previstos legalmente.

La segunda cuestión está vinculada con un problema grave en América Latina: el del acceso a la justicia y, en especial, el acceso a los servicios de un abogado que pueda representar legalmente casos de derechos sociales. El problema es grave porque en nuestros países la profesión de abogado sigue organizada en gran medida sobre la base exclusiva del lucro: se presupone que detrás de cada problema jurídico existe incentivo lucrativo suficiente para que un abogado defienda un caso. La realidad es muy otra: existen importantes “fallas del mercado” y pocos incentivos para que los abogados movidos primordialmente por el fin de lucro defiendan los derechos de gente de escasos recursos –justamente a quienes pretenden beneficiar los derechos sociales. Este problema requiere una profunda discusión de las formas de acceso de la población con bajos recursos a los servicios jurídicos, frente a las cuales podrían pensarse una serie de alternativas: el subsidio estatal de la abogacía de “interés público” o sin fines de lucro, el establecimiento de obligaciones de carácter social sobre los miembros de la profesión, el desarrollo del litigio pro bono, la promoción del establecimiento de clínicas jurídicas o de despachos jurídicos gratuitos en las escuelas de derecho, la previsión de un servicio estatal de defensa pública en materias no penales, la simplificación procesal en sede administrativa y judicial, etcétera. Los abogados tienen el monopolio –establecido legalmente– de la representación de intereses jurídicos de toda persona ante los tribunales: por, ello, es necesario establecer formas de regulación que eviten que ese monopolio se traduzca en una privación del acceso a la justicia por parte de los sectores más necesitados de la población.

3. Garantizar derechos vs. alentar el auto-control de la Administración o criminalizar la corrupción

En la sección anterior he presentado algunos de los alcances de un modelo plural de garantías en materia de derechos sociales. Creo que, por razones de principio, este es un modelo preferible al de dejar librada la distribución de beneficios sociales a la mera discrecionalidad de los poderes políticos: si los derechos sociales son derechos

humanos reconocidos en los instrumentos normativos de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, merecen ser tratados como tales, y no como concesiones coyunturales y contingentes. He defendido extensamente esta posición en otros trabajos, así que me limitaré aquí a remitirme a lo ya escrito (ver Abramovich y Courtis, 2002; Abramovich y Courtis, 2006).

Pero quisiera terminar este trabajo efectuando una breve comparación de ventajas y desventajas de este modelo, en relación con la confianza en los mecanismos de auto-control de la administración, y la vía de la criminalización de conductas delictivas, como instrumentos o vehículos para maximizar el empleo del gasto social y evitar el mal uso o el aprovechamiento delictivo de los recursos destinados a satisfacer las necesidades de los más pobres. Con ello quiero decir que un modelo de garantía de derechos sociales puede ser defendido, no sólo por razones de principio, sino también por razones prácticas.

Parto por aclarar que no se trata de dos opciones contradictorias, sino que puede ser perfectamente complementarias. Lo cierto es que en muchos de nuestro países, en especial en materia de asistencia social, sí se las ha visto como opciones disyuntivas, optándose decididamente por la segunda.

La primera ventaja es la multiplicación de los “guardianes”. Mientras en el primer caso, la garantía del buen uso de los fondos públicos reside en la propia administración –o en la justicia penal, que actúa a instancias de otro órgano estatal, el Ministerio Público–, en el caso del establecimiento de bases legales claras para un programa social, y de poder de reclamo a los beneficiarios o potenciales beneficiarios ante presuntos incumplimientos o irregularidades amplían la cantidad de “ojos” puestos sobre el empleo lícito y adecuado del gasto social.

Una segunda ventaja está dada por el carácter externo del tipo control ejercido. Dado que la iniciativa y el poder de reclamo se ponen en cabeza de los beneficiarios, la lógica de la garantía de derechos permite discutir situaciones de conflicto o de presunta irregularidad ante una instancia independiente e imparcial, que puede evaluar la razonabilidad de los reclamos y de las justificaciones a partir de un parámetro legal fijado previamente. Esto comporta ventajas claras frente a los otros dos mecanismos, cuyos inconvenientes paso a revisar.

