

## EN TORNO DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LOS ÁMBITOS INTERNO, INTERAMERICANO Y UNIVERSAL

Víctor BAZÁN

SUMARIO: I. *Propósito y perfiles del trabajo.* II. *Delineación básica de los sistemas protectorios en los ámbitos universal y regional.* III. *Un recorrido por algunos problemas troncales atinentes a la concepción, los alcances y el tenor de exigibilidad de los DESC.* IV. *Diversas cuestiones relativas a la protección de los DESC en el plano interno argentino.* V. *Los DESC ante el sistema interamericano.* VI. *Los DESC ante el comité de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU.* VIII. *Apreciaciones finales y de conjunto.*

### I. PROPÓSITO Y PERFILES DEL TRABAJO

Un análisis exhaustivo de todas las aristas de la problemática de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en lo sucesivo, DESC), excedería largamente las pautas prefijadas para esta ponencia, cuyo objetivo principal consiste en servir como vehículo introductorio hacia una discusión que, sin obviar perfiles académicos y científicos, permita desentrañar desde un plano fáctico el nivel de cumplimiento de los DESC en el orden interno estatal (con particular referencia a la República Argentina) y desde una óptica jurídica la existencia de herramientas o caminos que viabilicen su alegabilidad en el contexto internacional. Por tales motivos, sin subestimar el significativo valor que ofrece el estudio de la cuestión en

otros órdenes regionales, tales como el europeo o el africano,<sup>1</sup> y no obstante formular algunas referencias básicas a éstos, centrare el punto de mira de mi trabajo en el ámbito universal (particularmente en la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas —también: Comité de DES—) y, ya dentro del regional, en el sistema interamericano, sin soslayar —claro está— una consideración a los instrumentos que en la dimensión interna argentina existen para intentar garantizar la vigencia de los DESC, sobre todo, teniendo en cuenta que a partir de la reforma constitucional de 1994 se ha atribuido jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a un plexo de instrumentos internacionales enumerados en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2,<sup>2</sup> entre los cuales, brilla con luz propia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC).

Brindadas tales pautas contextuales, y en tren de delinear los aspectos que se explorare en el trabajo, comenzare la indagación propuesta con una breve presentación introductoria de los sistemas universal y regional en materia de protección de los derechos humanos y, ya en particular, de la tutela de los DESC.

Depurado el objeto central de este estudio, emprenderemos algunas aproximaciones a la problemática de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, abordaje que —entre otros puntos— cubrirá: la unidad conceptual, la igualdad de entidad jurídica y la interrelación de los derechos civiles y políticos y los DESC; un análisis crítico de la controvertida cuestión de las “generaciones de derechos”; un enfoque de la “progresividad efectiva” de los DESC; y un acercamiento al problema de las herra-

1 Además de cuanto expondre *infra* en relación con los instrumentos de protección de derechos humanos en los planos universal y, ya en el regional, en los sistemas europeo, americano y africano, es dable apreciar la existencia de la Carta Árabe de Derechos Humanos, dada en el marco de la Liga Árabe y la Convención sobre Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes —Convención de Minsk, del 26 de mayo de 1995— *cfr.* Salvioli, Fabián, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Dossier documentaire*, vol. 2, *Cours fondamentaux*, Estrasburgo, Institut International des Droits de l’Homme, 32a. session d’Enseignement, 2 al 27 de julio de 2001.

2 Acerca de diversas cuestiones relativas al derecho internacional de los derechos humanos y al posicionamiento de los tratados internacionales sobre tal materia *vis-à-vis* el derecho interno estatal en clave de derecho comparado, véase el libro de Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, México, Porrúa, 2003, *passim*.

mientas o instrumentos asequibles para superar las omisiones estatales en el cumplimiento de tales derechos.

A continuación, examinaremos ciertos mecanismos o herramientas utilizados y utilizables en pro de la exigibilidad de los DESC en el contexto interno argentino, para luego recorrer la praxis protectoria de los DESC en los ámbitos interamericano, focalizando la labor de la Comisión y la Corte Interamericanas, y universal, específicamente en el marco del Comité de DESC de la ONU.

Finalmente, efectuaremos una sumaria recapitulación de algunas de las ideas básicas delineadas en su desarrollo, sin evadir ciertas reflexiones que sintetizan el resultado del escrutinio de la situación actual de los DESC en los marcos universal e interamericano, ni soslayar un avance prospectivo sobre determinadas alternativas que se proponen para acrecentar sus niveles de exigibilidad.

## II. DELINEACIÓN BÁSICA DE LOS SISTEMAS PROTECTORIOS EN LOS ÁMBITOS UNIVERSAL Y REGIONAL

Presentando preliminarmente un cuadro descriptivo de los ámbitos universal y regional en materia de protección de los derechos humanos, puede apreciarse que en el marco universal se optó por la elaboración de dos Pactos separados, ambos adoptados en 1966: uno, referente a derechos económicos, sociales y culturales y el restante, atinente a derechos civiles y políticos.

En el contexto regional, y con excepción del sistema africano, se siguió idéntico temperamento al adoptado en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), tanto en Europa como en América, al diseñar instrumentos distintos para ambas “categorías” de derechos.

En efecto, en el sistema europeo, es dable constatar, por una parte, la existencia en el Consejo de Europa de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (a la que se añadieron numerosos protocolos) y, por la otra, de la Carta Social Europea<sup>3</sup> de 1961 (en

<sup>3</sup> El mecanismo originario de control estipulado en la Carta se estructura sobre la base de la presentación de informes por los estados partes, que son examinados por un Comité de expertos independientes, cuyas atribuciones han sido reforzadas por el Protocolo de Turín de 1991. Tal esquema fue complementado en fecha relativamente reciente, con la adopción —en 1995— del Protocolo Adicional a dicha Carta, previendo un sistema de reclamaciones

vigor desde 1965). A su tiempo, ya en el continente americano y en la órbita de la Organización de Estados Americanos (OEA), se elaboró primigeniamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo: CADH), de 1969, y casi dos décadas después, el Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Protocolo de San Salvador), de 1988,<sup>4</sup> que entrara en vigencia en noviembre de 1999.

Como excepción a tal “bifurcación” de categorías de derechos plasmada en instrumentos internacionales específicos y separados, se erige el caso de África, en cuya Carta de los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>5</sup> —Carta de Banjul—, adoptada en 1981 por la Organización de la Unidad Africana y en vigor desde 1986, se incorporaron originariamente tanto derechos civiles y políticos (artículos 3-14), como derechos económicos, sociales y culturales (véanse artículos 15-18), incluyéndose además, los llamados derechos de los pueblos (artículos 19-24). Permítasenos recordar, tangencialmente, que se ha sostenido que la adopción de la Carta obedeció, en parte, a una presión externa sobre los gobiernos africanos para desarrollar un régimen de derechos humanos en el continente y, también en parte, como una respuesta a las masivas violaciones a los derechos humanos cometidas por lí-

colectivas, con lo que se produce así una ampliación del régimen de control primigenio al permitirse también la articulación de reclamaciones de organizaciones internacionales y nacionales de empleadores y sindicatos y de otras ONG’s internacionales y nacionales. Sin perjuicio de la acreditación de aspectos positivos en el mencionado protocolo (de reclamos colectivos —en vigor desde julio de 1998—), se ha anotado que éste pareciera evadir problemas relativos a personas individuales, enfocando totalmente la dimensión colectiva de los derechos sociales (*Cfr.* Novitz, Tonia: “Are Social Rights Necessarily Collective Rights? A Critical Analysis of the Collective Complaints Protocol to the European Social Charter”, *European Human Rights Law Review*, Issue 1 – 2002, Sweet & Maxwell Ltd., p. 51).

4 El año 1988 es de suma importancia para el derecho internacional de los derechos humanos porque, además de la firma del Protocolo de San Salvador, se conmemoró el cuadragésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, paralelamente, el décimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos.

5 Al solo título informativo, cabe recordar que recientemente, el 11 de julio de 2003, la Asamblea de la segunda cumbre de la Unión Africana celebrada en Maputo, Mozambique, adoptó el Protocolo de la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África. Dicho protocolo entrará en vigor a los 30 días de ser depositado el 15 instrumento de ratificación.

deres africanos como Idi Amin (de Uganda), Banda (de Malawi), Bokassa (de la República Centroafricana) y Mengistu (de Etiopía).<sup>6</sup>

### III. UN RECORRIDO POR ALGUNOS PROBLEMAS TRONCALES ATINENTES A LA CONCEPTUACIÓN, LOS ALCANCES Y EL TENOR DE EXIGIBILIDAD DE LOS DESC

#### 1. *Unidad conceptual, igualdad de entidad jurídica e interrelación de ambas “categorías” de derechos*

Partimos de la premisa básica de afirmar que los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los civiles y políticos. La necesidad de corregir la presunta imperfección de aquéllos resulta un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos en torno de los DESC como al resolverlos.

Con acierto, se ha enseñado que el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la CADH (que comprende el acceso a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que ampare a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la mencionada Convención) concreta, además de la mentada remisión al derecho interno estatal, un reenvío a los instrumentos internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, el PIDESC, el Protocolo de San Salvador o los Convenios de la OIT; de modo tal que aquel artículo 25 viene también a establecer un mecanismo de tutela de los DES.<sup>7</sup>

Enfocando el problema desde una perspectiva histórica, puede apreciarse que entre aquellas “categorías” de derechos existe complementariedad. Al respecto, de un repaso de ciertas aportaciones brindadas por diversos instrumentos internacionales, surge que la 1a. Conferencia Mundial de Dere-

<sup>6</sup> Cfr. Mzikenge Chirwa, Danwood, “Toward Revitalizing Economic, Social, and Cultural Rights in Africa: Social and Economic Rights Action Centre and The Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria”, *Human Rights Brief*, vol. 10, issue 1, fall 2002, Washington, Center for Human Rights and Humanitarian Law-Washington College of Law-American University, p. 14.

<sup>7</sup> Abramovich, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Presente y futuro de los derechos humanos (ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez)*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 167.

chos Humanos de la ONU (Teherán, 1968) proclamó ya la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la realización plena de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los DESC; asimismo, el Acta Final de Helsinki (de 1975) contiene en el Principio 7 una referencia expresa al respeto de los derechos humanos a tono con los principios y propósitos de la Carta de la ONU y de la DUDH, lo que supuso —en palabras de Cançado Trindade— una “concesión” de los Estados socialistas que abrió el campo para la adopción, por la Asamblea General de la ONU, de la Resolución 32/130 de 1977, endosando la perspectiva globalizadora de la Proclamación de Teherán.<sup>8</sup> En suma, y como puntualiza el citado autor, entre las dos “categorías” de derechos (individuales y sociales o colectivos), no puede haber sino complementación e interacción y no compartimentación y antinomia.<sup>9</sup>

Lo anterior requiere una aclaración complementaria: la codificación de los derechos humanos en dos instrumentos diversos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en adelante PIDCP— y PIDESC) obedeció fundamentalmente a razones políticas derivadas de la división ideológica del mundo en dos bloques y que, básicamente, quedaron en evidencia en el seno de la ONU desde comienzos de la década del 50 del siglo pasado, a través de una segmentación que dio cuerpo a dos grupos antagónicos: el “occidental”, que privilegiaba los derechos civiles y políticos, y el “socialista”, que priorizaba los derechos económicos, sociales y culturales. Aunque de hecho, la DUDH no efectuó esa diferenciación y dejó plasmados tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.

