

PROCEDIMIENTOS LOCALES Y PROGRESIVIDAD. EL MANDATO PARTICIPATIVO DE LOS DESC ¹

Juan Bautista JUSTO

SUMARIO: I. Introducción.- II. Las obligaciones características de los DESC. 1. Conducta debida por el Estado. Respeto, protección y cumplimiento. a) Obligación de respeto. b) Obligación de protección. c) Obligación de cumplimiento (aplicación). 2. Grado de satisfacción del derecho que resulta exigible. Obligaciones de resultado y de medios. a) Obligaciones de resultado. i) No discriminación. ii) Pisos mínimos esenciales de derechos. Obligaciones básicas. b) Obligaciones de medios. Progresividad.- III. Proyecciones procedimentales de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados. 1. Obligaciones de resultado y remedios eficaces. Secuelas procedimentales de la directiva de cobertura de niveles esenciales de cada derecho. 2. Obligaciones de medios y participación ciudadana genuina. Secuelas procedimentales de la directiva de progresividad.- IV. El impacto del mandato participativo de los DESC en el procedimiento administrativo. 1. Reconocimiento de la participación genuina como requisito de validez del trámite y su resultado. 2. Medidas positivas para asegurar una participación efectiva de los titulares de los DESC. Igualdad de armas. 3. Legitimación amplia de los

1 Este trabajo constituye una versión ampliada de la exposición brindada por el autor en el IV Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Los derechos humanos en el derecho local”, organizado por la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y llevado a cabo en esa ciudad los días 1º y 2º de noviembre de 2012.

titulares de los DESC para reclamar y/o cuestionar medidas públicas.- V. Conclusiones

I. Introducción

En este trabajo se plantea que el principio de progresividad -que caracteriza a una de las facetas centrales de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)- impone a los Estados el deber de asegurar la participación de los afectados en la formulación de las políticas públicas que inciden en ese tipo de derechos. Ello produce una expansión de la capacidad de esos sujetos para intervenir en los procesos de toma de decisiones estatales y cuestionar sus alcances, operando como un piso mínimo que los procedimientos locales deben respetar.

De esa forma, aspectos tales como la participación ciudadana, la legitimación y el diseño de los mecanismos estatales de toma de decisiones encuentran hoy un hilo conector en las principales tendencias globales y regionales en materia DESC, haciendo necesario que nuestra disciplina dé cuenta de ese impacto.

II. Las obligaciones características de los DESC

A lo largo de una veintena de Observaciones Generales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (CESCR) ha elaborado una visión sistematizada de la estructura de cada uno de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Ese análisis comienza por la descripción de las bases normativas y *contenido del derecho*, el cual se indaga a través de los componentes de *disponibilidad, calidad*

y *accesibilidad* -factor que se desagrega en accesibilidad física y económica, directiva de no discriminación y acceso a la información-², para luego delinear los rasgos centrales de las obligaciones asumidas por los Estados parte respecto de aquél. En este trabajo nos ocuparemos de esa segunda perspectiva.

1. *Conducta debida por el Estado. Respeto, protección y cumplimiento*

La clasificación de las obligaciones en esta materia atiende, por una parte, al *tipo de conducta debida por el Estado*. Ello nos permite identificar a las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento (aplicación), la cual se desagrega en los deberes de facilitar, promover y proveer.

a) *Obligación de respeto*

La obligación de respeto demanda que los Estados parte se abstengan de interferir directa o indirectamente con el disfrute del derecho de que se trate. Esa obligación incluye, entre otras, el deber de no incurrir en cualquier práctica o actividad que implique privar o limitar el acceso igualitario al derecho y va definiéndose en función de cada interés.

b) *Obligación de protección*

Esta obligación requiere que el Estado *prevenga la interferencia de terceros en el disfrute de cada derecho*. El concepto de terceros incluye a individuos, grupos, corporaciones y otras

2 CESCR, Observación General N° 15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, 2002, párr. 12; Observación General N° 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)*, 2000, párr. 12; Observación General N° 13, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, 1999; Observación General N° 11, *Planes de acción para la educación primaria (artículo 14 del Pacto)*, 1999, párr. 11; Observación General N° 4, *El derecho a una vivienda adecuada (artículo 11 del Pacto)*, 1991, entre otras.

entidades, así como a los agentes que actúan bajo la autoridad pública. Proteger implica, así, diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto la realización de conductas lesivas³.

c) Obligación de cumplimiento (aplicación)

Esta obligación puede ser desagregada en las obligaciones de *facilitar*, *promover* y *proporcionar*. La obligación de facilitar supone que el Estado adopte medidas positivas tendientes a asistir a los individuos y grupos en el disfrute del derecho. Promover implica que el Estado debe llevar adelante medidas educativas y de concientización sobre los modos de satisfacción del derecho. Por último, el Estado tiene la obligación de proporcionar el derecho cuando los individuos o grupos se encuentran imposibilitados, por razones ajenas a su control, de realizarlo por sí mismos con los medios a su disposición⁴.

