

REPENSANDO LA TUTELA JUDICIAL
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES
POR LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
DERECHOS PRESTACIONALES
EN EMERGENCIAS HUMANITARIAS
COMPLEJAS

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo
en la Universidad Central de Venezuela
y la Universidad Católica Andrés Bello.
Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha.
Visiting Fellow, Escuela Kennedy
de la Universidad de Harvard

Resumen: Estudio respecto a los derechos económicos, culturales, sociales y ambientales, sus implicaciones en lo que se refieren a su incorporación en el Derecho Constitucional y la protección que deben recibir a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuando sean desatendidos por los Estados.

Palabras clave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derechos humanos. Protección. Igualdad. Crisis humanitaria.

Summary: Study of the implications of the inclusion of economic, cultural, social and environmental rights in Constitutional Law and the protection that shall be granted by the Inter-American System of Human Rights when these rights are disregarded by States.

Key words: Inter-American System of Human Rights. Human Rights. Protection. Equality. Humanitarian Crisis.

Recibido: 27 de julio de 2020

Aceptado: 30 de julio de 2020

SUMARIO

Introducción

- I. Los DESCAs como derechos de igualdad
- II. El reconocimiento internacional de los DESCAs en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- III. La protección jurisdiccional de los DESCAs por la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- IV. La protección jurisdiccional de los DESCAs y las Administraciones Públicas
- V. Los DESCAs y las fallas en la capacidad estatal. El caso de las emergencias humanitarias complejas
- VI. Recapitulación

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos distintivos del Derecho Constitucional en Latinoamérica es el extenso reconocimiento de derechos económicos, culturales, sociales y ambientales (DESCA). Aun cuando estos derechos comenzaron a ser incorporados al Derecho Constitucional a resultas del advenimiento de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, lo cierto es que en Latinoamérica han formado parte del -así llamado- "neoconstitucionalismo"¹, en lo que se denominó *Ius Constitutionale Commune*.² Esto ha influenciado al Derecho Internacional, en especial, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debido al reconocimiento de los

1 Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, edición de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Trotta, Madrid, 2007.

2 Von Bogdandy, Armin, "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", en *Revista Derecho del Estado* N° 34, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss.

DESCA, incluso, como derechos tutelables por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³.

En el merecido homenaje a Pedro Nikken, hemos querido formular algunas breves reflexiones críticas en torno al sistema de protección jurídica de los DESCAs ante la Corte, a los fines de advertir sobre la necesidad de repensar tal sistema, considerando cómo las fallas en la capacidad estatal pueden limitar la efectividad de esa tutela judicial y, con ello, la implementación efectiva de los DESCAs. La base de esta propuesta reside en la necesidad de diferenciar entre las instituciones formales asociadas a la protección de los DESCAs -el conjunto de reglas que desde el Derecho Internacional reconocen y protegen a tales derechos- y las instituciones informales que existen en la práctica, como resultado de fallas en la capacidad estatal, comunes por lo demás en Latinoamérica, y que en casos extremos pueden degenerar en emergencias humanitarias complejas.

I. LOS DESCAs COMO DERECHOS DE IGUALDAD

Los DESCAs se corresponden a una categoría de derechos subjetivos que comienza a surgir en el constitucionalismo a mediados del siglo XX, con la expansión de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. En estricto sentido, los DESCAs son derechos prestacionales, en tanto su satisfacción requiere de prestaciones a cargo de terceros, en concreto, a cargo del sector privado y del sector público. Empero, su utilidad práctica radica en su consideración de derechos públicos subjetivos, o sea, derechos exigibles frente al Estado, quien debe

3 Sin perjuicio de lo señalado más adelante, vid. Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2017.

garantizar la satisfacción de necesidades humanas asociadas a tales derechos⁴.

La fundamentación de estos derechos prestacionales se encuentra en el principio de igualdad, rasgo distintivo del Estado social. En efecto, el propósito de los derechos prestacionales es asegurar el acceso a bienes y servicios considerados esenciales, más allá de las condiciones materiales en las cuales se encuentran los ciudadanos. Por ello, los derechos prestacionales están llamados a transformar esas condiciones materiales, asegurando el acceso a estos bienes y servicios en igualdad de condiciones⁵. De allí que en Latinoamérica se ha aludido al “constitucionalismo transformador”, para describir precisamente cómo la vigencia efectiva de los DESCAs debe traducirse en la transformación material de las condiciones de desigualdad imperantes⁶.

El reconocimiento de derechos prestacionales en el Derecho Constitucional ha sido criticado, principalmente, bajo dos argumentos. El primer argumento es que estos derechos, a diferencia de aquellos derivados de la libertad general del ciudadano, tienen un contenido impreciso, todo lo cual limita su protección judicial, de lo cual surgen potenciales conflictos contrarios al principio de separación de poderes por el potencial activismo judicial derivado de la tutela de esos derechos. El segundo argumento es que el reconocimiento de los derechos prestacionales amplía el ámbito de intervención del Estado en

4 En cuanto a los derechos prestacionales, vid. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press-INAP, Madrid, 2015, pp. 17 y ss. *Desde la panorámica comparada*, vid. Young, Katharine, *Constituting economic and social rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 288 y ss.

5 Pietro Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 22, 1995, pp. 9 y ss.

6 Bogdandy, Armin von, “Ius Constitutionale Commune in America Latina: Observations on Transformative Constitutionalism”, in *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 27 y ss.

el orden socioeconómico, elevando los riesgos de intervenciones arbitrarias, lesivas a la libertad general del ciudadano⁷.

Ambas críticas parten de un dato cierto: los derechos prestacionales suponen una importante modificación al rol histórico de la Constitución como pacto que limita el poder del Gobierno sobre el ciudadano. Ahora, la Constitución habilita al Estado a intervenir en el orden socioeconómico a los fines de asegurar condiciones materiales de igualdad, todo lo cual amplía los riesgos de intervenciones arbitrarias. Esto justifica redefinir el sistema de pesos y contrapesos mediante instituciones llamadas a prevenir el abuso de poder en la satisfacción de los derechos prestacionales. Estos abusos, en la práctica, no se traducen únicamente en medidas coactivas y arbitrarias en contra de la libertad, sino además en medidas prestacionales que van más allá de lo estrictamente necesario, degenerando en patologías de clientelismo y mecenazgo político. Muy en especial, ante la visión estatista del desarrollo que desencadena en medidas autoritarias -y eventualmente, populistas⁸.