En lo que hace al auto-control administrativo, las presiones institucionales hacia la auto-confirmación de la actuación de la Administración constituyen un grave obstáculo para confiar únicamente en ese mecanismo. Yo señalaría además dos factores que crean serios desincentivos para el auto-control administrativo, y que son típicos de nuestra región. El primero es el hecho de que el manejo discrecional de los recursos destinados a asistencia social ha sido la práctica generalizada en nuestros países, de modo que la “cultura” administrativa en esta materia no percibe mayor irregularidad o inadecuación en el manejo habitual que se hace de estos recursos. El segundo es la subordinación de los cuadros “técnicos” o “de carrera” –cuando éstos existen... – de la Administración a la “línea política”. Esta cuadro crea paradojas sumamente insatisfactorias: mientras los funcionarios o empleados técnicos o de

carrera son más proclives a detectar decisiones de asignación de recursos motivadas clientelar o políticamente, su subordinación jerárquica a funcionarios políticos –cuya conducta es más proclive a guiarse por criterios de lealtad o rédito político – genera fuertes desincentivos para ejercer cualquier tipo de control. Frente a ello, las ventajas de que quien tenga poder para presentar un reclamo o una queja, y poder para decidir el reclamo, sean ajenos a la administración, son evidentes.

En lo que hace a la persecución penal, bastaría con estudiar los resultados empíricos de haber generado figuras penales nuevas en áreas relacionadas con el empleo de recursos públicos para advertir que no se trata de una solución particularmente ágil ni eficaz. La escasa cantidad de condenas en la materia es reveladora de algunos de los rasgos típicos del sistema penal en general, en especial en países en desarrollo: la selectividad del sistema penal, que generalmente juega a favor de los sectores de ingresos medios y altos, y en contra de los más necesitados; la mejor predisposición de la justicia penal para funcionar en caso de delitos de sangre o delitos simples, que en delitos de cuello blanco, de mayor complejidad a efectos de la investigación y la prueba; el mayor acceso de los sectores tradicionalmente envueltos en estos delitos (sectores de ingresos medios y altos, con frecuencia profesionales, pertenecientes o vinculados a la clase política) a una defensa técnica de calidad en materia penal; la lentitud de los procedimientos penales, etcétera. La creación de nuevos tipos penales en materia de empleo indebido de recursos públicos sólo tiene efecto sobre los casos más escandalosos –que no son necesariamente los más graves desde el punto de vista de su impacto financiero–, y corre el riesgo de ser una expresión más de derecho penal simbólico,¹² que de un medio efectivo de disuasión y de castigo.

Ciertamente, también pueden señalarse desventajas en la estrategia de garantizar derechos como instrumento de garantía de transparencia y buen manejo de recursos públicos, en especial en materia social. Entre ellas podrían anotarse un potencial aumento de la conflictividad administrativa y judicial, como consecuencia de la habilitación del poder de reclamo de mayor cantidad de actores. La segunda sería una mayor interferencia de decisiones exteriores a la Administración en el manejo de programas y planes sociales, y en el funcionamiento de servicios públicos destinados a satisfacer derechos sociales –interferencia que podría redundar en una menor eficiencia en la gestión, mayores costos administrativos, o en el empleo de acciones administrativas o judiciales a efectos de “saltarse la cola” por parte de actores interesados, o que hacen un uso estratégico del poder de reclamo. La pregunta relevante es si estas posibles desventajas tienen suficiente peso como para determinar la limitación de los mecanismos de control a los tradicionales. Por mi parte, creo que el reforzamiento de los mecanismos de control tradicionales con la concesión de poder de reclamo a beneficiarios o potenciales beneficiarios mejora las posibilidades de disuasión, de modo que –de ser efectivo– sus costos pueden ser compensados por el “ahorro” que genere la corrección del uso indebido de recursos públicos a partir de la decisión de un decisor imparcial e independiente. Con respecto al segundo inconveniente, en rigor de verdad no se trata necesariamente de un inconveniente en aquellos casos en los que pueda demostrarse que la Administración actuó

¹² Sobre esta noción, ver (García Villegas, 1993, pp. 101-108; Díez Ripollés, 2002, pp. 63-97).

ilícitamente, o abuso de su poder discrecional, o actuó motivada por criterios partidistas o clientelares.

En todo caso, para prevenir abusos o un empleo frívolo de los mecanismos de reclamo, vuelvo a reiterar la conveniencia de tomarse en serio el juego de las distintas garantías a las que he hecho mención antes. Si los destinatarios de planes o programas sociales han sido escuchados y han tenido oportunidad de participar al momento de su elaboración e implementación; si las bases de esos programas están establecidas legalmente, de modo objetivo y general; si los criterios de actuación de la Administración han sido fijados claramente, las posibilidades de distinguir entre reclamos legítimos y reclamos frívolos son mucho mayores.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian Courtis (2003), "Acceso a la información y derechos sociales", en Víctor Abramovich, María José Añón, y Christian Courtis, (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, pp. 321-340.