2. Grado de satisfacción del derecho que resulta exigible. Obligaciones de resultado y de medios

De forma paralela, el segundo criterio de clasificación atiende al *grado de satisfacción del derecho que resulta exigible*, lo cual lleva a deslindar las obligaciones *básicas* -que son aquellas de exigibilidad inmediata y que procuran asegurar un grado mínimo de disfrute de derechos elementales- de las obligaciones *progresivas*, que se cumplen demostrando la adopción de medidas eficaces tendientes al logro gradual del objetivo convencional. Para acreditar el cumplimiento de las obligaciones

3 CESCR, Observación General N° 14, cit., párr. s 33 y 59; Observación General N° 5, *Personas con discapacidad*, 1994, párr. 11. En igual sentido, CSJN, “Hermosa”, 2007, *Fallos*, 330:2774, voto disidente de los jueces ZAFFARONI y LORENZETTI, cons. 6; “R., M. J.”, del 19 de febrero de 2008, C. 1195. XLII, cons. 7 y 8.

4 CESCR, Observación General N° 12, *El derecho a alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*, 1999, párrs. 15 y 23.

progresivas los Estados deben demostrar que han tomado de buena fe las medidas necesarias y factibles encaminadas a la plena realización del derecho en juego. Esto significa que esas obligaciones son *de medios*. Por el contrario, las obligaciones básicas son *de resultado*: el Estado no puede justificar en ninguna circunstancia su falta de acatamiento y por ende toda situación que implique ausencia de disfrute de ese núcleo esencial del derecho configura una violación al Tratado ⁵.

a) Obligaciones de resultado

i) *No discriminación*

El deber de garantizar -y no simplemente procurar- que el ejercicio de los derechos protegidos se desarrolle sin discriminación es una obligación que produce efectos inmediatos y conlleva la supresión inmediata de toda práctica estatal contraria a la igualdad ⁶.

ii) *Pisos mínimos esenciales de derechos.*

Obligaciones básicas

Independientemente del deber de adoptar medidas, “corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar

5 Como se ha explicado, la existencia de un contenido básico en los DESC es una consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. No habría justificación para elevar un “reclamo” a la condición de “derecho” (con todas las connotaciones que este concepto tiene) si su contenido normativo pudiera ser tan indeterminado que permitiera la posibilidad de que sus titulares no puedan exigir nada en concreto. Cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual debe considerarse que un Estado viola sus obligaciones (ALSTON, Philip, “Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social And Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, N° 3, 1987, agosto). Para nuestra Corte Federal, “hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos” (CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Q. 64. XLVI; RHE; 24/04/2012).

6 CESCR, Observación General N° 18, *El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto)*, 2005, párr. 31.

la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”⁷, extremo en el cual se dirime en gran parte la razón de ser del PIDESC. En ese punto, ha de tenerse en cuenta que “para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”⁸.

De modo que el Estado debe demostrar inmediatamente que ha logrado asegurar el disfrute de niveles mínimos de cada derecho⁹. No alcanza con alegar que ha tomado medidas tendientes a ello sino que debe exponer resultados y si invoca la imposibilidad material de hacerlo por falta de recursos le cabe acreditar que ha priorizado esa obligación al aplicar los que posee.

b) Obligaciones de medios. Progresividad

En forma paralela al deber de exponer logros básicos -como son la ausencia de discriminación y la cobertura de niveles *esenciales* de disfrute de cada derecho- el artículo 2.1 del PIDESC obliga en forma inmediata a adoptar medidas que deben funcionar como un camino adecuado para lograr paulatinamente la *plena* efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

7 CESC, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados parte* (párr. 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, párr. 10. v. CHOWDHURY, Joie, “Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights-A Comparative Perspective”, *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, Paper 27, 2009.

8 CESC, Observación General N° 3, cit., párr. 10.

9 CESC, Observación General N° 15, cit., párr. 40; Observación General N° 14, cit., párrs. 43 y 47.

El deslinde entre las obligaciones de resultado y las de medios reside, de esa forma, en la noción de *plenitud del goce de los derechos*, comprometiendo al Estado a seguir en simultáneo dos cursos de acción diferentes: i) logro -inmediato- de un nivel esencial de acceso a los derechos y, ii) adopción -inmediata- de medidas que permitan llegar gradualmente a la plenitud de ese acceso.