A lo anterior hay que agregar que la actividad prestacional del Estado llamada a satisfacer estos derechos tiende a impulsar el gasto público, lo que crea incentivos para déficit fiscales y otros desordenes macroeconómicos que pueden derivar en patologías como la inflación. Ciertamente, la actividad administrativa prestacional llamada a dar satisfacción a estos derechos es no-coactiva, pero los ingresos necesarios para sufragar el gasto público asociado a esa actividad derivan del poder tributario, que por definición es coactivo.

7 El resumen de esas críticas en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 45 y ss.

8 El Derecho Administrativo cuenta con un robusto sistema de controles para prevenir el abuso de poder en el ejercicio de actividades coactivas de limitación, típicamente traducidas en actos administrativos. Pero tal sistema no está diseñado para prevenir abusos en la actividad no-coactiva prestacional, que no se traduce en actos sino en prestaciones materiales.

II. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DESCAs EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El diseño institucional de los derechos prestacionales en el constitucionalismo fue extendido al Derecho Internacional, como resultado de la mundialización de los derechos humanos⁹. En efecto, el reconocimiento internacional de los derechos humanos no se agota en las declaraciones que pivotan en torno a la libertad general del ciudadano, sino que además se ha extendido al reconocimiento de derechos prestacionales. Inicialmente, sin embargo, su reconocimiento fue más bien tímido, como se desprende del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en especial, alude al Capítulo VII, que contiene diversas normas sobre el desarrollo integral basado en el principio de igualdad de oportunidades (artículo 34), y en la enumeración de un catálogo bastante amplio de derechos asociados al desarrollo en el artículo 45. La lectura de ese Capítulo, en todo caso, permite comprobar cómo sus disposiciones se orientan a regular los cometidos públicos que los Estados deben cumplir

9 Ayala Corao, Carlos, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del Derecho*, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2009, pp. 93 y ss.,

para promover el desarrollo integral, y no tanto al reconocimiento de específicos derechos públicos subjetivos¹⁰.

Posteriormente, el *Protocolo de San Salvador* amplió el contenido de esa norma a través del reconocimiento de un amplio abanico de DESCAs, entre ellos, los derechos al trabajo y a la seguridad social, a la salud, a la alimentación, a un ambiente sano, a la educación, a la cultura, a la familia y niños, así como a la protección de la vejez. El alcance de estos derechos quedó condicionado en el artículo 1 del Protocolo de la siguiente manera:

“Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”

El sentido del citado artículo es acotar el alcance práctico de los DESCAs, en el sentido que su satisfacción por el Estado requiere que éste cuente con la debida capacidad. Tal es el sentido de la frase “*hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo*”. Ello no afecta los efectos jurídicos del reconocimiento de los DESCAs, pero sí limita su exigibilidad práctica frente a los Estados, en tanto la actividad que éstos deben desplegar queda condicionada por la capacidad estatal, en concreto, por los ingresos fiscales dispo-

10 Esto llevó al debate sobre la naturaleza jurídica del citado artículo 26, distinguiéndose las posiciones que analizan la norma como una disposición principista que regula cometidos públicos asociados al desarrollo, y aquellas que consideran que esa norma reconoce derechos públicos subjetivos prestacionales. *Vid.*: Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., pp. 150 y ss.

nibles para dar satisfacción a tales derechos. Pero al mismo tiempo, el principio de progresividad tiende a fijar estándares mínimos de protección que, una vez alcanzados, no pueden reducirse. Con lo cual, el sentido del artículo 1 es reconocer que la satisfacción de los DESCAs dependerá de la capacidad de los Estados, aun cuando esa satisfacción deberá ser incremental, o si se quiere, progresiva, hasta lograr la “plena efectividad” de los DESCAs.

No deja de haber cierta tensión entre el condicionamiento asociado a la capacidad estatal y el principio de progresividad. En efecto, el señalado principio de progresividad requiere que la capacidad del Estado de dar satisfacción a los DESCAs sea igualmente progresiva, esto es, que, con el tiempo, el Estado debería contar con mayores ingresos fiscales y, en general, con mayor capacidad para garantizar a los DESCAs. Empero, en la práctica, no solo la capacidad estatal no es progresiva, sino que incluso puede ser regresiva, como veremos, debido a fallas en la capacidad estatal.

Esta tensión se plasma en el artículo 19.6 del Protocolo, que limita la tutela directa de los DESCAs reconocidos en el artículo 8, literal “a” (el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección) y en el artículo 13 (derecho a la educación). Frente a ello, la posición mayoritaria ha sido considerar que esta limitación no se extiende al artículo 26 de la Convención, que permite la tutela de los DESCAs reconocidos en la Carta a la cual remite esa norma¹¹.

11 Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 163.

III. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DESCAs POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los DESCAs son derechos tutelables jurisdiccionalmente. En un primer momento esta tutela fue indirecta, en el sentido que la protección jurídica de los DESCAs era, en cierto sentido, corolario de los derechos reconocidos en la Convención. Luego, y en una línea jurisprudencial que todavía está en evolución, la Corte ha admitido la justiciabilidad directa de estos derechos, en específico, en el caso *Cuscul Pivaral*, con los matices que luego se harán¹².

Suele señalarse como punto de inicio de esta tendencia el caso *Acevedo Buendía* y otros de 2009¹³. La decisión ratificó la interdependencia de los DESCAs con los otros derechos prestacionales, lo que es la base jurídica para su tutela indirecta. Al mismo tiempo, aclaró que la garantía de estos derechos debía regirse por reglas flexibles derivadas del principio de progresividad y su corolario, a saber, la interdicción de medidas regresivas. Luego, en el caso *Lagos del Campo* de 2017, la Corte interpretó el artículo 26 de la Convención en relación con los DESCAs, como sucede con el derecho al trabajo, analizado en esta decisión¹⁴. De acuerdo con su párrafo 154:

12 En general, vid. Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2014, pp. 55 y ss.

13 Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C No. 198, caso *Acevedo Buendía* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú.