_____ (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, pp. 19-64, 47-64 y 92-116.

_____ (2000), "El acceso a la información como derecho", en *Anuario de derecho de la Comunicación*, N° 1, Siglo XXI, Buenos Aires, pp. 223-255.

_____ (2006) *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 20-21 y 65-92.

Aragón, Manuel, (1995), *Constitución y control del poder: introducción a la teoría constitucional del control*, Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Cossío Díaz, José Ramón (2000), *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Fontamara, México, pp. 43-52 y 75-97.

Courtis, Christian (2006), "Los derechos sociales en perspectiva. La cara jurídica de la política social", en Ana Sojo y Andras Uthoff (comps.), *Desempeño económico y política social en América Latina y el Caribe. Los retos de la equidad, el desarrollo y la ciudadanía*, CEPAL-FLACSO-Fontamara, México, pp. 23-58.

Cruz Parceró, Juan Antonio (2001), "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró, y Rodolfo Vázquez, (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-UNAM, México, 2da. edición, pp. 89-112.

_____ (2007), "Derechos sociales: clasificaciones, normas, acciones y fines", en Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, pp. 71-99.

de Cabo Martín, Carlos (2002), *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, pp. 47-60.

Díez Ripollés, José Luis (2002) "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, enero-abril 2002, México, pp. 63-97.

Ferrajoli, Luigi (2003), "Estado social y estado de derecho", en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, pp. 11-21.

_____ (2000), "Garantías", en *Revista Jueces para la Democracia* N° 38, Madrid, julio, pp. 39-46.

_____ (1999), "Derechos fundamentales", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, pp. 37-72.

FUNDAR (2002), *Promesas que cumplir. El presupuesto público como herramienta para promover los derechos económicos, sociales y culturales*, Fundación Ford-FUNDAR, México.

García Villegas, Mauricio (1993), *La eficacia simbólica del derecho*, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, pp. 101-108

Gargarella, Roberto (2000), "Expresión cívica y 'cortes de ruta'", en Felipe González y Felipe Viveros, (eds.), *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales N° 10, Santiago, pp. 285-293.

_____ (2006a), *El derecho de resistir al derecho*, Miño y Dávila, Buenos Aires.

_____ (2006b), *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI, Buenos Aires.

Gavara de Cara, Juan Carlos (1994), *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Gidi, Antonio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.) (2003a), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México.

_____ (2003b), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México.

Genro, Tarso y de Souza, Ubiratán (1998), *El presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre*, EUDEBA- IEF CTA, Buenos Aires.

Guastini, Ricardo (1999), "Derechos", en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 185-186.

Jiménez Campo, Javier (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid.

Kirby, Michael (2003), "Indicators for the implementation of human rights", en Janusz Symonides, (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Ashgate-UNESCO, Aldershot, pp. 325-346.

Lo Vuolo, Rubén, Barbeito, Alberto, Pautassi, Laura y Rodríguez, Corina (2004, 2da.ed), *La pobreza... de la política contra la pobreza*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, capítulo VI.

Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 66-80.

Mkandawire, Thandika (2005), "Targeting and Universalism in Poverty Reduction", *Social Policy and Development – Paper No. 23*, United Nations research Institute for Social Development, Ginebra.

Pisarello, Gerardo (2004), "Los derechos sociales como derechos exigibles: virtualidades y límites de una consigna", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, FESPAD ediciones, San Salvador, pp. 363-386.

_____ (2003a), "El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, pp. 23-53.

_____ (2003b), *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria/Observatorio DESC, Barcelona, pp. 137-262.

_____ (2007), *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, pp. 80-87; 87-110 y 111-138.

Prieto Sanchis, Luis (2003), "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, pp. 217-260.

Rubio Llorente, Francisco (1993), "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)" y "Principio de legalidad", ambos en La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 319-332 y 333-367.

Tomasevski, Katarina (1995), "Indicators", en Eide Asbjørn, Catarina Krause y Allan Rosas, Economic Social and Cultural Rights. A textbook, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, pp. 389-401.

Villasante, Tomás y Garrido, Francisco Javier (orgs.) (2002), Metodologías y presupuestos participativos. Construyendo ciudadanía, Cimas-IEPALA, Madrid.

Proyecto de Protección de Programas Sociales Federales

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
www.undp.org.mx