Ambos cursos de acción son exigibles sin dilaciones, pero en el primer supuesto la obligación se cumple garantizando esa cobertura básica, aun cuando no sea plena, mientras que en el segundo se satisface poniendo en marcha medidas tendientes a la plenitud en el ejercicio de los derechos, pese a que no ofrezcan resultados inmediatos ¹⁰.

En la lógica de esta Convención, *el goce mínimo de los derechos protegidos es un logro actual y el pleno uno futuro derivado de políticas actuales*.

Al respecto el CDESCR ha dicho que el concepto de *progresiva efectividad* constituye un reconocimiento del hecho de que la *plena efectividad* de todos los DESC en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como privando a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general del PIDESC, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena realidad de los derechos de que se trata. Impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible

10 Sobre esta distinción ver CA Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo", 18 de julio de 2007.

con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto que configuren un supuesto de regresividad requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga ¹¹.

Las violaciones a la obligación de encaminarse gradualmente hacia la plenitud de los DESC pueden darse tanto por acción como por omisión. Para determinar cuáles acciones u omisiones configuran una violación es necesario distinguir entre la *imposibilidad* y la *falta de voluntad* del Estado en cumplir sus deberes. Un Estado que no desea utilizar el máximo de sus recursos disponibles para la realización del derecho incurre en violación al PIDESC. Por el contrario, si las restricciones de recursos hacen imposible al Estado dar pleno cumplimiento a sus obligaciones, aquél tiene la carga de justificar que se han realizado todos los esfuerzos tendientes a la utilización de todos los recursos disponibles a fin de satisfacer de modo prioritario los compromisos asumidos.

El criterio de máxima utilización de recursos disponibles se transforma, de ese modo, en un componente esencial de la consistencia del obrar estatal con sus obligaciones internacionales en el marco de la progresividad. El Estado debe acreditar de forma fehaciente -esto es, mediante una descripción clara del reparto de fondos públicos- que ha cumplido con esa máxima asignación hacia el ámbito de los DESC. Los gastos superfluos del Estado no generan ya un problema de distorsión del sistema republicano, sino que resultan incompatibles con este deber.

Es más, la obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos y requiere, por

11 CECR, Observación General N° 3, cit., párr. 9. Sobre las complejidades de este punto, ver SKOGLY, Sigrun, "The Requirement of Using the 'Maximum of Available Resources' for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?", *Human Rights Law Review*, Vol. 12, N° 3, 2012.

el contrario, una utilización *eficiente* de los fondos de que se disponga. Cuando un gobierno orienta incorrectamente los recursos -por ejemplo desatendiendo aquellas inversiones que permiten reducir erogaciones prevenibles- ¹² incurre en incumplimiento al deber establecido en el art. 2.1 del PIDESC. De otro modo, la fórmula normativa en materia de progresividad quedaría vacía de contenido.

III. Proyecciones procedimentales de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados

Pese a la contundencia de las normas e interpretaciones que brindan sustento a los DESC, su internalización por parte de los Estados es todavía incipiente en los hechos. Ello quizás responda a la histórica tendencia a relegar a los derechos sociales frente a los civiles y políticos, lo cual ha tomado forma, especialmente, en la idea de una mayor laxitud de las obligaciones jurídicamente exigibles frente al Estado y -correlativamente- en una menor eficacia de los instrumentos judiciales y administrativos de tutela. Como resultado de esa concepción,

12 Por ejemplo, se ha estimado que las pérdidas económicas producidas en América Latina por la falta de servicios de agua potable y saneamiento ascienden a 29 billones de dólares anuales (PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*) y que el acceso universal a ambos servicios combinados podría generar beneficios para los países de la región del orden de los 2.2 a los 69.2 billones de dólares anuales -según cuáles sean la escala de la inversión y las tecnologías utilizadas- con una rentabilidad estimada de 5 a 20 dólares por cada dólar invertido (HUTTON, Guy y HALLER, Laurence, *Evaluation of the Costs and Benefits of Water and Sanitation Improvements at the Global Level*, Water, Sanitation and Health Protection of the Human Environment, WHO, Geneva, 2004). La reducción de erogaciones estatales en el tratamiento de enfermedades causadas por la carencia de ese acceso, la disminución de la mortalidad infantil, mayor productividad de los adultos y una mejor asistencia de los niños a las escuelas (sumados a otros beneficios no cuantificables en dinero), hacen de la inversión en saneamiento y agua potable una de las alternativas estatales más eficientes. Esos datos permiten afirmar que la postergación de la inversión en estos servicios por la priorización de otros destinos presupuestarios no esenciales viola el art. 2.1 del PIDESC.

existe una importante brecha entre los mandatos internacionales y la realidad de su implementación a nivel doméstico.