14 Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340, caso *Lagos del Campo* Vs. Perú. Al respecto, véase la obra colectiva *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Colección Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018. Entre otros, de Oscar Parra, vid. “Desarrollo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, pp. 161 y ss. Como allí se concluye, más que un problema basado en la redacción del citado artículo 26, el problema de la tutela directa de los DESCAs es un asunto de interpretación de ese artículo. Frente a la interpretación literal, ha prevalecido la interpretación finalista,

“Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados (supra párr. 142). Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado”.

La interpretación extensiva del artículo 26 de la Convención permitió, de esta manera, extraer directamente de la Carta de la Organización de los Estados Americanos derechos prescacionales, incluso, para dirimir controversias ante la Corte. En el caso *Poblete Vilches* de 2018, la Corte empleó esta interpretación extensiva para matizar el principio de progresividad, a los fines de advertir que éste no impide considerar medidas de inmediata aplicación para la satisfacción de los DESCAs¹⁵:

“Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos”¹⁶.

basada en la adoptar la solución más favorable a los DESCAs, considerando que éstos son derechos humanos de igual rango que el resto de derechos anclados en la libertad general del ciudadano.

15 Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349, caso *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*.

16 Párrafo 104. En relación con el derecho a la salud, el párrafo 116 acotó que “tomando en cuenta lo anterior, la Corte considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares aplicables al presente caso,

Retomando esta interpretación, y a la luz del *Protocolo de San Salvador*, la Corte ratificó la justiciabilidad de los DESCAs derivados del citado artículo 26 de la Convención. Así, en el caso *Cuscul Pivaral* de 2018, se afirmó lo siguiente¹⁷:

“En consecuencia, al existir una obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contemplados por el artículo 26, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, la Corte tiene competencia para calificar si existió una violación a un derecho derivado del artículo 26 en los términos previstos por los artículos 62 y 63 de la Convención (...). Así, la Corte considera que ahí donde sea posible identificar una acción u omisión atribuible al Estado, que vulnere un derecho protegido por el artículo 26, la Corte podrá determinar la responsabilidad del Estado por dicho acto y establecer una reparación adecuada”.

Esta línea jurisprudencial intenta compatibilizar el principio de progresividad -que reconoce la existencia de limitaciones en la capacidad estatal necesaria para dar satisfacción a los DESCAs- con la tutela judicial directa e inmediata de tales derechos, en especial, basada en la interpretación extensiva del artículo 26 de la Convención. Para ello, el principio de progresividad fue interpretado a la luz del principio de no-regresividad. Así, se reconoce que la satisfacción de los derechos prestacionales constituye para el Estado una obliga-

relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica”.

17 Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C No. 359, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, párrafo 84. Luego, en el párrafo 86 se reitera que la “interdependencia e indivisibilidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía”. Los límites a la tutela judicial de los DESCAs deben derivar de texto expreso, como sucede con el Protocolo de San Salvador, según el párrafo 87: “no queda duda que la voluntad de los Estados sobre la competencia de la Corte para pronunciarse sobre violaciones al Protocolo de San Salvador encuentra sus límites en los derechos sindicales y el derecho a la educación”. Tales límites no existen en la Convención, sin embargo (párrafos 89 y 97).

ción de hacer que debe cumplirse a través de cualquier medio necesario para responder a las exigencias de la efectividad de los derechos humanos, pero que deja a salvo regresiones que puedan ser justificables. Como explica Ferrer Mac-Gregor, la interdicción a la regresividad no implica prohibición absoluta a restricciones al ejercicio de estos derechos, sino más bien la interdicción de ciertas medidas deliberadamente regresivas¹⁸.

Esta es la base legal para la tutela judicial directa de los DESCAs, incluso, al margen de violaciones a otros derechos, como la interdicción del trato discriminatorio. Al respecto, podemos distinguir entre *violaciones puras e impuras* a los DESCAs. Las violaciones impuras son aquellas derivadas de la violación de otros derechos, y en cierto modo, pueden constituir un modo de tutela indirecta de estos derechos. Es el caso, por ejemplo, de la violación al derecho a la salud basada en un trato discriminatorio. El estándar para determinar esta violación impura dependerá, por ello, del estándar aplicable al otro derecho humano en juego.

Más compleja es el caso de violaciones puras, no contingentes a la violación de otros derechos humanos. Es el caso de la violación del derecho a la salud basado en la desatención de necesidades humanas asociadas a tal derecho, y no como resultado de la violación de algún otro derecho, como la interdicción del trato discriminatorio. El estándar de violación, en estos casos, es más difícil de determinar, en tanto el propio artículo 26 de la Convención condiciona la satisfacción directa a la capacidad estatal, condicionamiento que ha sido interpretado en la jurisprudencia al reconocer la justificación de ciertos tratamientos regresivos a la satisfacción de estos derechos. Ello

18 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala), en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, Editora JusPodium, Salvador, 2019, p. 345.

exige evaluar en qué medida el Estado ha fallado al deber de satisfacción directa de estos derechos prestacionales¹⁹.

IV. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DESCAs Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La tutela judicial directa de los DESCAs por la Corte incide, primariamente, sobre las Administraciones Públicas, no como resultado del diseño institucional del Sistema Interamericano, sino como una consecuencia práctica del funcionamiento del Estado moderno.

En efecto, ya hemos visto que en la jurisprudencia de la Corte la satisfacción de los DESCAs es considerada una obligación de hacer que debe ser cumplida por los Estados de manera progresiva. De conformidad con la Convención, la Carta y el Protocolo, se entiende que el Estado tiene el deber de adoptar las medidas que aseguren la satisfacción efectiva de estos derechos. El Sistema Interamericano no prejuzga sobre el tipo de medidas que deben ser dictadas, materia que, por el contrario, corresponde al Derecho Público de los Estados. Estas medidas abarcan, en todo caso, las Leyes que en la materia deben ser dictadas²⁰.