Otro tanto ocurrió en el nivel regional americano, donde se aprobó la DADDH que incorpora en un solo documento los derechos civiles y políticos y los DESC y también la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aunque posteriormente llegó la hora de la “bifurcación” con la CADH y, bastante más tarde, el Protocolo de San Salvador.

De cualquier modo, y como lo ha reconocido en su párrafo inicial el Preámbulo de la Declaración de Quito, rotulada: “Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe”,<sup>10</sup> los DESC, al igual que los derechos civiles y políticos, son parte indisoluble de los derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos, tal como consta en la DUDH, el PIDESC, la

<sup>8</sup> Cançado Trindade, Antônio A., *op. cit.*, pp. 99 y 100.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>10</sup> 24 de julio de 1998.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH), la Declaración sobre Garantías Sociales, la CADH y el Protocolo de San Salvador.

En dirección convergente, precisamente el Preámbulo del Protocolo citado en último término estipula:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.<sup>11</sup>

De hecho, y en términos prácticamente idénticos a como quedara plasmado en el Preámbulo del Protocolo, en el marco de las discusiones previas al mismo, la Comisión Interamericana ya había declarado que:

existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, ya que las dos categorías constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual ambos exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que pueda justificarse el sacrificio de unos en aras de la realización de otros.<sup>12</sup>

En el sentido apuntado, la idea que debe rescatarse consiste en aprehender, como con acierto lo plantearan también la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos<sup>13</sup> (Viena, 25 de junio de 1993), que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”.<sup>14</sup> Aun cuando sobreaundante, cabe convenir con Pinto en que la señalada Declaración

11 Sin ánimo de taxatividad, menciono que consideraciones semejantes realiza el *Preámbulo de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*, afirmando el principio cardinal de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

12 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual, 1983-1984*, p. 137.

13 A/CONF.157/24 (parte I), apartado III.

14 Parte II, párrafo 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

de Viena impulsó decididamente la doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad.<sup>15</sup>

En sintonía con lo anunciado, y tal como con claridad lo pone de manifiesto la Observación General (O.G.) núm. 9 del Comité de DESC de la ONU, la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.<sup>16</sup>

## 2. *Sobre la pertinencia de la tesis acerca de las “generaciones de derechos”*

A tono con lo que va dicho, juzgamos indispensable superar la suerte de brecha dicotómica que artificialmente se supone separa a los derechos civiles y políticos de los DESC, la que probablemente haya sido facilitada por lo que conspicua doctrina denomina la “fantasía de las generaciones de derechos”.<sup>17</sup>

Algunas de las características esenciales del derecho internacional de los derechos humanos nos hacen dudar acerca de si tal terminología resulta técnicamente adecuada. En efecto, la universalidad y, sobre todo, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de ellos parecieran conspirar contra la pulcritud semántica y jurídica de la expresión “generaciones de derechos humanos”. Tampoco debería soslayarse la circunstancia de que, bajo el pretexto de una división de los derechos humanos en generaciones, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el marco de los DESC, escudándose en la mentada progresividad de los mismos y en la falta de disponibilidad de medios materiales para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos

<sup>15</sup> Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 57.

<sup>16</sup> Nos referimos a lo sostenido en el párrafo 10 *in fine* de tal O. G., bajo el epígrafe de “justiciabilidad”.

<sup>17</sup> Así la denomina Cançado Trindade, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loayza, Rafael (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, serie Estudios de Derechos Humanos, 1994, t. I, p. 64.

—civiles y políticos— no justifica la denegación de otros —económicos, sociales y culturales— (véase *vgr.*, la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo —1986—).

En conexión con ello, y como elocuentemente se ha precisado, las libertades de expresión o de sufragio no absuelven ni compensan la ignorancia, la insalubridad y la miseria.<sup>18</sup>

En torno del tema sobre el que venimos argumentando, Cançado Trindade ha enseñado que:

la perspectiva atomizada de los derechos humanos, con sus distorsiones, se hace posible por la teoría de las generaciones de derechos: no importa cómo se clasifiquen, los derechos humanos presentan una naturaleza esencialmente complementaria, existe una interacción entre ellos; no se ‘sustituyen’ unos a otros, a diferencia de lo que pareciera indicar la desacertada invocación de la imagen del paso de las generaciones. Además, la analogía de la ‘sucesión generacional’ de los derechos, desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional en este campo, no parece ser correcta en términos históricos: los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no parecen haber ocurrido *pari passu*. Así es que, si bien en el derecho interno (constitucional) el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no ocurrió lo mismo en el plano internacional, como queda demostrado por las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la O.I.T. en 1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos.<sup>19</sup>

En lo que me parece una apreciación consonante con lo anterior, Gialdino recuerda que:

la atención internacional por los derechos sociales apareció, quizás, con anterioridad a la de los derechos civiles y políticos, en la medida en que ya para 1919, los primeros aparecen en el Tratado de Versalles el cual, al paso, creó la Organización Internacional del Trabajo, cuyo *corpus iuris* de la justicia social no sería ajeno a la Declaración Universal.<sup>20</sup>

18 García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 9, julio-diciembre de 2003, p. 130.

19 Cançado Trindade, Antônio A., *O.N.G.*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 8, 1993, pp. 42 y 43.

20 Gialdino, Rolando E., “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional”, *Investigaciones*,

Ahondando en el tema que nos ocupa, Cançado Trindade agrega que, mientras en relación con los seres humanos se verifica la sucesión generacional, en punto a los derechos se desarrolla un proceso de acumulación, lo que le permite aseverar gráficamente que los seres humanos se suceden, los derechos se acumulan y se sedimentan.<sup>21</sup>

Sea como fuere, la idea que intentamos rescatar es que la utilización léxica de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar la unidad conceptual de éstos puesto que ellos imbrican en la dignidad humana que, obvio es decirlo, es sólo una también.

Finalizamos este punto reenviando a Rabossi,<sup>22</sup> quien en un serio trabajo se ocupa de desvirtuar la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, una de cuyas críticas contra ésta consiste en afirmar que la consecuencia más dañina que aquélla origina es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categórica de fondo, una distinción esencial, pero en realidad —aclara— no hay nada en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas,<sup>23</sup> puesto que las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda que el autor sintetiza diciendo que sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos y los DESC son, en el mejor de los casos, programáticos. Rabossi pasa a demostrar la vacuidad de este último planteo, asegurando que ni la distinción derechos negativos vs. positivos, ni la de derechos estrictos vs. ideales utópicos, ni la de de-

Buenos Aires, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado-Corte Suprema de Justicia de la Nación, núm. 2, 1999, p. 363.

21 *Op. cit.*, nota 17, pp. 64 y 65.

22 Rabossi, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad de Buenos Aires-Abeledo-Perrot, núm. 69-71, 1997-1998, pp. 49 y 50.

23 Esa diferencia radicaría, a estar al planteo de Vasak (al que Rabossi critica) en que los civiles y políticos son derechos-atributo de la persona humana, derechos que en lo esencial son oponibles al Estado, de quien se supone una actitud de abstención para que puedan ser respetados; mientras que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de crédito contra el Estado y la colectividad nacional e internacional organizadas, son derechos exigibles al Estado para poder ser realizados. Vasak, Karen, “Pour les droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité”, *Leçon inaugurale*, Institut International des Droits de l’Homme, 1979, citado por Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, p. 49.

rechos genéricos vs. específicos logran identificar clases excluyentes de derechos puesto que, en verdad, la garantía de la vigencia de un derecho humano supone siempre una política positiva del Estado al diseñar y estatuir el marco institucional y político necesario.<sup>24</sup>

### 3. Hacia la “progresividad efectiva” de los derechos económicos, sociales y culturales

Dado que ideológicamente concebimos a la democracia como un sistema de inclusiones, no de exclusiones,<sup>25</sup> y porque comparto con Scheinin la percepción consistente en que los derechos económicos, sociales y culturales son una parte esencial del código normativo internacional de los derechos humanos<sup>26</sup> (además de que así ha sido inequívocamente establecido en los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del PIDESC),<sup>27</sup> juzgamos de real valía que se concrete el pasaje de la progresividad simbólica a la progresividad efectiva y real de tal “tipología” de derechos.<sup>28</sup>

Como la O.G. núm. 3 del Comité de DESC se encargara de aclarar (en su apartado 9), la principal obligación de resultado que se refleja en el artículo 2o., párrafo 1, del Pacto es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad” de los derechos reconocidos en aquél. Añade que la expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de dicha frase, al tiempo de indicar que el concepto de “progresiva efectividad” constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> *Cfr.* Valadés, Diego, *Constitución y política*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 23 y 24.

<sup>26</sup> Scheinin, Martín, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, Asbjorn Eide *et al.*, *Economic, Social and Cultural Rights*, Boston, Londres, Dordrecht, 1995; citado por Rodríguez Pinzón, Diego *et al.*, *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Washington D.C., B.I.D-American University, 1999, p. 362.

<sup>27</sup> Aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, y convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los estados partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del —por entonces— recientemente constituido Comité de DESC del Consejo Económico y Social, de los informes presentados por los estados partes; y, la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

<sup>28</sup> En sentido análogo se ha manifestado Gialdino, Rolando E., *op. cit.*, p. 394.

en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo, lo que no debe llevar a interpretar equivocadamente que priva a la obligación de todo contenido significativo, sino que, 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 el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y por otra, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general del Pacto, en realidad su razón de ser, que es establecer claras obligaciones para los estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata .

La cuestión de la “progresividad efectiva”, y su cabal cumplimiento, resulta importante toda vez que, bajo el ropaje de una inocua o despreocupada alegación de progresividad, se encubren reiteradas violaciones a los DESC.

Ciertamente, progresividad no implica letargo, inocuidad ni impunidad sine die para el Estado. Sobre el particular, creemos que la Corte Suprema argentina, en fallos relativamente recientes: *vgr.*, “Asociación Benghalensis”<sup>29</sup> —del 1o. de junio de 2000— y “Campodónico de Beviacqua”<sup>30</sup> —del 24 de octubre de 2000—, ha brindado una interesante pauta axiológica, haciendo operar la obligación estatal de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales (a través de acciones positivas) dentro de una dimensión razonable de la progresividad necesaria para lograr la plena efectividad de los mismos.

A modo de digresión, permítaseme recordar que en la primera de las causas mencionadas (“Asociación Benghalensis”), que fuera resuelta el 1o. de junio de 2000, la Corte confirmó las sentencias de las instancias de grado que habían hecho lugar a la acción de amparo contra las omisiones del Estado Nacional por incumplimiento de las obligaciones impuestas en la Ley 23.798 y su Decreto Reglamentario 1.244 de 1991. La acción fue articulada por la Asociación Benghalensis y otras entidades no gubernamentales que despliegan actividades contra la epidemia del SIDA (Fundación Descida,

29 Cuya carátula responde a la siguiente individualización: “A.186.XXXIV. ‘Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/ amparo ley 16.986’”.