La línea de análisis aquí expuesta se ocupa de los mecanismos que permiten reducir esa brecha y naturalmente el procedimiento administrativo juega un rol central frente a ese desafío. El primer dato relevante para ello es que el catálogo de obligaciones que se desprende de los instrumentos de protección de los DESC se transforma en derechos directamente exigibles a nivel nacional. Algunos de ellos son imperativos, automáticos e inderogables y su falta de satisfacción activa por sí sola una violación que debe ser conjurada tanto interna como internacionalmente. Otros generan en el Estado el desplazamiento de la carga de la prueba de haber destinado el máximo de recursos disponibles para justificar su falta de satisfacción.

¿De qué forma impacta la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en el procedimiento administrativo?

En el caso de las obligaciones de resultado el factor determinante en materia de actuaciones administrativas pasa a ser la puesta a disposición de la persona de *remedios eficaces para asegurar el nivel esencial del derecho*, mientras que en materia de obligaciones de medios aparece como eje la *participación ciudadana genuina en la elaboración de estrategias y programas*, que es el contenido típico de esas obligaciones a la luz de la progresividad. Esta distinción no se traduce en compartimientos estancos, debiendo considerarse a ambos abordajes como complementarios, idea a partir de la cual tanto la eficacia de los remedios actuales para el aseguramiento del estándar mínimo del derecho, como la participación ciudadana en el diseño de estrategias y programas hacia su plenitud se conjugan en una acción gubernamental única a favor del acatamiento de los compromisos convencionales.

De acuerdo a lo dicho, los mecanismos gubernamentales encaminados a la materialización del PIDESC deben atender al siguiente dato: ante las obligaciones básicas el acento reside en la eficacia de los remedios que provee el ordenamiento, mientras que ante la directiva de progresividad la parti-

cipación genuina de los afectados en el diseño de programas, formación de reglamentos, contrataciones y demás decisiones relevantes se erige como el rasgo característico.

De manera que, si bien los modos de implementación de las medidas exigidas por el PIDESC varían de país a país, la directiva esencial consiste -de acuerdo con el artículo 2.1- en utilizar todos los medios para poner en práctica sus obligaciones. Ello incluye medidas legislativas, diseño y ejecución de políticas y programas, actividades de monitoreo a través de indicadores y puntos de referencia y otorgamiento a los ciudadanos de remedios adecuados para la tutela de los derechos, a la par que el establecimiento de mecanismos de *accountability* o rendición de cuentas. Esta gama de herramientas atraviesa en su totalidad a los componentes de la actividad administrativa, confirmando el rol capital que cabe a esta organización en la materia.

Es en ese marco que de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado se deriva un diferente enfoque procedimental. Como dijimos, en el caso de las obligaciones de resultado el factor determinante será la presencia de *remedios eficaces para asegurar el nivel esencial del derecho*, mientras que en materia de obligaciones de medios el eje residirá en la *participación ciudadana genuina en la elaboración de estrategias y programas*. Este trabajo se centra en esa segunda esfera.

1. *Obligaciones de resultado y remedios eficaces.*

Secuelas procedimentales de la directiva de cobertura de niveles esenciales de cada derecho

Cuando estamos ante una obligación de resultado, esto es, la satisfacción inmediata de un nivel mínimo del derecho o la garantía de no discriminación, lo relevante pasa a ser la eficacia de los remedios que ofrece el ordenamiento para obtener ese margen básico e inderogable de acceso al derecho. La efectividad inmediata en la satisfacción de ese grado esencial del derecho es el eje fundamental de los mecanismos de gestión

administrativa, en tanto el contenido esencial del mandato en juego es la obtención del logro y en consecuencia, en ese plano debe ponerse el acento al momento de diseñar herramientas procedimentales ¹³.

2. *Obligaciones de medios y participación ciudadana genuina. Secuelas procedimentales de la directiva de progresividad*

Cuando no nos hallamos ante una obligación básica de resultado, sino ante el deber -de medios- de poner en marcha estrategias encaminadas a la futura plenitud del derecho ¹⁴, la obtención inmediata del logro estatal se ve relativizada por la propia naturaleza del mandato convencional en juego. Sin embargo, esa característica traslada la atención del intérprete

13 Para un desarrollo más amplio de la temática ver GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A.-JUSTO, Juan B. (col.), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

14 La jurisprudencia constitucional colombiana ha recalcado que los DESC obligan al Estado a elaborar y poner en marcha políticas públicas encaminadas a su satisfacción que cumplan tres condiciones: **a)** La primera es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, cuando ni siquiera se cuenta con un plan para cumplirla progresivamente; **b)** La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. No puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se violan los DESC cuando existe un plan o un programa pero se constata que sólo está escrito y no en ejecución, o bien cuando su aplicación es indiferente para los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho o se ve diferida indefinidamente; **c)** La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan que no abra espacios de participación para las diferentes fases, o que éstos sean ino-cuos o contemplen una participación intrascendente (CC Colombia, sentencias T-418 de 2010 y T-595 de 2002).

hacia la participación genuina de los afectados en el diseño de esas políticas.