19 A tales efectos, la Corte se ha basado en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, al señalar que el deber de no-regresividad *“no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”*, sino más, como interdicción de las medidas de carácter deliberadamente regresivo. Sentencia de 23 de agosto de 2018, citada, párrafo 143.

20 Como se afirma, por ejemplo, en la sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, caso Ximenes Lopes vs. Brasil, cuyo párrafo 92 dispone lo siguiente: *“los Estados deben, según el artículo 2 de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica¹⁰⁸, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad”*.

En la práctica, sin embargo, esas medidas responden principalmente en la Administración Pública. En efecto, la satisfacción de los DESCAs, en los términos expuestos, debe ser “efectiva”, esto es, que esa satisfacción exige que los Estados aseguren la satisfacción de las necesidades humanas relacionadas con tales derechos. La satisfacción de tales necesidades es tarea propia de la Administración Pública, en tanto solo a ésta corresponde interactuar con los ciudadanos para la gestión concreta del interés público²¹. En concreto, las obligaciones de hacer asociados a los DESCAs requieren, primordialmente, satisfacer necesidades humanas, lo que se logra mediante la provisión de bienes y servicios, tarea propia de la Administración Pública²². Precisamente, la expresión “Administración Prestacional” alude a las técnicas de la actividad administrativa por medio de las cuales la Administración cumple esa obligación, en lo que se ha denominado la “Administración Pública prestacional”²³.

Ahora bien, la configuración de los DESCAs como derechos públicos subjetivos de contenido prestacional, no debe llevar a considerar que únicamente el Estado es quien tiene la obligación de atender esos derechos. Aun cuando ello depende del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, a nivel comparado pueden identificarse los principios de menor intervención y subsidiariedad, de acuerdo con los cuales el Estado solo debe actuar para garantizar la satisfacción de los DESCAs si ello no puede lograrse a través de la iniciativa privada²⁴.

21 Sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 90. Allí incluso se aludió a la actividad de fiscalización y regulación.

22 Por ello, se ha señalado que Administración es el instrumento para la consecución o realización de fines (Fernández Farreres, Germán, *Sistema de Derecho administrativo*. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 51 y ss.).

23 Parejo Alfonso, Luciano, “El Estado social y la Administración Prestacional”, en *Revista Vasca de Administración Pública* número 57, Guipúzcoa, 2000, pp. 17-47, y Rodríguez de Santiago, José María, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, 2007, p. 93.

24 Fernández Farreres, Germán, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”, en *Estudios de Derecho Público*

El fundamento económico de esta explicación jurídica radica en la tesis de los fallos de mercado. El intercambio de bienes y servicios debe basarse en la libre iniciativa privada, en tanto ello crea condiciones que favorecen la eficiencia. Empero, el mercado puede fallar en su rol de asignación eficiente de bienes y servicios, lo que dará lugar a mercados incompletos que impiden la satisfacción de necesidades humanas. Si se trata de necesidades asociadas a DESCAs, el Estado debe intervenir para corregir esa falla y, en su caso, asumir de manera directa la satisfacción de esas necesidades²⁵.

Lo anterior entronca con el concepto de desarrollo de Amartya Sen²⁶. El desarrollo debe ser considerado como un proceso orientado a expandir la libertad general del ciudadano, lo que requiere remover los obstáculos materiales que, derivados de la desigualdad, impiden el ejercicio de esa libertad. Ello es consistente con el concepto de Administración vicarial, basada en la centralidad del ciudadano. Y esa centralidad parte de la libertad general²⁷. Lo contrario supondría una visión estatista de desarrollo, que puede degenerar en vínculos de dependencia del ciudadano para con el Estado, lo que propicia la adopción de medidas autoritarias y populistas²⁸.

Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, Civitas, Madrid, 2003, pp. 165 y ss.

- 25 Desde el punto de vista jurídico, por todos, vid., Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 136 y ss., así como Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 148 y ss.
- 26 Sen, Amartya, *Development as freedom*, Anchor Books, New York, 1999, pp. 35 y ss.
- 27 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012, pp. 112 y ss.
- 28 El populismo es la retórica basada en la exaltación del "pueblo" en contraposición a las élites. Por ello, esta retórica puede facilitar la implementación de medidas autoritarias basada en la protección del pueblo, en especial, frente a condiciones de desigualdad. Como tal, el populismo es una retórica neutra para la democracia constitucional, que incluso, puede emplearse para fomentar una democracia inclusiva. Cfr.: Norris, Pippa

Frente a los DESCAs, por ello, la Administración Pública puede adoptar dos técnicas de intervención: la actividad de limitación y la actividad prestacional²⁹. A través de la primera, la Administración ejerce potestades de ordenación y limitación sobre la libertad de empresa, entre otros objetivos, para asegurar los estándares de satisfacción de necesidades esenciales asociadas a los DESCAs a través de la corrección de los fallos de mercado. A través de la segunda, la Administración Pública satisface directamente tales necesidades, por medio de medidas de fomento e incluso, a través de la oferta de bienes y servicios. El concepto de servicio público, impreciso por lo demás, describe precisamente esta faceta prestacional, en tanto la Administración Pública debe asegurar la satisfacción de necesidades de interés general de acuerdo con los principios de igualdad, mutabilidad y continuidad. Aun cuando la definición de “interés general” es compleja, puede asumirse que las necesidades asociadas a los DESCAs son siempre, y por definición, de interés general³⁰.

Este marco jurídico, sin embargo, no puede llevar a concluir que las necesidades humanas de interés general, o si se quiere, las actividades de servicio público únicamente pueden ser atendidas por el Estado. La visión de los DESCAs como derechos públicos subjetivos contribuye a esta visión, en tanto solo el Estado asumiría obligaciones de hacer frente a esos derechos prestacionales. Cabe aquí recordar cómo la tesis de servicio público de Duguit es iliberal, en el sentido que parte de negar todo ámbito de libertad en actividades de servicio público, para dar paso a la solidaridad, lo que se tradujo en la llamada

y Inglehart, Ronald (2019), *Cultural Backlash Trump, Brexit, and the rise of authoritarian populism*. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 30 y ss.