Una referencia al fallo puede verse en Bazán, Víctor, “Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos”, *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 15-44.

30 La carátula completa de la causa es: “C.823.XXXV. Recurso de hecho. ‘Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas’”. Para una referencia más amplia a dicho pronunciamiento, véase Bazán, Víctor, *op. cit.*

Fundación para estudio e investigación de la Mujer [FEIM], Asociación Civil Intilla, Fundación R.E.D., Fundación CEDOSEX, Fundación Argentina pro ayuda al niño con SIDA, y Asociación Civil S.I.G.L.A.), y se condenó al Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— al dar acabado cumplimiento a la obligación a su cargo de asistir, tratar y en especial —suministrar medicamentos— de modo regular, oportuno y continuo a las personas enfermas de ese mal, registradas en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país. Además, la Corte efectuó una interpretación amplia en materia de legitimación activa; evitó que fuesen preteridos los deberes estatales en tan importante materia (salud pública como inversión social prioritaria) y que ellos quedaran licuados en una discusión (por supuesto, secundaria) acerca de la distribución competencial entre nación y provincias en el cumplimiento de las imposiciones del citado plexo normativo. Ya en la segunda de las causas aludidas (Campodónico de Beviacqua), la Corte confirmó la sentencia de las instancias de mérito que habían hecho lugar al amparo articulado por la madre del niño A.S.B. (quien nació con un grave padecimiento en su médula ósea que reduce sus defensas inmunológicas y cuyo tratamiento depende del suministro de un fármaco especial), condenando al Ministerio de Salud y Acción Social a entregar las dosis necesarias de la mencionada medicación, ya que el 2 de diciembre de 1998 el Banco de Drogas Antineoplásicas —dependiente de aquél— manifestó a los padres de la criatura que les entregaba la medicación “por última vez”, circunstancia que movió a éstos a articular la aludida acción. Creemos que la sentencia reviste gran trascendencia, pues el máximo tribunal efectuó un laudable razonamiento vinculando sustanciales cuestiones como las obligaciones asumidas internacionalmente por nuestro país, que adquieren plusvalía a partir de la jerarquización constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos; las medidas de acción positiva que debe el Estado adoptar; un concepto funcional de progresividad en materia de DESC; y la inevitible obligación del Estado Nacional de no desligarse de su deber de amparar la vida y la salud del menor, asegurando la continuidad del tratamiento contra la grave dolencia de éste (enfermedad de Kostman), en el marco de su responsabilidad subsidiaria y sin desembarazar al gobierno provincial de Córdoba ni a las obras sociales. Todo ello condujo a operativizar jurisdiccionalmente la relevante pauta que ordena priorizar el interés superior del niño frente al desamparo asistencial en que sumía a éste la decisión de interrumpir la provisión del fármaco, con lo que se

salvó preventivamente en sede judicial una suerte de inminente omisión de la autoridad pública involucrada.

De regreso a la digresión, creemos conveniente que se imponga el ahondamiento del criterio jurisdiccional señalado en los párrafos precedentes, dando apertura procesal a la discusión y el análisis de las pretensiones que persigan la viabilidad de tal “sector” de derechos y la búsqueda de soluciones judiciales razonables que compatibilicen armónica y equilibradamente las posibilidades económicas del Estado, el radio de acción de la magistratura, y la existencia de legítimos derechos que reclaman operatividad jurídica.

#### 4. *Herramientas o instrumentos utilizables para superar las omisiones estatales en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales*

Se ha sostenido que la efectividad práctica en el plano interno de los DESC depende, en múltiples ocasiones, de las “reservas financieras”, de los “recursos disponibles”, de la “reserva de lo económicamente posible”<sup>31</sup> o de circunstancias envueltas léxicamente en expresiones de magnitud semántica análoga. En línea con ello, y conscientes de las dificultades prácticas que importa la puesta en marcha de tal “tipología” de derechos, estimamos conveniente y necesario que se habiliten adecuadas vías procesales para cuestionar jurisdiccionalmente las recurrentes omisiones que se cometen respecto de los mismos y que, por ese camino, además de violentar la normativa internacional, hacen lo propio con la letra y el espíritu de la Constitución.<sup>32</sup> Precisamente, se focaliza el ámbito de las omisiones pues es en este campo abstencionista donde germina una importante cantidad de violaciones a los DESC.

Sin perjuicio de volver sobre el problema de los mecanismos que el derecho interno proporciona para dar canalización procesal a planteos sobre los DESC (véase *infra*), sólo anticiparemos aquí ciertas pautas referentes a las

31 Fórmula, esta última, acuñada por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

32 Para un panorama de la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, consultar de Bazán, Víctor, por ejemplo: “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 91-286.

omisiones inconstitucionales y a la necesidad de pensar en técnicas que generen la posibilidad de corregirlas.

En primer lugar, y como punto previo al desarrollo propuesto, es imposible evadir un reenvío a Wessel<sup>33</sup> cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. Básicamente, tal autor distingue entre omisiones absolutas y relativas.

En las absolutas, hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las relativas, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo tentativamente las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que —como el argentino— les acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario el principio de igualdad, o —como se ha afirmado— cuando se produzca una regulación deficiente a causa de la falta de “complitud” (*sic*) de la norma.<sup>34</sup>

En este supuesto (omisión relativa), el control judicial de constitucionalidad —excitado por la omisión en perjuicio de algunos— sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada. Obviamente —y en sintonía con lo que he venido sosteniendo—, no cualquier omisión viabilizará el control, sino sólo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma completa una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la alcuña expuesta *supra*). Una de las opciones que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la complementación de la norma desapareja, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer la igualdad quebrada y proporcionar, de ese modo, satisfacción a la pretensión de los perjudicados.

33 Wessel, W., “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuadro 6, 1952, p. 164.

34 Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998, p. 116.

Sentado el marco conceptual precedente, es interesante colacionar algunas apreciaciones de Pisarello y De Cabo, quienes afirman que, respecto de lo que genéricamente denominan “derechos sociales”, las respuestas jurisdiccionales dependerán del tipo de omisión legislativa de que se trate.<sup>35</sup>

Así, recuerdan que una omisión legislativa relativa no será sino la otra cara de un desarrollo legislativo minimizador y podría resolverse no sólo invocando los derechos sociales constitucionales vulnerados, sino también esgrimiendo el principio de igualdad, de no discriminación, de debido proceso, etcétera.<sup>36</sup> Por su parte, precisan que si se tratara de un supuesto de omisión legislativa absoluta, las alternativas jurisdiccionales son más complejas, debiendo indagarse si es posible articular una posición subjetiva ante los tribunales para obtener la protección de un derecho social, para lo cual los referidos autores sostienen que el recurso de amparo o algún mecanismo procesal semejante (como la tutela colombiana) comportarían una vía idónea tanto de acceso individual como colectivo, añadiendo que incluso en aquellos ordenamientos que, como el español, no admiten el amparo directo de derechos sociales, aquél podría articularse “por conexión” con un derecho civil constitucionalmente amparable, hipótesis que grafican señalando que la protección del derecho a la salud podría obtenerse por medio de la salvaguarda del propio derecho a la vida, etcétera.<sup>37</sup>

Asimismo, advierten que la doctrina dominante se ha mostrado reticente frente a este tipo de alternativas, ya que los detractores argumentan que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”, por lo que cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito comportaría una inadmisibles intromisión en las competencias presupuestarias del legislador y un “intento por gestionar lo imposible”.<sup>38</sup> Sin embargo, los doctrinarios citados no comparten tal argumento al entender —en sintonía con el criterio que dejáramos expuesto— que ni la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es tan tajante como parece, ni la “reserva de lo financieramente posible” puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la desvinculación ju-

35 Pisarello, Gerardo y De Cabo, Antonio, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, en Morodo, Raúl y De Vega, Pedro (comps.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UNAM-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 1822.

36 *Idem*.

37 *Idem*.

38 *Ibidem*, p. 1823.

rídica absoluta del legislador, ya que cuando una omisión legislativa absoluta vulnera el contenido mínimo esencial de los derechos sociales constitucionales, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente al deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión (véase artículo 2o. del PIDESC).<sup>39</sup> Por fin, agregan que en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha alguno de los que se encuentran a su alcance.<sup>40</sup> Por su parte, y partiendo de aquellos DESC que generan obligaciones positivas para el Estado, es inexcusable precisar —con Ferrajoli— que son o pueden tornarse justiciables las violaciones de los derechos sociales consistentes en omisiones, es decir, en la falta de la prestación que constituye su objeto y cuya exigibilidad en juicio es posible garantizar en la mayor parte de los casos.<sup>41</sup> Obviamente, se requerirá valentía (que no temeridad) por parte de la judicatura y la asunción de un rol creativo para dar solución a los supuestos que se presenten a su decisión.

Aunque quizás rudimentaria y obvia nuestra apreciación, recordamos que no sólo las partes en el proceso argumentan jurídicamente, sino que el juez también lo hace.<sup>42</sup> Profundizando la precedente afirmación, se ha puntualizado acertadamente que la problemática de la argumentación —desde la óptica de su contenido o de su campo de aplicación—, se presenta en una doble perspectiva: una dialógica, dentro del debate que regla el proceso, dirigida a persuadir y convencer al juez en defensa de las posiciones asumidas por los contradictores, intentando destruir además los argumentos del adversario; y, la segunda, se desenvuelve como expresión de fundamentos y motivaciones que proporciona el juez en los considerandos de su decisión, intentando persuadir y convencer a sus primeros destinatarios, es decir, las partes en el contradictorio y a los receptores últimos que son la co-

39 *Idem.*

40 *Ibidem.*, p. 1824.

41 Ferrajoli, Luigi, en el prólogo a la obra de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 10.

42 Véase por ejemplo, Andruet [h.], Armando S.: “La sentencia judicial”, en Ghirardi, Olsen (comp.), *El razonamiento judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2001, t. IV, pp. 59 y ss.

munidad jurídica y la comunidad toda como beneficiaria del servicio de justicia.<sup>43</sup>

Por tanto, la exigencia que se cierne sobre la judicatura involucra —*inter alia*— la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión eminente en cabeza de los jueces, quienes cifran buena parte de su legitimidad en la racionalidad de sus decisiones,<sup>44</sup> razón por la cual se precisa de ellos —en tanto piezas fundamentales del sistema— una actitud creativa y prudentemente activista en materia de DESC.

Ya a modo de mensaje envolvente de diversas cuestiones abordadas en el presente subapartado, y en sintonía con el papel imaginativo y constructivo que es dable esperar de la magistratura, la violación de la Constitución (y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional) por omisión —como verifica Sagüés— no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador, por lo tanto, es al Poder Judicial al que le corresponde diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace.<sup>45</sup>

Finalmente, merece resaltarse la trascendencia de la actuación del Poder Judicial en el marco tuitivo de los DESC, puesto que al fallar en hipótesis de incumplimiento de éstos su actuación genera un efecto dúplice: directo, solucionando los casos concretos en los que están en juego tales derechos; e

43 Cfr. Álvarez Gardiol, Ariel, “Motivación de las sentencias y razonabilidad”, en Ghirardi, Olsen (comp.), *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Instituto de Filosofía del Derecho, 2000, t. III, pp. 11 y 12.