Dicho de otro modo, si frente a las obligaciones de resultado el rasgo preponderante desde la óptica procedimental reside en la eficacia de los remedios administrativos y judiciales para proveer satisfacción inmediata al derecho en su faz esencial, frente a las de medios, la directiva jurídica esencial estriba en la participación de los afectados.

Esto es así porque -dentro de las formas de reducir la brecha entre los mandatos internacionales y el accionar de las autoridades nacionales- el PIDESC se destaca por ofrecer una perspectiva democratizadora (propia del Enfoque del Desarrollo basado en los Derechos Humanos)¹⁵ diferente a la de otros

15 El Enfoque del Desarrollo basado en los Derechos Humanos (EBDH) busca integrar a los derechos consagrados en los Tratados de derechos humanos en las estrategias de crecimiento. Para ello no sólo centra su mirada en los resultados del desarrollo, sino que presta especial atención a los procesos por los cuales aquél se logra, procurando que sean participativos, no discriminatorios y que sus destinatarios dejen de ser meros receptores pasivos de decisiones tomadas en su nombre para convertirse en ciudadanos activos. Se entiende que la aplicación del EBDH conduce a mejores y más sostenibles resultados de desarrollo humano y ayuda a resolver los conflictos entre las partes interesadas. El valor agregado de este abordaje pasa por los siguientes factores: **a)** Empoderamiento: al encuadrar el desarrollo bajo los estándares de los Tratados de derechos humanos, lo que antes era concebido como “necesidades” ahora es entendido como derechos exigibles y la caridad se transforma en cumplimiento de obligaciones internacionales. Este cambio de mirada es fundamental para promover un rol activo de los sectores afectados; **b)** Rendición de cuentas: este aspecto marca un rasgo distintivo del EBDH. Todos los estamentos involucrados en las estrategias de desarrollo -locales, nacionales, regionales e internacionales- deben dar cuenta del modo en que cumplen sus deberes en materia de derechos humanos y, **c)** Participación: el EBDH asigna un valor estratégico fundamental a la participación activa, significativa y libre de la sociedad civil, comunidades, minorías, pueblos indígenas, mujeres y demás sectores cuyas voces han sido tradicionalmente excluidas de los debates sobre desarrollo. En oposición al enfoque usual, en el que los requerimientos de los grupos vulnerables eran identificados sin su intervención, el EBDH postula que sean esos sectores quienes participen en la determinación de sus propios objetivos de desarrollo y se involucren en forma directa en diseñar e implementar los proyectos necesarios para su consecución. Las organizaciones nacionales e internacionales pasan de ser los “ejecutores” de los programas de desarro-

Tratados, desde que no sólo establece la necesidad de brindar a las personas mecanismos para reclamar la cobertura de los pisos mínimos, sino que también hace hincapié en la necesidad de una apertura a la participación ciudadana como vía para alcanzar la meta de la plena satisfacción de los DESC.

Esta perspectiva se materializa en la propia estructura de los mandatos convencionales, que parte de reconocer a la progresividad como un rasgo preponderante y acentúa con ello la imperatividad del diseño inmediato de estrategias nacionales encaminadas al logro gradual de la plena satisfacción de estos derechos. Justamente, al momento de diseñar y aplicar esas estrategias, las autoridades deben asegurar que sus acciones se llevan a cabo de acuerdo con la ley y el Pacto, lo cual comprende la oportunidad de una genuina participación de los afectados que debe viabilizarse por medio de la previa y plena divulgación de la información relevante sobre las medidas pretendidas.

En fin, el PIDESC establece la obligación estatal de garantizar procedimientos participativos respecto de la emisión de normas sobre planes vinculados con un determinado derecho, actos administrativos y contrataciones públicas.

IV. El impacto del mandato participativo de los DESC en el procedimiento administrativo

El mandato de participación genuina inherente a la progresividad se traduce en la fijación de una serie de *pisos mínimos para los procedimientos locales*¹⁶:

llo a ser sus “facilitadores”. Eso conlleva un sentido de pertenencia de parte de los destinatarios que propicia una mayor sustentabilidad de los proyectos. (FILMER-WILSON, Emilie, “The Human Rights-Based Approach to Development: The Right to Water”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 23, Issue 2, 2005).

16 V. JUSTO, Juan B., “El procedimiento administrativo en Neuquén y el valor de las experiencias locales”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 383, septiembre 2010.