29 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1991, pp. 50 y ss.

30 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 5, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 43 y ss.

publicatio o asunción de la actividad de servicio público por el Estado³¹.

Por ello, debe insistirse que el reconocimiento de los DESCAs en el Sistema Interamericano no puede derivar en la *publicatio* de las actividades económicas orientadas a satisfacer esos derechos, en tanto ese reconocimiento no se opone a la satisfacción de esos derechos por la iniciativa económica privada. En este caso, la obligación de hacer a cargo del Estado radica, en primera instancia, en el ejercicio de la actividad de limitación para atender los fallos de mercado existentes y así asegurar la satisfacción de estos derechos por medio de la libre iniciativa privada.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin embargo, puede observarse cierta tendencia a la concepción de los DESCAs como derechos públicos subjetivos, en el sentido que la satisfacción de las necesidades humanas asociadas a éstos es siempre una obligación del Estado. Inevitablemente esta visión recarga las tareas a cargo de la Administración Pública. En efecto, en caso de mercados incompletos que no garanticen la satisfacción efectiva de los DESCAs, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas pertinentes para corregir esa situación, incluso, por medio de la actividad de limitación, pero especialmente a través de la actividad prestacional. Una obligación que, como decimos, es exigible principalmente en cabeza de la Administración Pública, quien debe dar cumplimiento derivados de los estándares definidos por la Corte Interamericana.

Tomemos el ejemplo del derecho a la salud, de acuerdo con la sentencia recaída en el caso Cuscul Pivaral, ya mencionado. Partiendo del carácter vinculante de este derecho prestacional, la Corte concluyó que *“la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las*

31 Véase nuestra crítica en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 231 y ss.

*personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población*³². Estas obligaciones pueden dar lugar al ejercicio de la función legislativa, esto es, a la regulación del derecho a la salud³³. Empero, la promulgación de Leyes atañaderas al derecho a la salud no garantiza la satisfacción efectiva de este derecho. Antes, por el contrario, esa satisfacción efectiva requiere el acceso a bienes y servicios asociados al derecho a la salud, en concreto, servicios médicos, medicamentos y equipos médicos.

Así lo reconoce la Corte, al señalar que el derecho a la salud garantiza el goce del *“más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”*³⁴. Al fijar estos estándares, la Corte Interamericana ha incorporado el concepto de servicio público, como se lee en el párrafo 96 del caso Ximenes López, ya citado:

“La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud”.

Nótese que no se niega la gestión privada de servicios de salud, pero se asume que esta gestión privada no menoscaba la

32 Párrafo 105.

33 Párrafo 106.

34 Párrafo 107.

obligación del Estado de regular y fiscalizar a la libre iniciativa privada, típicamente, a través del ejercicio de potestades administrativas de ordenación y limitación. Como cual, y en resumen, la Administración Pública debe cumplir los estándares de satisfacción de los DESCAs a través de su actividad de limitación, en caso de gestión privada, o a través de su actividad prestacional, en caso de gestión directa. En cualquiera de esos escenarios, lo cierto es que el reconocimiento de los DESCAs exige, de la Administración Pública, la capacidad adecuada para cumplir con esas técnicas de intervención.

V. LOS DESCAs Y LAS FALLAS EN LA CAPACIDAD ESTATAL. EL CASO DE LAS EMERGENCIAS HUMANITARIAS COMPLEJAS

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en torno a la justiciabilidad directa de los DESCAs, si bien responde a una técnica adecuada de interpretación de la Convención, de la Carta y de Protocolo, no ha logrado solventar la tensión existente entre el reconocimiento formal de estos derechos y las fallas en la capacidad estatal, que pueden impedir su satisfacción, en especial, por las Administraciones Públicas. Esta tensión debería ser resuelta a la luz del principio de progresividad, pero como vimos, éste ha sido interpretado sin perjuicio de las medidas inmediatas que deben ser cumplidas. Esto se agrava por la visión de los DESCAs como derechos que siempre son exigibles frente al Estado, incluso si su prestación es confiada a la libre iniciativa privada.

Para abordar esta contradicción, es preciso repasar, brevemente, la relación que existe entre las instituciones formales y el desarrollo, para lo cual seguiremos principalmente la literatura económica que aborda este aspecto.

Comencemos por definir **capacidad estatal**. Se entiende por tal la aptitud del Estado para cumplir con los cometidos públicos, lo cual depende de recursos humanos, recursos

financieros, infraestructuras como bienes y obras, y la organización de todos estos elementos. No siempre el Estado cuenta con capacidad suficiente para cumplir con esos cometidos, ante lo cual surgen **brechas de capacidad estatal**, o sea, áreas en las cuales el Estado no puede cumplir con sus cometidos. En ocasiones, estas áreas en las cuales el Estado no tiene capacidad para actuar son ocupadas por el sector privado que se organiza para proveer los bienes y servicios que el Estado no puede asegurar, incluso, por medio de mecanismos informales e incluso, ilegales, como sucede típicamente con el mercado negro³⁵.

Las brechas de capacidad estatal son fallas que evidencian la fragilidad del Estado. En tal sentido, el Estado es frágil cuando presenta fallas que dan lugar a brechas de capacidad estatal, lo que por lo demás, es bastante común. La atención se centra en aquellos **Estados frágiles** cuyas fallas impiden la satisfacción de cometidos esenciales, lo que da lugar a desórdenes civiles y a **emergencias humanitarias complejas**. Para describir esos casos se suele hablar de **Estados fallidos**³⁶.