44 La oración que cierra el texto parafrasea una apreciación de Gascón Abellán, quien en un certero párrafo precisa: “Los estudios relativos a la argumentación jurídica, y singularmente judicial, así como a la función y posición de los tribunales en un sistema normativo evolucionado, han conocido un extraordinario desarrollo en las últimas décadas. Acaso ello pueda obedecer a que, de entre todos los operadores jurídicos, son los jueces los únicos que verdaderamente argumentan sus decisiones o, cuando menos, quienes han ido produciendo un estilo más depurado y persuasivo; desde luego, ni las exposiciones legales de motivos ni las motivaciones administrativas presentan tales perfiles, tal vez porque tanto el poder legislativo como el ejecutivo cifran su legitimidad en la justificación de su origen más que en la racionalidad de sus decisiones”. Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 9.

45 Sagüés, Néstor P., “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, ponencia presentada en el *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, febrero de 2002.

indirecto, pues como *mutatis mutandi* verifican Abramovich y Courtis, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encaramarse como importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, mediante una semántica de los derechos, y no meramente a través de las actividades de lobby o demanda político-partidaria.<sup>46</sup>

#### IV. DIVERSAS CUESTIONES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LOS DESC EN EL PLANO INTERNO ARGENTINO

Analizaremos sucesivamente ciertos avances normativos producidos por conducto de la reforma constitucional plasmada hace casi una década; un panorama de las herramientas procesales y constitucionales para cauterizar los DESC, desde el prisma de *lege lata* y también a manera de aportaciones de *lege ferenda*; la necesidad de valorar la figura del defensor del pueblo que, tanto en el plano doméstico como en el internacional, puede representar un instrumento de utilidad para vigorizar las alternativas de exigibilidad de los DESC; y, por último, una breve referencia a la necesidad y conveniencia de que nuestro país ratifique el Protocolo de San Salvador.

##### 1. *La reforma constitucional argentina de 1994 y algunos avances normativos*

Es dable poner de relieve que uno de los avances que ha experimentado la Constitución argentina al influjo de su última reforma (al menos desde el ámbito normativo), enraíza en el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la igualdad formal (artículo 16) con la igualdad material (artículos 37<sup>47</sup> y 75, incisos 2,<sup>48</sup> 19 y 23 —incisos, estos últimos, sobre los que volveré—).

46 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *Hechos y derechos*, Buenos Aires, Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos-Ministerio del Interior, 2000, p. 26.

47 Que asegura la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, la que se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

48 Relativo al régimen de coparticipación federal de impuestos entre nación, Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estableciendo —*inter alia*— que la distribución entre tales entes se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funcio-

En otras palabras, como igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato, por citar una fórmula léxica aglutinante y sintetizadora del sesgo que el constituyente reformador de 1994 inculcó al torrente constitucional.

Tal pauta axiológica resulta vertebral pues no cabe olvidar que, precisamente, una estrategia sustancial de justicia de los DESC radica en la prohibición de discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Sobre el punto, y al solo efecto ejemplificativo, cabe computar en nuestro país la existencia de una normativa genérica antidiscriminatoria: la Ley Nacional número 23.592, del año 1988, que sanciona civil y penalmente los actos y omisiones de ese carácter, reputándose tales aquellos basados precisamente en los motivos citados.

Por lo demás, y como se afirmara, el disfrute de los DESC es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos, ya que asegurar el goce de éstos sin considerar el pleno ejercicio de aquéllos “conlleva discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza, del poder y que reproducen las inequidades sociales”.<sup>49</sup>

Por su parte, no parece sobreabundante recordar que la operatividad no eufemística de aquella premisa (simplificando: igualdad real de oportunidades), requiere del Estado que actúe equiparando situaciones de irrazonable desigualdad, paliando arbitrarias discriminaciones, previniendo o corrigiendo infundadas disparidades (por caso, mediante la generación de políticas de discriminación inversa para beneficiar a los grupos o personas tradicionalmente desaventajados) y que, en tren de satisfacer tan trascendente objetivo, y en el contexto genérico de las medidas de acción positiva requeridas, quedan decididamente vinculadas las sentencias judiciales como garantía de observancia de la Constitución y significativo reaseguro en el sentido de que no se tolerará el incumplimiento, por acción u omisión, de las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar internacionalmente los tratados sobre derechos humanos.

Como recuerda Carbonell, desde el punto de vista jurídico, la igualdad no se limita a una serie de mandatos constitucionales dirigidos al legislador,

nes de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto: será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

<sup>49</sup> Cfr. Uribe Muñoz, Alirio, “Los derechos económicos, sociales y culturales en un mundo globalizado”. Fuente: <http://www.cajpe.org.pe/guia/mat3.htm>

sino que también sirve para vincular la conducta de los demás poderes públicos e incluso, en ciertos aspectos y bajo algunas condiciones, de los particulares.<sup>50</sup>

Tampoco es un dato irrelevante el alto grado de desarrollo adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos, que se patentiza endógenamente en: la jerarquización constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos individualizados en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2 (acerca del que retornaré), y los que en el futuro sean unguidos con tal carácter;<sup>51</sup> la instauración del principio *pro homine* o favor *libertatis* (con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura en relación con los instrumentos internacionales: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados); y la presencia de una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que —en líneas generales y con algunas intercadencias— se muestra proclive a expedirse en pro de la obligatoriedad del cumplimiento por parte del Estado de los compromisos y obligaciones asumidos internacionalmente y a aceptar la fuerza de los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (respectivamente, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión) y jurisprudencia (en el de la Corte) deberían siempre servir de modelo a los que las soluciones jurisdiccionales dispensadas en el escenario judicial local habrían de adaptarse.

Ya para finalizar este punto, y previo a reseñar algunos de los mecanismos procesales disponibles en nuestro país para procurar hacer efectivos los DESC, es conveniente repasar rápidamente el mosaico de normas sustanciales al respecto contenidas en el texto de la ley fundamental. En ese sentido, y en señalamiento que no persigue exhaustividad alguna, encontramos por ejemplo las siguientes cláusulas: artículo 14 *bis*; artículo 75, incisos 17, 19, 22, 23 y 24; artículo 41 y artículo 42. Todas ellas fueron in-

50 Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 128.

51 A la nómina allí contenida, se han añadido la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley Nacional núm. 24,820 —B.O. 29 de mayo de 1997), y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la Ley Nacional núm. 25,778 —B.O. 3 de septiembre de 2003—.

introducidas por la modificación constitucional de 1994 a excepción del artículo 14 *bis*, incorporado por la reforma de 1957. Veamos un breve detalle de las mismas:

El artículo 14 *bis* consagra los derechos de los trabajadores y de las organizaciones profesionales de trabajadores, y además, dispone que el Estado otorgara los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable.

El artículo 75 (atribuciones del Congreso de la Nación), incisos 17, 19, 22, 23 y 24. Sintéticamente, el inciso 17 se refiere a los derechos de los pueblos indígenas argentinos; el inciso 19 impone al Poder Legislativo —*inter alia*— proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, al crecimiento armónico de la nación, además de sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna: y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales, al tiempo de expresar que corresponde al Congreso dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad culturales, la libre creación y circulación de las obras de autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales; el inciso 22 establece la posición preferente de los tratados internacionales y concordatos con la santa sede respecto de las leyes y —como anticipé— otorga jerarquía constitucional a un plexo de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y a los que en el futuro se les asigne tal valencia; el inciso 23 discierne en el Congreso la competencia para legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, además de dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia; y el inciso 24 dispone la atribución congresal de aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los

derechos humanos, además de preceptuar —entre otros puntos— que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. El artículo 41, referido a los derechos ambientales; y el artículo 42, que consagra los derechos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios.

## 2. *Sobre algunas vías procesales de lege lata y de lege ferenda, útiles para cautelar los DESC*

Ya en relación con las vías procesales para canalizar las pretensiones en materia protectora de los DESC, repasaremos rápidamente algunas *herramientas ya existentes y otras cuya utilidad y valía merecen ser exploradas a los efectos de su incorporación por medio de directrices legislativas o jurisprudenciales*.

## 3. *Ciertas herramientas procesales y constitucionales existentes actualmente en la normativa y la jurisprudencia nacionales*

Pueden ejemplificar y contabilizarse en el ámbito nacional<sup>52</sup> las siguientes acciones y procesos constitucionales:

<sup>52</sup> Dejé fuera de este señalamiento a los mecanismos de democracia semidirecta establecidos en la Constitución Nacional o en las de las Provincias y/o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ejemplo, y según corresponda a cada dispositivo constitucional particular, la iniciativa popular, la consulta popular, la revocatoria de mandatos, etcétera. Tampoco abordare otros instrumentos participativos de la población en el marco de los servicios públicos, *vgr.*, la audiencia pública. Sólo mencionaremos que este procedimiento fue instaurado en nuestro país por vía legal e infralegal en el ámbito de los siguientes entes regulatorios: del Gas —Enargas— (Ley número 24,076 —artículos 6, 16, 18, 29, 46, 47, 67 y 68—); la Electricidad (Ley número 24,065 —artículos 11, 32, 46, 73 y 74—; además, la Resolución del Ente Nacional Regulador de la Electricidad —ENRE— núm. 39 de 1994 aprobó el Reglamento de Audiencias Públicas de ese Ente, existiendo para éste un procedimiento específico de audiencias públicas que resulta aplicable en materia de imposición de sanciones, que se encuentra regulado en el Reglamento para la aplicación de sanciones, aprobado por Resolución número 23 de 1994, asimismo, la Resolución número 57 de 1996, del ENRE, que contiene el Reglamento General de Audiencias Públicas y Documentos de Consultas para las Comunicaciones); las Telecomunicaciones (Resolución de la Secretaría de Comunicaciones número 57 de 1996, y las Obras y los Servicios Sanitarios (Resolución número 108, 2003, del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios —ETOSS—, aprueba el Reglamento de Audiencias Públicas).

- a) La acción de amparo, en sus vertientes de amparo individual o clásico (artículo 43, párrafo 1o., de la Constitución Nacional —en adelante C.N.—) y amparo colectivo (artículo 43, párrafo 2, *ibidem*), complementada con la normativa aplicable, según corresponda, de la Ley núm. 16,986 de 1966 (contra actos u omisiones de autoridad pública) o del siguiente Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —C.P.C.C.N.—(contra actos u omisiones de particulares) en sus artículos 321, inciso 2, y 498.

Naturalmente, no se puede soslayar en esta reseña algunos subtipos del amparo, tales como el amparo por mora en la administración<sup>53</sup> (artículos 28 y 29 de la Ley Nacional núm. 19,549)<sup>54</sup> o el amparo sindical (artículo 47 de la Ley núm. 23,551).<sup>55</sup>

- b) La acción meramente declarativa establecida en el artículo 322 del C.P.C.C.N., cuyo párrafo 1o. dispone que ella podrá ser deducida para obtener

una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

- c) Vinculada a la anterior, se presenta también la acción declarativa de inconstitucionalidad, que, aunque con matices y alternancias, viene ganando terreno en la línea jurisprudencial de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>56</sup>

En referencia a dicha acción y su conexión con la meramente declarativa aludida en el subapartado anterior, se ha precisado que las acciones declarativas han discurrido tres períodos en su historia vivencial: el primero se ex-

53 Ya fuera de lo estrictamente judicial, y al menos *ab initio*, puede pensarse también en denuncias administrativas contra los funcionarios comprometidos en la violación de los DESC, a los efectos de que se determine su responsabilidad y la potencial aplicación de sanciones disciplinarias.