1. *Reconocimiento de la participación genuina como requisito de validez del trámite y su resultado*

De acuerdo al PIDESC, la participación de los afectados actuales y potenciales debe ser un *componente integral* de cualquier programa o estrategia que se adopte en ese campo. En consecuencia, la existencia de instancias participativas directas de los titulares de los DESC no es ya una alternativa discrecional de las autoridades, sino un requisito autónomo de validez de los procedimientos y de la decisión que de ellos surja.

Ahora bien, la incorporación de los afectados a los procesos de toma de decisiones no viene dada solamente por exigencias jurídicas, sino porque promueve esquemas más eficientes para el diseño e implementación de las estrategias encaminadas a los sectores más desaventajados. La falta de una participación adecuada ha sido una característica preocupante de muchos procesos nacionales de reducción de la pobreza y -contrariamente a ello- las normas de derechos humanos requieren la formulación inclusiva de políticas públicas y planes de desarrollo, pues implican ubicar a los afectados en el papel de titulares de derechos exigibles y no de meros receptores de políticas discrecionales. Su intervención es crucial en todas las fases del ciclo de planificación, desde el diagnóstico y la fijación de objetivos, pasando por la formulación de respuestas y la ejecución, hasta llegar al seguimiento y la evaluación.

Así, aunque podrían y deberían dedicarse más recursos a los DESC, es mucho más lo que puede hacerse con los fondos actuales mediante intervenciones mejor orientadas y ajustadas a las obligaciones que corresponden a los derechos humanos. Una mayor transparencia y una mejor coordinación pueden contribuir a un diagnóstico más preciso de las necesidades de las personas y -consecuentemente- a una mayor eficacia de las medidas que se adopten. La plena participación es fundamental para dar a las comunidades soluciones que respondan a las necesidades reales y sean asequibles, técnicamente viables y culturalmente aceptables.

2. *Medidas positivas para asegurar una participación efectiva de los titulares de los DESC. Igualdad de armas*

Teniendo en cuenta que la participación debe ser efectiva y que los titulares de DESC afectados por la medida pertenecen en la mayoría de los casos a grupos vulnerables excluidos de las instancias de debate público, el Estado debe adoptar las medidas positivas que sean necesarias para que su intervención no sea meramente nominal, para sumar realmente a esas personas a la discusión.

Desde la perspectiva de paridad participativa ¹⁷, el valor de los DESC reside en promover la inclusión de voces, la participación ciudadana genuina. No se trata de simple asistencia, de pasividad, sino de intervención tangible de los afectados. La participación tiene un rol tan decisivo en este campo que no alcanza con que el Estado se abstenga de obstaculizarla. Es necesario que la autoridad pública ponga en práctica medidas de acción positiva para promover la participación de los afectados en la toma de decisiones vinculadas con los DESC. El Estado debe “ir a buscar” a las personas, tanto al grupo especialmente protegido que se intenta favorecer, como al que se ve perjudicado por la medida.

De esa manera, no es suficiente que el Estado se abstenga de retacear la intervención directa -no mediada- de la gente en los asuntos públicos sino que es necesario fomentarla activamente. Se trata de establecer medidas encaminadas a revertir las deficiencias que una visión meramente pasiva de la participación ¹⁸, conjugada con la presencia histórica de grupos menos aventajados o directamente excluidos de ella, produ-

17 FRASER, Nancy, “Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation”, en FRASER N.-HONNETH, A., *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, Essex, 2003.

18 De igual modo, esas medidas positivas incluyen un rol activo en el acceso a la información. No se trata simplemente de entregar información a pedido de parte sino de recopilarla y difundirla de oficio.

ce de cara a garantizar que se escuchen todas las voces sin discriminación alguna. Si el Estado no promueve la inclusión incurre en discriminación por omisión ¹⁹.

En este punto cobra una especial relevancia el principio de igualdad de armas, que requiere que se brinde a cada parte de un procedimiento una oportunidad razonable de exponer su posición en condiciones que no la ubiquen en una *sustancial desventaja frente a su oponente* ²⁰, demandando la existencia de un *adecuado equilibrio* entre las partes.