La fragilidad del Estado es causada, en especial, por fallas en la capacidad de la Administración Pública. Esto es particularmente relevante cuando esas fallas afectan la satisfacción de necesidades humanas asociadas a los DESCAs, pues como se dijo, esa satisfacción es, primeramente, responsabilidad de la Administración Pública. En estos casos, la falla en la satisfacción de los DESCAs no parte de problemas en el marco jurídico

35 Vid. Risse, Thomas, "Governance in Areas of Limited Statehood", *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2015, pp. 700 y ss. Igualmente, vid. Ghani, Ashraf y Lockhart, Claire, *Fixing failed states*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 21 y ss. Seguimos lo señalado en Hernández G., José Ignacio, "Capacidad estatal, emergencias complejas y derechos sociales", en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, cit., pp. 681 y ss.

36 Entre otros, vid. Rotberg, Robert, "Odious and Failed States, Humanitarian Responses", en Trauschweizer, Ingo and Miner, Steven (ed), *Failed states and Fragile Societies. A New World Disorder?*, Ohio University Press, Ohio, 2014, pp. 119 y ss.

aplicable, sino en las fallas de capacidad de la Administración y, eventualmente, en los arreglos informales que surgen como resultado de esas fallas.

Para comprender este supuesto es útil acudir al concepto de instituciones acuñado por Douglas North³⁷. Las instituciones son, en términos simples, las reglas coactivas que regulan la conducta humana y por ello inciden en el intercambio de bienes y servicios. Esas reglas pueden ser formales, como es el caso de la Constitución y las Leyes, pero también pueden ser informales, como es el caso de la costumbre. Las fallas en la capacidad estatal suponen que las instituciones formales no pueden ser implementadas, todo lo cual da lugar a instituciones informales que tienden a suplir la brecha de la capacidad estatal. En casos de Estados fallidos, esto puede incluso afectar el ejercicio del monopolio legítimo de la fuerza degenerando en desórdenes civiles, que agravan –más todavía– la implementación de las instituciones formales³⁸.

El reconocimiento de DESCAs responde a instituciones formales, o sea, reglas jurídicas escritas. Por un lado, en Latinoamérica, como vimos, el rasgo distintivo del constitucionalismo ha sido el reconocimiento de estos derechos prestacionales, lo que suele interpretarse como una conquista para erradicar la desigualdad. Por el otro lado, en el Sistema Interamericano, las instituciones formales que reconocen a los DESCAs derivan de la Convención, de la Carta y del Protocolo, tal y como han sido interpretadas por la Corte. Este marco jurídico institucional, de Derecho doméstico y derecho Internacional, es el “*ámbito de iure*”, pues describe los cometidos que el Estado debe atender en relación con los DESCAs.

37 North, Douglas, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999, pp. 3 y ss.

38 North, Douglass, Wallis, John J., Weingast, Barry R., *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012, pp. 1 y ss.

Las instituciones formales no se implementan automáticamente, sin embargo. Esto es, que el reconocimiento de los DESCAs en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional es en sí mismo insuficiente para asegurar que, en la práctica, las necesidades humanas asociadas a esos derechos sean satisfechas. Lo común es que el Estado presente fallas que den lugar a brechas de capacidad estatal y, por ello, a instituciones informales por medio de la cual se da cobertura a estas necesidades, allí donde el Estado no cuenta con capacidad suficiente. Este es el *ámbito de facto*, pues describe los mecanismos a través de los cuales, en la práctica, se satisfacen los DESCAs.

No se trata, claro está, de mecanismos comparables. El *ámbito de iure* está basado en el principio de igualdad y coerción, pues en teoría, todos los ciudadanos tienen derecho de acceso a los DESCAs y a los mecanismos de protección existentes, en especial, en el Sistema Interamericana. Esto supone la existencia de reglas de gobernanza públicas basadas en principios generales de la democracia constitucional como la eficiencia, la eficacia, la igualdad, la motivación y la rendición de cuentas, entre otros, tal y como prevé la Carta Democrática Interamericana. Estos principios reducen las probabilidades de abusos de poder que, por medio de medidas arbitrarias, afectan la capacidad estatal para dar satisfacción a los DESCAs. Como observó Amartya Sen, las hambrunas no son comunes en democracia -precisamente por el sistema de pesos y contrapesos de la democracia constitucional, que tiende a reducir las medidas autoritarias que menoscaban la capacidad estatal³⁹.

Los mecanismos informales, por el contrario, son subjetivos pues solo un reducido número de personas pueden acceder, sin que además existan mecanismos coercitivos de control. Aquí cabe hablar de mecanismos informales de gobernanza

39 Sen, Amartya, *Poverty and famines. An essay on entitlement and deprivation*, Clarendon Press-Oxford University Press, Nueva York, 1982, pp. 160 y ss.

signados por la opacidad, la ineficiencia y, en muchas ocasiones, la corrupción administrativa⁴⁰.

En casos extremos, como vimos, fallas en la capacidad estatal dan lugar a **emergencias humanitarias complejas**, esto es, crisis en las cuales la autoridad del Estado decae, quedando insatisfechas necesidades esenciales con riesgos a los sectores más vulnerables de la sociedad⁴¹. Estas emergencias suponen, por ello, el incumplimiento de los DESCAs, como resultado del colapso del Estado. Estas emergencias operan en el ámbito *de facto*, con lo cual, ellas pueden darse, incluso, dentro del marco jurídico que establece instituciones formales orientadas a la eficiente satisfacción de derechos prestacionales que, sin embargo, el Estado no puede atender.

La existencia de fallas en la capacidad estatal, de Estados fallidos y de emergencias humanitarias complejas, demuestra la insuficiencia del marco jurídico de los DESCAs en el Sistema Interamericano. En tales casos, el Estado no tiene capacidad para cumplir con los estándares establecidos por la Corte Interamericana, que como vimos, requieren una adecuada capacidad estatal, en especial, por parte de la Administración Pública. De poco serviría una sentencia de condena de la Corte Interamericana en estos casos, pues de nuevo, la limitación más vinculante que impide satisfacer a los DESCAs son las fallas en la capacidad estatal.