54 Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

55 Normativa sobre asociaciones sindicales (B.O. del 22 de abril de 1988).

56 Para ampliar sobre el recorrido jurisprudencial de tal acción en la percepción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el despliegue normativo del que ha sido objeto en el derecho público provincial comparado, véase Bazán, Víctor, “Antecedentes y perspectivas de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal argentino”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núms. 55 y 56, 2003, pp. 563-619.

tiende hasta el año 1967, fecha en que la reforma al C.P.C.C.N. incorporó la acción declarativa como proceso judicial en el artículo 322; el segundo finaliza en 1985 y, en él, la Corte no admite el control de constitucionalidad en las acciones declarativas reguladas en dicho artículo; el tercero de ellos comienza a partir de 1985.<sup>57</sup> El año 1985 marca un punto de inflexión determinado por la sentencia emitida en “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ acción de amparo”<sup>58</sup> (del 20 de agosto de 1985), en el que con un interesante y valioso desapego por el rigorismo formal, la Corte prescindió del *nomen iuris* dado por la accionante a su pretensión (articulada primigeniamente como amparo), recanalizándola para subsumirla en el radio de cobertura de la acción declarativa regulada en el artículo 322 del C.P.C.C.N., a la que estimó como un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora que planteaba ante los estrados del Tribunal una relación jurídica discutida o incierta, evidenciándose la convergencia de un interés real y concreto susceptible de protección legal actual.

A modo de ideas liminares para computar la potencialidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad dentro del marco de cobertura tuitiva de los DESC (y su vinculación con las acciones meramente declarativa y de amparo), puede decirse que:

Los “derechos de incidencia colectiva” (siguiendo la terminología del artículo 43, párrafo 2, de la C.N.) receptan adecuado cauce de tutela en la acción declarativa de inconstitucionalidad, además de ser ejercitables a través de la acción de amparo, razonamiento que la Corte complementa con un saludable ensanchamiento perceptivo de la legitimación procesal para la articulación de las mismas.

Ambos procesos, acciones de amparo y declarativa de inconstitucionalidad, importan eslabones muy importantes que, a manera de cuña, han hendido el criterio otrora impenetrablemente reacio de la Corte en admitir el control de constitucionalidad por vía de acción. El análisis del devenir jurisprudencial de la C.S.J.N. denota, tal como se advirtiera,<sup>59</sup> que los casos “Provincia

57 Bianchi, Alberto B., “De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad (La conversión del caso federal en caso judicial)”, *El derecho*, Buenos Aires, 22 de febrero de 2001, p. 3.

58 Fallos, 307:1379.

59 Rosales Cuello, Ramiro, “Acción declarativa y control constitucional. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Jurisprudencia Argentina*, suplemento especial, Buenos Aires, 6 de diciembre de 2000, p. 10.

de Santiago del Estero c/ Y.P.F.” y “Lorenzo, Constantino c/ Nación Argentina”<sup>60</sup> proporcionaron a la acción declarativa el marco “sustancial”; mientras que el caso “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba”<sup>61</sup> le brindó el marco “procesal”.

Por su parte, y como afirma Bianchi,<sup>62</sup> si bien la Corte nunca ha abandonado (formalmente) el *holding* de “Gomer”, que exige la presencia de los requisitos de la acción meramente declarativa de certeza, en la práctica pueden detectarse numerosos casos en los cuales ha admitido acciones declarativas de inconstitucionalidad donde la única y eventual incertidumbre consistía en determinar si la norma cuestionada era inconstitucional o no.<sup>63</sup>

- d) La acción procesal administrativa o proceso contencioso administrativo (artículos 23 y 24 de la Ley Nacional número 19,549) u otros mecanismos de impugnación judicial de los actos administrativos,

60 En dicha causa (resuelta el 12 de diciembre de 1985), el Alto Tribunal sostuvo que no puede afirmarse que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad; sino que, para que ella sea viable, debe desenvolverse en verdaderos “caso” o “causa” contenciosos, en los que se persiga *in concreto* la determinación del derecho debatido entre partes adversas; es decir, acciones determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alegue el actor y que estén dirigidas a prevenir o impedir lesiones a tales derechos (Fallos, 307:2384).

61 Causa dirimida en fecha del 3 de febrero de 1987. Puede ser catalogada como la primera en la que la Corte construye su razonamiento sobre la base de admitir la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad a través de la acción declarativa. El Tribunal abre la parte considerativa del resolutorio afirmando contundentemente que “de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal existe en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad y ella puede ser instaurada directamente ante esta Corte cuando se dan los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria” *El derecho*, Buenos Aires, t. 123, pp. 424 t 425.

62 Bianchi, Alberto B., *op. cit.*, p. 5.

63 Es lo que sucedió, a nuestro juicio (y por enunciar un ejemplo relativamente reciente) en la causa “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Provincia de Catamarca” (Fallos, 323:1206), resuelta el 16 de mayo de 2000, en la que, bajo un alegado estado de incertidumbre, la actora procuraba (y logró) que la Corte declarara la inconstitucionalidad de la Resolución número 9 de 1997 de la Administración General de Rentas y Registro Territorial de la Provincia de Catamarca, en cuanto pretendía incluir en la base de cálculo del impuesto a los ingresos brutos a la parte de la comisión prevista en el artículo 116, párrafo 2, de la Ley Nacional número 24.241 (destinada al pago de la prima del seguro colectivo), lo que, en definitiva, lesiona el principio de supremacía legal del artículo 31 de la C.N.

por ejemplo, la articulación de recurso judicial directo contra las decisiones de ciertos entes reguladores de servicios públicos).<sup>64</sup>

- e) La búsqueda de tutela anticipada<sup>65</sup> o la formalización de un pedido de medida autosatisfactiva,<sup>66</sup> alternativas que se traen a colación sólo para graficar algunas posibilidades procesales admitidas jurisprudencialmente mas sin intención alguna de ingresar en la polémica autoral sobre el alcance y el contenido de aquéllas o de bucear profundamente en disquisiciones léxicas y jurídicas discutidas en la doctrina.

Básicamente, y apoyándonos en las apreciaciones de Rojas, quien luego de puntualizar que por vía de diversas denominaciones ha cobrado auge lo que una línea de la doctrina denomina como cautela autónoma, otra como cautela material, y otra como autosatisfactiva constituyendo todas expresiones de un mismo sentido, manifiesta que se trata de la

posibilidad de obtener de la jurisdicción un pronunciamiento urgente, pero a su vez definitivo, que excede el marco de los sistemas cautelares aunque se apoya en su estructura, para delinear el procedimiento que observan para su desarrollo, medidas a las que se les asigna, por oposición a aquéllos, carácter autónomo, en lugar del instrumental y subsidiario de las cautelares.<sup>67</sup>

- f) La acción de reclamación de daños y perjuicios.
- g) La denuncia penal (*vgr.*, por incumplimiento de los deberes de funcionario público); la posibilidad de constituirse en parte querellante y/o en parte civil (en los términos estipulados por el Código Procesal Penal de la Nación).

64 Así, respecto de las decisiones del Enre y del Enargas, tanto la Ley número 24,065 (artículo 76) como la Ley número 24,076 (artículo 66), prevén un recurso judicial directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

65 Véase Morello, Augusto M., *Anticipación de la tutela*, La Plata, Platense, 1996, *passim*.

66 Véase Peyrano, Jorge Walter, *vgr.*, “Recientes tendencias en la posición del juez. Informe nacional argentino”, en Berizonce, Roberto O. (coord.), *El juez y la magistratura. Tendencias en los albores del siglo XXI*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 85 y 86.

67 *Cfr.* Rojas, Jorge A., *La emergencia y el proceso*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 197 y 198.

#### 4. *En la normativa propia del derecho público provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Ya en los ámbitos provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como es bien sabido, existen algunas otras herramientas más allá de las indicadas, *vgr.* los mandamientos de ejecución y prohibición (Constituciones de Chubut —1994—, que los prevé respectivamente en los artículos 58 y 59, y de Río Negro —1988—, que los consagra en los artículos 44 y 45); las acciones declarativas de inconstitucionalidad, que en algún caso —como el del artículo 113, inciso 2, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— ostenta naturaleza jurídica propia de una acción popular, y puede dirigirse contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad y contrarias a la carta magna nacional o a la local, articulables directamente ante el Tribunal Superior de Justicia, el que conocerá de ellas en instancia originaria y exclusiva,<sup>68</sup> la acción de inconstitucionalidad por omisión, estatuida expresamente en la Constitución rionegrina (*cf.* artículo 207, inciso 2, apartado ‘d’), tema sobre el que volveré.

#### 5. *Algunas vías procesales y constitucionales que merecen ser visualizadas como potenciales instrumentos tuitivos de los DESC*

Ya fuera y más allá de los mecanismos procesales enumerados precedentemente, creemos conveniente que se exploren nuevas alternativas. Aludimos a las acciones de clase o *class actions*, de empleo corriente en la praxis estadounidense y que puede resultar de provecho en litigios masivos y complejos siempre que existan mínimos comunes denominadores que permitan perfilar al grupo actor y a su pretensión concreta,<sup>69</sup> y a la acción de inconstitucionalidad por omisión, lo que naturalmente nos acerca a la problemática de las omisiones inconstitucionales y a su posible corrección jurisdiccional,

<sup>68</sup> Sobre este último tema, véase Bazán, Víctor, “La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales”, en varios autores, *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 97-128.

<sup>69</sup> Carnota, Walter, “La ‘class action’ de la deuda externa argentina”, en Elespe, Douglas R. (comp.), *Default y reestructuración de la deuda externa*, La Ley, Buenos Aires, suplemento especial, noviembre de 2003, p. 220.

temática que proporciona material valioso dado que, como adelantábamos, es precisamente en el marco omisivo del Estado donde se verifican las mayores violaciones en materia de DESC.

En concreta referencia a la inconstitucionalidad por omisión, y más allá de algunas consideraciones que efectuáramos en tramos precedentes de esta ponencia, de un rápido recorrido por el derecho comparado se percibe que ya desde las normativas constitucionales o infla-constitucionales nacionales o estatales, ya desde la doctrina judicial, existen algunos antecedentes en el derecho comparado dignos de ser colacionados:

En los textos constitucionales nacionales, encontramos antecedentes en: la ex Yugoslavia, donde se verificó el primer antecedente normativo-constitucional expreso (concretamente, aludimos al artículo 377 de la Constitución de la —desaparecida— República Socialista Federativa de Yugoslavia, del 27 de febrero de 1974); en Portugal (artículo constitucional 283 y artículo 68 de la Ley del Tribunal Constitucional); en Hungría (artículo 32.A.3. de la Constitución, del 20 de agosto de 1949, modificada en varias oportunidades, *vgr.*, Leyes XXXI de 1989 y XL de 1990; Ley XX-XII de 1989, del 19 de octubre, reformada por Ley LXXVIII de 1994, del 2 de diciembre),<sup>70</sup> en Brasil, la Constitución Federal de 1988 incluyó la acción de inconstitucionalidad por omisión en el artículo 103, § 2; en Venezuela (artículo 336 de la Constitución de la denominada República Bolivariana de Venezuela).