En el plano de los sistemas universales de protección de Naciones Unidas este principio se conoce como igualdad de medios procesales y asegura que las partes de un procedimiento sean tratadas sin discriminación alguna. Esa igualdad de medios conlleva que todas las partes deban gozar de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el particular. Paralelamente, también requiere este principio que se otorgue a cada parte

19 V. KENNEDY, Duncan, “Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000” en TRUBEK, David-SANTOS, Alvaro (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, New York, 2006; DUDZIAK, Mary, *Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2000; TAMANAHA, Brian Z., “The Dark Side Of The Relationship Between The Rule Of Law And Liberalism”, *NYU Journal of Law & Liberty*, Vol. 33:516 (2008); HEINZE, Eric, “Truth and Myth in Critical Race Theory and LatCrit: Human Rights and the Ethnocentrism of Anti-Ethnocentrism”, *National Black Law Journal* (Columbia Law School), Vol. 20:2 (2008); DELGADO, Richard, “Two Ways to Think About Race: Reflections on the Id, the Ego, and Other Reformist Theories of Equal Protection”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 89:2279 (2008); “Of Cops And Bumper Stickers: Notes Toward A Theory Of Selective Prosecution”, *Syracuse Law Review*, Vol. 57:175 (2007).

20 SSTEDH, “Dombo Beheer B.V. v. Países Bajos”, 27 de octubre de 1993; “Mitkus v. Latvia”, 2 de octubre de 2012, párr. 113; “Ankerl v. Suiza”, 23 de octubre de 1996, párr. 38; “Nideröst-Huber v. Suiza”, 18 de febrero de 1997, párr. 23; “Kress v. Francia”, 7 de junio de 2001, párr. 72; “Gorraiz Lizarraga v. España”, 27 de abril de 2004, párr. 56.

la oportunidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la contraria ²¹.

En el plano americano también se ha recurrido a esta noción, pero desde un lugar especialmente valioso para nuestro análisis, en la medida en que la enfoca bajo el prisma de las *obligaciones positivas del Estado*.

En efecto, la Corte Interamericana ha perfilado a la igualdad de armas como aquel principio que obliga al Estado a introducir en las diferentes facetas del proceso las *medidas compensatorias de la desigualdad real* que pueda existir entre las partes. El concepto no se limita, de este modo, al deber de no *generar* desigualdades sustanciales entre los oponentes, sino de *resolver las existentes* como producto de factores económicos, sociales o de cualquier otra índole.

La igualdad de armas tiene, así, en el ámbito americano la función de imponer el establecimiento de factores de corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal ²². Ese propósito se ha delineado a partir de cuatro directivas ²³:

a) Para que exista debido proceso legal la persona debe contar con la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con su oponente y con otros ciudadanos en general. La igualdad debe predicarse, de esta forma, no sólo del vínculo inter-partes, sino también de la posición de aquéllas frente a los terceros en general.

21 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, *Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 2007, párrs. 8 y 13.

22 Corte IDH, OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 2003. Voto razonado concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 18 y ss.

23 Corte IDH, OC-16/99, *cit.*, párrs. 117-119.

b) Para poder hablar de verdaderas garantías, la persona cuyo derecho se encuentra bajo consideración debe tener a su disposición herramientas procedimentales que sirvan -en la práctica- para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio del derecho.

c) En función de lo anterior, para alcanzar sus objetivos el proceso estatal debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones se encuentran sujetos a la decisión de la autoridad pública. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y a la correlativa prohibición de discriminación.

d) La forma de cumplir con el mandato de resolución de esas desigualdades y evitar con ello un supuesto de discriminación por omisión, consiste en la adopción de medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existen esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, no podrá decirse que quienes se encuentran en desventaja se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esos obstáculos.

En definitiva, el mandato participativo reclama medidas de compensación de la desigualdad real, de modo de asegurar una intervención eficaz de los afectados.

3. Legitimación amplia de los titulares de los DESC para reclamar y/o cuestionar medidas públicas

Todos aquellos que se verán afectados en sus DESC por una decisión pública o su ausencia deben contar con facultades para intervenir y cuestionar su formulación, o la falta de aquélla. El mandato participativo del PIDESC reclama, así, una legitimación administrativa y judicial amplia a fin de cuestionar eficazmente la omisión o acción estatal en lo relativo a la adopción de medidas que afecten esos derechos de forma directa o indirecta. Especialmente si aquéllas implican vulnerar, restringir, retroceder en el grado de protección o no

remover los obstáculos para el goce de los derechos establecidos en el PIDESC y en el Protocolo de San Salvador. Esta composición lleva a propiciar una acepción “expansiva” de la noción de “afectado” establecida en nuestro ordenamiento doméstico (art. 43 CN).

De esa forma, cualquier persona protegida por el régimen supranacional tiene derecho a exigir -en un caso concreto- que el programa, reglamento, previsión presupuestaria ²⁴ o la contratación ²⁵ pública en juego se constituyan en un instrumento eficaz de tutela, lo cual en esta esfera se resume en la máxima utilización de recursos hacia el desarrollo progresivo de los DESC ²⁶. En consecuencia, los titulares de DESC insatisfechos cuentan con legitimación para impugnar las medidas estatales que se traducen en un incumplimiento al mandato de la máxima utilización de recursos disponibles, sea por una inadecuada orientación de recursos como por su ineficiente utilización.