Incluso, el régimen jurídico de los DESCAs en el Sistema Interamericano eleva el riesgo de brechas en la capacidad estatal, simplemente, pues ese régimen jurídico eleva los cometidos a cargo de la Administración Pública. En efecto, la existencia de brechas es más probable mientras mayor sean los cometidos a cargo del Estado y en concreto de su Administración Pública. Como sea que la existencia de instituciones formales

40 Pritchett, Lant, et al, *Deals and Development*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 24 y ss.

41 Keen, David, *Complex emergencies*, Polity Press, Malden, 2008, pp. 1 y ss.

que amplían los cometidos públicos no incrementa la capacidad estatal, los riesgos de fallas estatales son mayores mientras mayor sean los cometidos que esas instituciones formales asignan al Estado, como sucede precisamente con los cometidos públicos derivados de los DESCAs en el Sistema Interamericano.

La solución no es, por supuesto, revertir la tesis que reconoce la tutela judicial directa de los DESCAs, incluso, ante la Corte, en tanto ello contradice principios esenciales de los derechos humanos. Más bien la solución pasa por un cambio de enfoque: antes que mantener la atención primordialmente en las instituciones formales, y en concreto, en las reglas jurídicas de los DESCAs en el Sistema Interamericano, debe adoptarse una visión más amplia, que incluya el rol de las instituciones informales y la capacidad estatal. Ello pasa por reconocer las limitaciones propias de las instituciones formales de los DESCAs, y dentro de ellas, su protección judicial por la Corte. Como observó el profesor Pedro Nikken⁴²:

“Debe reconocerse, sin embargo, que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales no se garantiza exclusivamente mediante su justiciabilidad. Una sentencia judicial puede ordenar el remedio de una situación particular, pero no puede enmendar ni redefinir políticas públicas, que son materias propias del gobierno y la política y no de la justicia y el derecho. El juez puede proteger a las víctimas particulares por la violación, por ejemplo, de su derecho a la salud, pero no es competente para definir una política hospitalaria o de prestación de servicios médicos”

Con acierto, el profesor Pedro Nikken vincula la limitación de la tutela jurisdiccional de los DESCAs por la Corte Interamericana a las brechas de capacidad estatal:

42 Nikken, Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH* N° 52, 2010, pp. 55 y ss.

“Además, para que su sentencia brinde la protección demandada se requiere que ella sea ejecutada, lo cual puede resultar imposible en determinados casos por carencia oportuna de recursos por parte del Estado. El remedio judicial puede ser incompleto o ilusorio, de modo que no debe construirse un concepto de satisfacción de los (DESCA) con base exclusiva en su justiciabilidad” (paréntesis nuestro).

Frente al Derecho Administrativo, como hemos expuesto, lo anterior implica que las instituciones formales del Sistema Interamericano que reconocen a los DESCAs, si bien amplían las tareas a cargo de la Administración, no inciden necesariamente en su capacidad, y por ello, no resuelven los problemas derivados de brechas de capacidad estatal. Insistimos: esta afirmación no se hace con el propósito de negar la protección judicial de esos derechos, sino con la intención de proponer una visión más amplia, que considere las limitaciones derivadas de las brechas de capacidad estatal, comunes por lo demás en Latinoamérica. De nuevo citando al profesor Nikken:

“(…) pero que la solución judicial no baste para su protección y satisfacción no puede ser motivo para denegar el acceso a la justicia a quienes sufran violaciones a sus derechos económicos, sociales o culturales. Por lo demás, la justiciabilidad tampoco remedia ciertas condiciones generales relativas al ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos, cuya satisfacción también se conecta con políticas públicas, como la administración de justicia, la administración penitenciaria o la organización electoral”.

En nuestra opinión, las limitaciones al marco institucional de los DESCAs recomienda realzar la medición de la capacidad estatal, como se propuso en los *Lineamientos para la elaboración*

*de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*⁴³. Como se lee en el párrafo 38 de esos *Lineamientos*:

“Una segunda categoría refiere a las capacidades estatales. Esta categoría describe un aspecto técnico instrumental y de distribución de recursos de poder al interior del aparato estatal. Es decir, implica revisar de qué manera y bajo que parámetros el Estado (y sus diversos poderes y reparticiones) resuelven el conjunto de cuestiones socialmente problematizadas. Particularmente cómo definen sus metas y estrategias de desarrollo; y bajo qué parámetros se inscribe el proceso de implementación de los derechos contenidos en el Protocolo. Implica analizar las reglas de juego al interior del aparato estatal, las relaciones interinstitucionales, la división de tareas, la capacidad”.

En efecto, la medición de los estándares de cumplimiento de los DESCAs es útil para identificar áreas en las cuales no se logran cotas adecuadas de satisfacción de derechos prestacionales, pero ella nada dice acerca de cuál es la causa por la cual esas cotas no son alcanzadas. La medición de la capacidad estatal para cumplir con las obligaciones de hacer derivadas de los DESCAs es por ello útil, en la medida en que permite identificar una de las causas determinantes que afectan el cumplimiento de los derechos prestacionales en Latinoamérica, como es la fragilidad estatal.

La inclusión de la capacidad estatal para dar cumplimiento a las obligaciones de hacer asociadas a los DESCAs encuentra fundamento jurídico en el principio de progresividad, y en la tolerancia a tratos regresivos que puedan ser justificados. Así, como explicamos, el propio artículo 26 de la Convención permite concluir que el principio de progresividad depende de la capacidad estatal, con lo cual, los Estados deben promover procesos de construcción de capacidades necesarias para

43 De 19 julio 2008.

cumplir con los cometidos públicos derivados de los DESCAs. Por su parte, fallas en la capacidad estatal pueden justificar -más bien dispensar temporalmente- tratos regresivos, y fijar estrategias más efectivas para garantizar los DESCAs, basadas en la construcción de capacidades estatales.

Asimismo, la capacidad estatal entronca con la interdicción de la regresividad, desde la perspectiva de la sostenibilidad de las políticas públicas orientadas a dar satisfacción de los DESCAs. Así, políticas públicas no sostenibles, y en especial, políticas basadas en corrupción y otras desviaciones arbitrarias como el clientelismo, no se adecúan al principio de progresividad pues no son sostenibles en el tiempo. Todo lo contrario, estas políticas quizás pueden lograr la satisfacción inmediata de los DESCAs pero al afectar la capacidad estatal, inevitablemente degenerarán en tratos regresivos basados en las fallas de la capacidad estatal causadas impulsadas por la retórica populista⁴⁴.