Por vía legislativa —también en el orden nacional—, encontramos el caso de Costa Rica, que por medio de la Reforma Constitucional 7.128, del 18 de agosto de 1989 (*Gaceta* 166 del 1o. de septiembre de 1989) creó la Jurisdicción Constitucional, incluyéndose en el artículo 10 de la Constitución que “corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho Público”. Asimismo, se reformaron los artículos constitucionales 48, 105 y 128. El aspecto de la reforma constitucional de 1989 mencionado en primer término (jurisdicción constitucional), fue desarrollado por la Ley número

70 He extraído la referencia normativa a las reformas constitucionales de Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 160. Para ampliar respecto del funcionamiento del Tribunal Constitucional húngaro, véase Adam, Antal, “Le système constitutionnel de la Hongrie”, *Cuestiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 5, julio-diciembre 2001, pp. 4-31, en especial las pp. 27-31.

7,135 (de 11 de octubre de 1989). Por imperio del artículo 4o. de tal ley se dispone —en cuanto a lo que aquí interesa— que “la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política” Específicamente, el artículo 73 de la mencionada Ley determina los casos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo —ya en relación con el control de las omisiones inconstitucionales— especificaciones en los apartados ‘a’, ‘b’ y ‘f’.

Por conducto de las Constituciones estatales en países de estructura federal, pueden computarse los siguientes casos de: Brasil, donde existen disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en las Constituciones de algunos de sus Estados, *vgr.*, Río Grande do Sul (artículo 95, inciso XII, letra ‘d’), Río de Janeiro (artículo 162, § 2), San Pablo (artículos 74, inciso VI y 90, § 4), y Santa Catarina (artículo 85, § 3); México, visualizándose ciertos antecedentes en las Constituciones de Tlaxcala, reformada en 2001 (artículo 81),<sup>71</sup> Veracruz (artículos 64, fracción III, y 65, fracción III)<sup>72</sup> y, recientemente, en la Constitución del Estado de Chiapas; y Argentina, donde la figura es receptada explícitamente por la Constitución de la Provincia de Río Negro (concretamente, en el artículo constitucional provincial 207, inciso 2, apartado ‘d’)<sup>73</sup> y, un tanto elípticamente, la Constitución de Tucumán (artículo 134, inciso 2).

Por vía jurisprudencial, pueden citarse los casos de en Alemania, Austria, España e Italia, en los que si bien no existen expresas disposiciones constitucionales al respecto, ha sido importante el despliegue de las correspondientes jurisdicciones constitucionales para controlar las omisiones legislativas relativas, *vgr.*, y en función de las respectivas particularidades de cada uno de los sistemas de esos países, es dable verificar —como he enseñado— la utilización de remedios unilaterales (que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, las “sentencias interpretativas“ y, dentro de éstas, las “ma-

71 El texto reformado fue publicado en el *Periódico Oficial* de la entidad del 18 de mayo de 2001.

72 Cabe aclarar que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo transitorio cuarto de la Constitución, las disposiciones contenidas en el artículo 65, fracción III, cobraron vigencia el día 1o. de enero de 2001.

73 Sobre el tema, véase Bazán, Víctor: “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 41-108, en especial las pp. 76-83.

nipulativas” y, más específicamente, las “aditivas”), y de remedios bilaterales (que generan la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador, por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las “sentencias de apelación”, las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”, el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las “sentencias aditivas de principio” o las “sentencias delegación”).<sup>74</sup> También, merece una mención el caso de Colombia, cuya Corte Constitucional va moldeando pretorianamente ciertas pautas referidas a las “omisiones legislativas”; por ejemplo, en las Sentencias números C-543/96, C-956/99, C-1.433 de 2000, C-1.064 de 2001.

Simplemente, y para anexar a lo dicho en otra parte de esta comunicación, la tarea judicial que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión (sobre todo, en materia de DESC) no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; lapartadoso de tiempo por que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectividad de una solución material y financieramente posible; e, *inter alia*, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

La interacción de tales ingredientes exigirá del magistrado en cada caso puntual un ejercicio de ponderación<sup>75</sup> para articular una solución equilibrada que ni dé paso a una temeraria invasión jurisdiccional de sectores de atribuciones propios de otros poderes, ni obture la actuación judicial si el órgano competente margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia ley fundamental o, ya en tarea de desarrollo

74 Cfr. Díaz Revorio, Francisco J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 61, año 21, enero-abril 2001, pp. 85 y 86.

75 Se ha sostenido que uno de los rasgos característicos del método ponderativo radica en que con él no se logra respuesta válida para todo supuesto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro supuesto Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, Alicante, *Doxa*, núm. 23, 2000 p. 180.

constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que en igualdad de circunstancias concede a otros.

Vinculado con ello, es útil traer a colación la enseñanza de Alexy, quien remitiendo al repertorio jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán (y dentro del marco de lo que el autor denomina “un modelo de derechos fundamentales sociales”) precisa que en modo alguno un Tribunal Constitucional es impotente frente a un legislador inoperante, añadiendo que el espectro de sus posibilidades procesal-constitucionales se extiende desde la mera constatación de una violación de la Constitución, por medio de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por ésta.<sup>76</sup>

Y en torno de tal problemática gira, precisamente, la idea que intentamos rescatar y auspiciamos con firmeza: la instalación definitiva en el seno de la Corte Suprema argentina (y en los tribunales inferiores) de la percepción consistente en que su atribución-deber de mantener incólume la supremacía constitucional, involucra no sólo el control constitucional sobre acciones eventualmente lesivas de aquélla sino también frente a las omisiones igualmente inconstitucionales.

En relación con ello, y para finalizar con un ejemplo acerca de la manera de movilizar soluciones activistas para recomponer el principio de igualdad, podría el Tribunal acudir al recurso a las sentencias interpretativas, con sus diversas variantes (*vgr.*, resoluciones aditivas), para superar las omisiones anticonstitucionales relativas.

## 6. *En torno de la labor del defensor del pueblo*

En tren de computar herramientas para lograr la exigibilidad de los DESC, vemos que no podría descartarse la nutrida actividad del defensor del pueblo de la nación y su tarea de intermediación ante las autoridades públicas.

Tal institución se ha plasmado constitucionalmente (antes, legalmente) a aproximadamente diez años de la presentación del primer proyecto legislativo que postulaba su normatividad. Es que, previamente a la reforma constitucional de 1994, fue establecida de modo infraconstitucional a través de

<sup>76</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 496 y 497.

la Ley Nacional núm. 24, 284 —sancionada en fecha 1o. de diciembre de 1993—, que reguló su funcionamiento y organización. Al momento de entrar en vigor la reforma constitucional, la institución aguardaba que asumiera su primer titular, quien —habiéndose sido designado el 22 de junio de 1994—, recién lo hizo el 17 de octubre de 1994.<sup>77</sup>

Actualmente rige en el orden subconstitucional aquella Ley Nacional número 24,284, con las modificaciones introducidas por la Ley Nacional número 24,379. Ésta fue sancionada el 28 de setiembre de 1994, y promulgada y publicada, respectivamente, los días 11 y 12 de octubre (siempre de 1994). Además, se ordenó la publicación de una fe de erratas, lo que se concretó el 25 de octubre del mismo año.

Ya en el plano constitucional, es el artículo 86 la norma que delinea los contornos de la figura, existiendo también una alusión a ésta en el aludido artículo 43, párrafo 2o., *ibidem*, esto es, acordándole legitimación activa en el marco del amparo colectivo.

Pareciera que con el defensor del pueblo se abre un abanico de posibilidades pues puede encaramarse como un útil instrumento no jurisdiccional en procura de la protección de los DESC (sin perjuicio de su posibilidad de articular acciones judiciales al estar dotado —como vimos— de legitimación procesal), ya que —como García Ramírez ha sostenido—<sup>78</sup> la tutela jurisdiccional no es la única posible ni la única deseable. En ese campo, el *ombudsman* puede intervenir, y de hecho lo hace, a través de advertencias, recomendaciones, recordatorios e informes para activar lo que se denomina la “magistratura de persuasión”.<sup>79</sup>

Como puntualiza Brewer-Carías, uno de los mecanismos de fortalecimiento de los medios de protección de los derechos fundamentales (además de la ampliación y la universalización de las declaraciones de derechos y de la expansión —o restricción— de las garantías judiciales), es el desarrollo de garantías institucionales de los derechos humanos derivadas de la creación de la figura del defensor del pueblo.<sup>80</sup>

77 El primer defensor del pueblo de la nación fue Jorge L. Maiorano. Le sucedió a Eduardo Mondino, quien accedió al cargo el 28 de diciembre de 1999 y a la fecha continúa al frente del organismo.

78 García Ramírez, Sergio; *op. cit.*, p. 135.

79 Gil Robles, Álvaro, “El defensor del pueblo y su impacto en España y América Latina”, *Antología básica en derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp. 454 y 455.

80 Brewer-Carías, Allan, “Hacia el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno”, *op. cit.*, nota 7, p. 29.

Pero la potencialidad de dicha institución no se agota en el orden interno, sino que también puede constituirse en un interesante vehículo para plasmar reclamaciones ante las instancias internacionales, lo que podría resultar útil no sólo por el efecto directo de la reclamación (iniciar un procedimiento para que se investigue la posible violación sistemática o particular de un determinado “sector” de derechos humanos) sino también por el indirecto, en tanto el hecho de dejarlo “en evidencia” en sede internacional podría operar como medio inductor para que el Estado asuma y satisfaga las obligaciones a su cargo y evite acarrear con las consecuencias del desprestigio que supone una imagen negativa apareciendo ante la opinión pública internacional como país “incumplidor” en materia de derechos humanos.<sup>81</sup>

Si bien se trata de una cuestión discutida, pues algunos autores han sostenido que resultaría inviable acordar legitimación en tal sentido al defensor del pueblo fundándose en la improcedencia de que distintos órganos del mismo Estado aparezcan enfrentados en un nivel supranacional, creemos (así lo he sostenido)<sup>82</sup> que sí se encuentra debidamente facultado, siempre en el ámbito de su mandato, para articular cuantos resortes sean necesarios (tanto en el contexto interno como en el internacional) en orden a lograr la efectividad de su cometido constitucional en pro de la tutela de los derechos humanos.

Es que nada se descubre al manifestar que la protección de los derechos humanos no puede quedar agotada o circunscripta al ámbito interno de los Estados, con lo cual, para el supuesto que el *ombudsman* no lograra satisfacción tuitiva en el marco doméstico, y en la medida en que dicha situación comportara una vulneración de derechos y/o garantías contenidos, *vgr.*, en la CADH o el Protocolo de San Salvador, recepta suficiente legitimidad para comunicar, peticionar o denunciar ante la Comisión, requiriendo su intervención para que merite la violación, constate la lesión y, en su caso y previo cumplimiento de los trámites normativos de rigor y las etapas investigativas y conciliatorias pertinentes, plantee la cuestión ante la Corte Interamericana. En puridad, no encontramos óbice alguno en el artículo 44 de la

81 Véase Bazán, Víctor, *Diseño constitucional y legal de la figura del defensor del pueblo en el orden federal argentino*, San Juan, Breviarios de la Universidad Católica de Cuyo, núm. 31, año 8, 2001.