24 BLYBERG, Ann, “El Caso de la Asignación Incorrecta: Derechos Económicos y Sociales y el Trabajo Presupuestario”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 6, N° 11, 2009; NOLAN, Aoife, “Budget Analysis and Economic and Social Rights” en RIEDEL y otros, *Economic, Social and Cultural Rights: Contemporary Issues and Challenges*, OUP, en prensa. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1905542>

25 CNFedCont.Adm., Sala I, “Torello, Susana T. c/Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, 02/02/2000. v. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, FDA, Buenos Aires, 2009, cap. III.

26 En materia de contrataciones públicas, esa participación tendrá una especial relevancia si se la combina con el consolidado criterio de la Corte Federal que sujeta la validez y efectos de los contratos administrativos al estricto acatamiento del principio de juridicidad y al respeto de las pautas procedimentales derivadas de aquél para su celebración (CSJN, “S.A. Organización Coordinadora Argentina”, 1998, *Fallos*, 308:618 y 316:382; “Carl Chung Ching Kao”, 2001, *Fallos*, 324:3019; “Mas Consultores”, 2000, *Fallos*, 323:1515; “Servicios Empresarios Wallabies S.R.L.”, 2000, *Fallos*, 323:1841; “El Rincón de los Artistas S.R.L.”, 2003, *Fallos*, 326:3700; “Punte”, 2006, *Fallos*, 329:809, “Cardiocorp S.R.L.”, 2006, *Fallos*, 329:5976, entre otros).

Naturalmente, la intervención plena en el proceso de toma de la decisión es con todas las garantías (arts. 18 CN y 8 -25 CADH) y debe ser oportuna, esto, es, previa a la resolución; estar precedida por la plena divulgación de la información relevante sobre las medidas pretendidas y otorgar a los afectados medios de protección útiles. Estas exigencias brindan cabida constitucional, entre otros, a los mecanismos de elaboración participativa de normas y jerarquizan al acceso a la información pública como precondition de para cualquier instancia participativa genuina.

V. Conclusiones

Entre los variados cambios que producen, los DESC nos obligan a repensar el diseño de los procedimientos estatales. Para ello tenemos que tener en cuenta las siguientes referencias:

1) Los DESC crean dos tipos genéricos de obligaciones en cabeza del Estado con proyecciones procedimentales diferentes: a) asegurar pisos mínimos de acceso a los derechos sin discriminación, donde el eje pasa por la disponibilidad de remedios eficaces para reclamar ese acceso, y; b) adoptar medidas concretas encaminadas a lograr progresivamente la plenitud de su disfrute, donde el eje pasa por la participación de los afectados en su diseño e implementación.

2) Esa segunda vertiente de análisis se traduce en la ampliación de la capacidad de intervención de los titulares de DESC en el diseño de los programas estatales y en su revisión. Los procedimientos locales deben receptar esa ampliación para mantener consistencia con los requerimientos internacionales. Las instancias participativas y la legitimación amplia no constituyen ya alternativas discrecionales sino mandatos convencionales imperativos.

3) El enfoque procedimental basado en los DESC es especialmente importante porque, aún hoy, tanto la creación como el diseño y condiciones de los programas destinados a los grupos más vulnerables se siguen emprendiendo como cuestiones

deferidas enteramente a la voluntad de la Administración de turno. Contrariamente a esa lectura, a medida que avanzamos en indagar el impacto de los DESC en el Derecho doméstico, ese abordaje comienza a erosionarse. Cuando asumimos que no estamos ante opciones jurídicamente neutras de la autoridad, sino ante medidas y acciones exigibles por los afectados, cuando dejamos de pensar a estos planes desde un Estado asistencial y paternalista y comenzamos a concebirllos desde un Estado fiduciario y obligado por los derechos, el campo de la intervención administrativa cambia y la discrecionalidad se reduce sustancialmente. Se trata de abandonar la visión que ubica a los pobres como simples receptores pasivos de prestaciones y servicios predefinidos sin su intervención, para erigirlos como agentes con una participación esencial en la identificación de sus necesidades y la conformación de sus condiciones de vida.

4) Al final de cuentas, el mandato participativo de los DESC tiene una función estratégica decisiva: obliga a incluir en la agenda y el discurso institucional prevaleciente a los intereses de los individuos y grupos más vulnerables de la comunidad y con ello promueve la visibilidad de los desplazados y la incorporación de su voz en los procedimientos gubernamentales de toma de decisiones. Cuando empezamos a concebir a la protección y participación de esas personas como materias jurídicamente exigibles a la Administración y no como simples alternativas discrecionales, el campo iuspublicístico se abre a importantes cambios.