El caso de Venezuela es buen ejemplo de este riesgo. Dentro del llamado modelo de transición al socialismo, e impulsado por el boom del ingreso petrolero, Hugo Chávez promovió políticas expansivas del gasto público orientadas a garantizar los DESCAs, particularmente, en relación con los derechos a la alimentación, a la salud y a la vivienda. Al mismo tiempo, ese modelo redujo el rol de la iniciativa privada en esos sectores, a través de la sobredimensión del concepto de servicio público, empleado para justificar limitaciones arbitrarias a la iniciativa privada, desde controles centralizados hasta medidas expropiatorias. Todo ello se realizó al mismo tiempo que Chávez desmontó el sistema de pesos y contrapesos del Estado de Derecho, lo que creó incentivos para la corrupción -tanto más, observamos, para la captura de la renta petrolera. Era

44 Políticas públicas arbitrarias, contrarias a los estándares de gobernanza democrática, tienden a afectar negativamente la capacidad estatal, degenerando en colapsos estatales. *Vid.*: Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

evidente que las políticas públicas orientadas a dar satisfacción a los DESCAs no eran sostenibles y que por contrario, ellas conducirían inevitablemente al colapso estatal, como terminó sucediendo⁴⁵.

Todo lo anterior es particularmente relevante al recordar que Latinoamérica es la región más desigual del mundo⁴⁶. Esta situación de desigualdad no ha mejorado a pesar del amplio reconocimiento y protección de los DESCAs, tanto en el constitucionalismo latinoamericano como en el Sistema Interamericano. Ello responde a lo antes señalado: la desigualdad y en general, el acceso a los DESCAs no depende solo de instituciones formales, sino de la implementación de políticas públicas que logren remover las limitaciones más vinculantes que afectan el cumplimiento de los cometidos públicos asociados al desarrollo. Precisamente, la existencia de brechas en la capacidad estatal y, en casos más delicados de Estados fallidos y emergencias humanitarias complejas, hace necesario tomar en cuenta la capacidad estatal, promoviendo de esa manera políticas orientadas a la reconstrucción progresiva de esa capacidad⁴⁷.

Lo anterior es evidente en casos de emergencias humanitarias complejas, como sucede en Venezuela. Pese a contar con un marco jurídico de amplísima protección de los DESCAs, el Estado venezolano carece de capacidad para asegurar la efectiva satisfacción de estos derechos prestacionales, todo lo cual ha excluido a amplios sectores de la población venezolana del acceso a bienes y servicios esenciales, situación que ha derivado en la crisis masiva de refugiados y migrantes. Esta crisis no puede solucionarse desde instituciones formales -inclu-

45 Así lo advertimos en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, libertad y desarrollo*, FUNEDA, Caracas, 2012.

46 Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, cit., p. 147. Vid.: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2015/09/lustig.htm>

47 Andrews, Matt et al, *Building State Capability*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 13 y ss.

yendo mandatos de la Corte- pues el Estado venezolano es hoy un Estado fallido.

VI. RECAPITULACIÓN

De todo lo anterior surgen tres grandes conclusiones que conviene recapitular.

- *En primer lugar*, la progresividad en la satisfacción de los DESCAs recomienda ampliar la atención sobre la capacidad estatal en el cumplimiento de los cometidos públicos vinculados a la satisfacción de necesidades humanas asociadas a esos derechos. Las instituciones formales del Sistema Interamericano han tenido en este punto un avance notable, especialmente desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Pero sin capacidad estatal adecuada, y especialmente, en casos de emergencias humanitarias complejas, estas instituciones formales resultan insuficientes, al ser sustituidas por instituciones informales que son las que en la práctica impactan sobre el desarrollo.
- *En segundo lugar*, es necesario comprender que la justiciabilidad directa de los DESCAs por la Corte es tan solo un componente importante de las instituciones formales. Ante brechas de capacidad estatal, sin embargo, ese componente en sí mismo no se traducirá en medidas efectivas de satisfacción de estos derechos. Es necesario por ello complementar esta tutela con el adecuado diagnóstico que permita determinar cuáles son las causas que impiden la satisfacción adecuada de tales derechos. La arraigada inequidad en Latinoamérica revela que las reformas orientadas a fortalecer el marco institucional de los DESCAs, y con ello, el grado de protección a través de la Corte, es insuficiente.

Tanto más, observamos, en casos como Venezuela, cuya emergencia humanitaria compleja evidencia el colapso de la capacidad estatal y, por ello, la ineficacia del marco institucional aplicable.

- *En tercer lugar*, junto al análisis de la capacidad estatal, es preciso repensar el rol de la iniciativa privada en la satisfacción de los DESCAs. No se trata, se advierte, de postular políticas de privatización que solo impactan en la dimensión cuantitativa del Estado, pero no así en su dimensión cualitativa. El rol que la iniciativa privada debe cumplir en la satisfacción de los DESCAs condiciona la capacidad estatal en dos sentidos. Por un lado, la participación de la iniciativa privada en la satisfacción de necesidades humanas asociadas a estos derechos humanos tiende a impedir el crecimiento del Estado más allá de sus capacidades, previniendo con ello abusos como el clientelismo. Por el otro lado, la protección de la iniciativa privada genera incentivos que tienden a reforzar la sostenibilidad de las políticas públicas orientadas a dar satisfacción a esas necesidades, en tanto el cumplimiento de las obligaciones de hacer asociadas a los DESCAs por el Estado implica la ejecución del gasto público que debe ser financiado con tributos recaudados a partir de la riqueza que genera el sector privado. Marginalizar el rol de la iniciativa privada aumenta la probabilidad de políticas macroeconómicas erradas, que afectan el principio de progresividad y tienden a desencadenar en desórdenes que agravan la desigualdad, como la inflación.

Boston, 2020