82 Por ejemplo, en Bazán, Víctor, “El defensor del pueblo de la nación argentina: descripción de la figura. Actualidad. Prospectiva”, *Ius et Praxis*, Chile, Universidad de Talca, núm. 1, año VII, 2001, pp. 123-182, en especial pp. 152-154.

CADH ni en el artículo 23 del Reglamento de la Comisión,<sup>83</sup> que haga pensar que está vedada al Defensor del Pueblo la posibilidad de formalizar presentaciones, denuncias o comunicaciones ante dicho órgano.

Asimismo, asume habilitación funcional para intervenir en calidad de *amicus curiae*<sup>84</sup> y, como hipótesis de mínima, y si en uso de una visión restrictiva se le pretendiera negar la legitimación a la que aludíamos en párrafos anteriores, estratégicamente no dejaría de ser provechoso formalizar una presentación para intentar que la Comisión igualmente tomara dicha información en los términos del artículo 24 de su normativa reglamentaria, y eventualmente actuara *motu proprio*. Ello sentado, y como modo de graficar cuanto aquí expusimos con referencia a la necesidad de valorar y potenciar su actividad, parece conveniente recrear una situación peculiar (*—inter alia—* en torno del derecho a la seguridad social) que se configuró hace algunos años en nuestro país y que tuvo por protagonista principal a tal figura, que a la sazón se constituyó en útil instrumento (bien que indirecto) para superar una suerte de omisión inconstitucional por parte de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En octubre de 1996, el defensor del pueblo planteó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en representación de alrededor de 65,000 jubilados y pensionados beneficiarios del sistema previsional argentino, cuyos derechos —sostuvo— se veían frustrados con motivo de los recursos extraordinarios articulados por un ente descentralizado del Poder Ejecutivo Nacional (se refería a la ANSES: Administración Nacional de Seguridad Social) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación,<sup>85</sup> la que —al no resolver las causas— incurría en una flagrante y ostensible denegación de justicia.

Como resultas de su actuación, el propio Maiorano (en ese momento, defensor del pueblo de la nación), manifestó que:

83 Aprobado por la Comisión en su 109 periodo extraordinario de sesiones celebrado del 4-8 de diciembre de 2000 (para entrar en vigor el 1o. de mayo de 2001), y modificado en su 116 periodo ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002.

84 Para un análisis con mayor grado de detalle acerca de la evolución, pautas, utilización en el derecho comparado y demás connotaciones y características del Instituto, remitimos a Bazán, Víctor: “El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 4 de junio de 2003, pp. 3-24.

85 Los mencionados recursos extraordinarios fueron interpuestos contra las sentencias de la Cámara Nacional de la Seguridad Social que había acogido las peticiones de reajuste en sus haberes articuladas por numerosos integrantes del sector pasivo.

dos meses y dieciocho días después de aquella presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de mi país resolvió una actuación de aquellas que se encontraban pendientes, sentando un criterio válido para las 65,000 restantes. Acogió las pretensiones de los actores e hizo lugar a los reajustes pretendidos. Como lo sostengo en el Informe Anual de la Institución correspondiente al año 1996, hoy podemos exhibir, con legítimo orgullo, nuestra contribución a la solución del problema planteado desde hacía cuatro años.<sup>86</sup>

Aludía a la causa “Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”,<sup>87</sup> dirimida por la Corte el 27 de diciembre de 1996.<sup>88</sup>

El caso relatado bien puede ser recordado como un modo indirecto de urgir un pronunciamiento jurisdiccional, para salvar una omisión anti-constitucional, a través de la excitación por parte del *ombudsman* de un resorte transnacional de protección de los derechos humanos.

### 7. *El Estado argentino y la necesaria ratificación del Protocolo de San Salvador*

Ya desde otro perfil, por cierto no menos importante, es claro que en la esfera de los DESC se impone la necesidad concreta de que la República Argentina ratifique el Protocolo de San Salvador, lo que constituye una asignatura pendiente de nuestro país y que marcha a contrapelo de la tendencia que éste registra en la órbita del derecho internacional de derechos humanos, por ejemplo, al brindar valía constitucional a una serie de tratados sobre dicha materia; mostrar en líneas generales una jurisprudencia permeable a las obligaciones asumidas internacionalmente; y adecuar su normativa a las imposiciones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericanas).

86 Véase Maiorano, Jorge L., por ejemplo en: “Administración de justicia y defensor del pueblo”, *Memoria del II Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo*, Toledo, 14-16 de abril de 1997, p. 301; “Defensoría del pueblo de la nación (camino se hace al andar...)”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1997-E, p. 1593.

87 Fallos, 319:3241.

88 Para compulsar las dispares interpretaciones doctrinarias que generara la actitud del Defensor del Pueblo a partir de su decisión de acudir a una instancia internacional denunciando al Estado argentino, véase Bazán, Víctor; *op. cit.*, en especial pp. 152-155.

Sin perjuicio de ello, y aún cuando no lo hubiese ratificado, al haberlo firmado el 17 de noviembre de 1988, existe al menos la obligación mínima para el Estado argentino de no imponer reglas en contra de dicho instrumento internacional. Así lo establece la mejor doctrina de interpretación del derecho de los tratados o de cualquier disposición de derechos humanos, por lo que si el artículo 1o. del Protocolo dispone que las medidas adoptadas por los estados partes deben lograr progresivamente, y de acuerdo con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que aquél consagra, no podrían los estados crear leyes o interpretarlas de manera que representen un retroceso.<sup>89</sup> Hacia tal hermenéutica transporta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 18 prevé la obligación del Estado o de una organización internacional de abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.<sup>90</sup> Tal cuadro de situación genera un umbral de obligación mínima del que el Estado no puede escapar en el interregno hasta la fecha de ratificación del Protocolo, que ojalá no sea muy lejana.

## V. LOS DESC ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO

### 1. *Consideraciones introductorias*

Básicamente, pareciera que los ejes sustanciales de la protección de los DESC en el ámbito interamericano se centran en el papel de la Comisión y la Corte Interamericanas y la interpretación dinámico-evolutiva e interrelacionada del contenido normativo de la DADDH, la CADH, la Carta de la OEA y el Protocolo de San Salvador.

Para comenzar, cabe recordar que la CADH contiene sólo un precepto sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata del artículo 26 que, bajo el epígrafe de desarrollo progresivo, dispone que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto en el nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que

<sup>89</sup> Véase al respecto lo determinado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de “Milton García Fajardo y otros”, Informe número 100/01, Nicaragua, 11 de octubre de 2001 (compulsar, específicamente, el apartado 98 del informe).

<sup>90</sup> Referencia normativa también volcada por la Comisión en el Informe mencionado en la nota anterior (véase apartado 99 del mismo).

se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Ciertamente, y como se pone de manifiesto en el párrafo final del Preámbulo de la CADH, fue en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) donde se aprobó la incorporación a la Carta de la OEA de dichas normas amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales. Mediante el Protocolo suscripto en tal ciudad argentina se incorporaron a la Carta de la OEA ciertas normas amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, las que se distribuían de la siguiente manera: entre los artículos 29-42 se extendían las cláusulas económicas; en los artículos 43 y 44 estaban contenidas las sociales y, por último, del artículo 45-50 se encontraba el continuo de preceptos sobre educación, ciencia y cultura. Ya con la composición normativa actual de la Carta (es decir, con las reformas introducidas, además del de Buenos Aires, por los Protocolos de Cartagena de Indias —1985—, Washington —1992— y Managua —1993—), en el capítulo 7 de su Primera Parte han quedado aglutinadas las disposiciones sobre el particular bajo el rótulo de “Desarrollo integral”, desplegándose tal catálogo preceptivo entre los artículos 30-52.

Retomando el hilo argumental vemos que la la Convención, en su artículo 44, establece un sistema de denuncias que pueden formular personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más estados miembros de la OEA (derecho de petición individual), como así también los estados partes que hayan reconocido la competencia de la Comisión a esos efectos (comunicaciones estatales).

Simplificando al máximo la descripción del sistema, abastecidos los requisitos y condiciones de admisibilidad de las peticiones o comunicaciones (artículo 46 de la Convención) y luego de la tramitación procedimental correspondiente, la Comisión debe adoptar una decisión sobre el caso de que se trate, fundando sus conclusiones y formulando recomendaciones al Estado denunciado; decisión cuyos alcance y naturaleza variarán según si el denunciado es o no parte de la CADH. En el supuesto de que lo sea, la Comisión o el propio Estado involucrado podrán remitir la cuestión a la Corte Interamericana, siempre que el Estado denunciado haya aceptado la competencia obligatoria de dicho Tribunal (*cf.* artículos 50, 51, 61, 62 y concorados de la CADH), dando así comienzo el procedimiento con-

tencioso en el marco de este último (artículos 63, 66-69, *ibidem* y disposiciones estatutarias y reglamentarias concordantes).

Por su parte, y para empalmar con lo expuesto en párrafos anteriores, reiteramos que en 1988 la OEA aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado Protocolo de San Salvador. Tal Protocolo, que entrara en vigor el 16 de noviembre de 1999, diseña un sistema de informes periódicos de los Estados y, cuando se trata de violaciones a la libertad sindical (artículo 8.1. 'a') o al derecho a la educación (artículo 13), su artículo 19.6 autoriza el procedimiento de peticiones individuales previsto en la Convención Americana.

Asimismo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19.6, el artículo 19.7 del Protocolo faculta a la Comisión Interamericana a formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los DESC establecidos en el Protocolo, en todos o en algunos de los estados partes, pudiendo incluirlas en el informe anual a la Asamblea General o en un informe especial, según lo considere más apropiado.

Urquilla Bonilla ha dicho que el aludido Protocolo no llena ningún vacío en el sistema interamericano y sólo genera alguna confusión en cuanto a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los órganos de protección del sistema, al habilitar expresamente la competencia de la Comisión y la Corte para conocer de la violación a los artículos 8.1. 'a' y 13 del citado Protocolo, impidiendo que dicha competencia se extienda hacia los restantes artículos (*cfr.* citado artículo 19.6 del Protocolo).<sup>91</sup>

Sin embargo, el autor citado matiza su crítica percepción al poner de manifiesto que una adecuada interpretación del efecto procesal del Protocolo en cuanto a la protección de los artículos 8.1. 'a' y 13 indica que, ahora, para la protección de los derechos allí contemplados, como litigante ante los órganos del sistema, se cuenta con dos vías de protección: la inmediata y la mediata; la primera sería invocar ante la Comisión la violación de cualquiera de esos dos artículos, y que ella haga lo propio ante la Corte; la segunda, supondría alegar ante la Comisión la violación de los derechos genéricamente reconocidos en el artículo 26 de la Convención, aludiendo

91 Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, trabajo consultado en: [www.iidh.ed.cr/.../docs/pedagogicasespecializado.htm](http://www.iidh.ed.cr/.../docs/pedagogicasespecializado.htm)

en específico a la alteración del derecho contemplado en el artículo 45. 'c' de la Carta de la OEA, sólo para poner un ejemplo, y que ésta razonara de igual modo ante la Corte Interamericana.<sup>92</sup>

Más adelante, sostiene que no puede olvidarse que el artículo 26 de la Convención, por ser una norma que reconoce DESC, de un modo genérico, está sujeta a las normas de interpretación del artículo 29 *ibidem*, y por lo tanto, en su interpretación y posterior aplicación, no se puede excluir a los derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29. 'c' de la Convención), y tampoco se puede excluir o limitar el efecto que pueda producir la DADDH y otros actos internacionales de la misma naturaleza (artículo 29. 'd' de la Convención).<sup>93</sup> Añade que los DESC, por ser derechos humanos, son inherentes a todos los seres humanos, sin discriminación alguna; asimismo, la DADDH contiene referencias específicas a derechos económicos, sociales y culturales, vale decir que si se autoriza la interpretación de la Convención sobre la base del efecto que pueda producir la Declaración Americana y cualquier otro acto internacional de la misma naturaleza, se debe permitir, *a fortiori*, su interpretación también sobre la base de actos internacionales de indiscutible naturaleza vinculante, como las normas del Protocolo de San Salvador. Según tal autor, en ello radica el verdadero valor del Protocolo referido, ya que ahora el artículo 26 de la CADH se puede interpretar y complementar por 3 vías: la Declaración Americana; las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (hoy "Desarrollo Integral") de la Carta de la OEA; y las normas sustantivas del Protocolo de San Salvador.<sup>94</sup>

Por último, señala que desde el punto de vista de la competencia de los órganos del sistema, existe la posibilidad *ratione materiae* de que tanto la Comisión como la Corte se pronuncien en casos contenciosos por violación de derechos económicos, sociales y culturales, toda vez que la pretensión procesal se configure, en su sustrato jurídico, mediante la invocación del artículo 26 de la Convención (como causa genérica) y los artículos correspondientes de la Declaración Americana, la Carta de la OEA o el Protocolo de San Salvador (como motivo específico).<sup>95</sup>

92 *Idem*.

93 *Idem*.

94 *Idem*.

95 *Idem*.

Es ciertamente interesante reseñar la visión de García Ramírez, para quien no obstante que el Protocolo sólo prevé explícitamente la justicia ante la Corte de las violaciones a los artículos 8o. y 13, cabe reflexionar sobre algunas hipótesis en que pudiera plantearse un pronunciamiento sobre temas recogidos en otros preceptos, exclusivamente cuando lo haga ineludible o indispensable la conexión lógica entre aquéllos y éstos.<sup>96</sup> Desde tal perspectiva, y luego de señalar que el Protocolo contiene obligaciones generales para la adopción de medidas (artículos 1o. y 2o.), señala que tales obligaciones pueden ser proyectadas hacia o contempladas desde diversos derechos consagrados en el Protocolo, exactamente como sucede en la operación de la CADH y, así, bajo el lente que suministran los artículos 8o. y 13, entiende que difícilmente la Corte podría ignorar aquellas obligaciones generales.<sup>97</sup> Finalmente, precisa que el Tribunal podría entrar al conocimiento de casos de discriminación —prohibida por el artículo 3o.—, si ella se aplicara en puntos concernientes a la libertad sindical o a los derechos vinculados con la educación; lo que también ocurriría con la regla de interpretación que rechaza las restricciones de derechos reconocidos en la legislación interna o en convenciones internacionales bajo el pretexto de que el Protocolo no los reconoce o lo hace en menor grado (artículo 4o.); por último, acota que la Corte podría pronunciarse sobre restricciones o limitaciones indebidas adoptadas por medio de actos calificados como leyes, tema que aborda el artículo 5o.<sup>98</sup>

## 2. *Praxis en la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos*

### A. *La Comisión Interamericana*

Hasta donde llega nuestra información, en el caso “Milton García Fajardo y otros c/ Nicaragua” (Informe núm. 100/01, Caso 11.381, de fecha 11 de octubre de 2001 —sobre el fondo—), por vez primera la Comisión encontró violación del artículo 26 de la CADH.

<sup>96</sup> García Ramírez, Sergio; *op. cit.*, p. 143.

<sup>97</sup> *Idem.*

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 143 y 144.

En cuanto a la progresión fáctica desencadenante de la situación que generó el Informe en comentario, valga recordar que el 7 de junio de 1994 la Comisión recibió una petición en la cual se denunciaba el error judicial contenido en la Sentencia número 44 sobre el recurso de amparo interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Se alegaba que, como consecuencia de las arbitrariedades cometidas por las autoridades administrativas y judiciales, quedaron desempleados 142 trabajadores de Aduanas, de quienes dependían económicamente más de 600 familiares, de los cuales más de la mitad eran niños. En relación con lo que interesa específicamente, la Comisión consideró que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por el artículo 26 de la CADH y que las violaciones de los derechos de los trabajadores eran claras cuando se habla de los principios de legalidad y retroactividad, así como de la protección de las garantías judiciales. Además, estimó que las violaciones por parte de Nicaragua determinaban los perjuicios económicos y postergaban los derechos sociales de los peticionarios (apartado 95).

Del engarce de los contenidos de la DADDH (en cuanto a los derechos de toda persona al trabajo, el descanso y la seguridad social —artículos 14, 15 y 16, respectivamente—) y del Preámbulo de la CADH (parte *in fine*), pareciera que la Comisión encontró la razón de ser del artículo 26 de la CADH y, de allí, la del Protocolo de San Salvador, el que fue firmado por Nicaragua, aunque (a la fecha del pronunciamiento de la Comisión) tal Estado aún no lo había ratificado. Finalmente, sintetiza su parecer expresando que en el presente caso el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales. Asimismo, en esta breve reseña no podría omitirse una rápida mirada al caso “Jorge Odir Miranda Cortez c/ El Salvador” (Informe número 29/01, Caso 12.249, 7 de marzo de 2001 —admisibilidad—), en el que la Comisión declaró admisible una denuncia por falta de provisión de medicamentos a pacientes de SIDA. Si bien no existe aún decisión final sobre el particular, no deja de ser importante que sí se haya declarado admisible la petición que se interna en el radio de acción y cobertura de derechos básicos que imbrican directamente en la dignidad humana.

## B. *La Corte Interamericana*

Según la información a nuestro alcance, hasta el presente la Corte no ha tenido ocasión de interpretar y aplicar directa y específicamente las normas del Protocolo de San Salvador al conformar su jurisprudencia contenciosa, aunque como se ha observado, sí ha realizado análisis interesantes al amparo de la CADH y si bien con mayor frecuencia se ha concentrado en derechos vinculados con la tutela de la vida, la integridad, la libertad y el acceso a la justicia, ha comenzado a examinar derechos de otro tenor e incluso ha incursionado en ámbitos donde entran en juego derechos de contenido económico, social o cultural o bien proyecciones de tal carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos.<sup>99</sup>

En otras palabras, en algunas resoluciones recientes ha interpretado ciertos derechos civiles y políticos en “clave social”,<sup>100</sup> por ejemplo, en “Villagrán Morales”, y “Baena, Ricardo y otros” (véase *infra*).

Resulta importante el criterio hermenéutico que viene desarrollando el Tribunal, tanto en el marco de su jurisdicción consultiva como en el de la contenciosa, en relación con la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, pautas aplicadas por ejemplo en la OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular”, y al resolver los casos “Villagrán Morales” y “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”. En torno del tema, y básicamente sobre la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 1969), la Corte —al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— cataloga a los tratados de derechos humanos como “instrumentos vivos”, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

La problemática por tratar en lo que sigue, será dividida en dos sectores de análisis: el de la jurisdicción consultiva y el de la jurisdicción contenciosa, examinándose en el interior de esta última los casos sobre el fondo de la cuestión y las atinentes a reparaciones.

<sup>99</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio; *op. cit.*, p. 150.

<sup>100</sup> Cfr. Urquilla Bonilla, Carlos Rafael; *op. cit.*

### C. *Jurisdicción consultiva*

#### a. La OC-4/84

Emitida el 19 de enero 1984 [Corte I.D.H. (Ser. A), número 4 (1984)], fue solicitada por el Gobierno de Costa Rica acerca de la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

Básicamente, a la Corte se le preguntó si existía alguna incompatibilidad entre las reformas a la Constitución costarricense que se proponían (artículos 14 y 15), y la CADH (artículos 17.4, 20 y 24).

Como apunta García Ramírez, este asunto puede considerarse —como en efecto ha ocurrido— desde la perspectiva de la igualdad de todas las personas ante la ley, en general, con la consecuente prohibición de medidas discriminatorias y, ya en particular, desde el perfil de la igualdad de género, que constituye uno de los capítulos clásicos del derecho social.<sup>101</sup>

#### b. La OC-6/86

Expedida el 9 de mayo 1986 [Corte I.D.H. (Ser. A), número 6 (1986)], a solicitud del Gobierno de la República Oriental del Uruguay, sobre la problemática de la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En concreto, la consulta sometida a la Corte giraba en torno del alcance de la expresión “leyes” utilizada en el aludido artículo 30 de la CADH; específicamente, en cuanto a si se refiere a leyes en sentido formal —norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución—, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico (párrafo 7).

Sobre el tema, en el párrafo. 35 de su parecer, la Corte sostuvo que

las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene

101 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 147.

aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

Específicamente, y por unanimidad, el Tribunal opinó que

la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes (*cf.* párrafo. 38).

Con lucidez, se ha dicho que en tanto en el sistema convencional americano se permite a la ley adoptar ciertas restricciones y limitaciones a los DESC, es necesario perfilar las características del acto jurídico que las impone, y como se trata de reducir la extensión o la profundidad de los derechos humanos, la norma en cuestión debe satisfacer las más rigurosas exigencias; circunstancias, todas, de donde se extrae la importancia de la consulta evacuada por el Tribunal y que aun cuando al momento de hacerlo no se contaba aún con el Protocolo de San Salvador, es evidente que las reflexiones de la Corte acerca de la CADH pueden trasladarse al mencionado Protocolo.<sup>102</sup>

c. La OC-10/89

De fecha 14 de julio 1989 [Corte I.D.H. (Ser. A), número 10 (1989)], requerida por el gobierno de la República de Colombia, sobre la interpretación de la DADDH en el marco del artículo 64 de la CADH.

García Ramírez resalta la importancia de esta opinión consultiva, pues cuando en ésta se dice que “para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta” (aludido párrafo 45), entre ellos figuran los de carácter económico, social y cultural.<sup>103</sup>

d. La OC-11/90

Emitida el 10 de agosto 1990 [Corte I.D.H. (Ser. A), número 11 (1990)], y solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acerca

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 147 y 148.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 148.

de las excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículo 46.1, 46.2. 'a' y 46.2. 'b' de la CADH).

Se ha expresado que lo que en el caso se examinó fue el tema de la “igualdad por compensación”, que impone un tratamiento procesal desigual a quienes son efectivamente desiguales por motivos ajenos al proceso mismo, añadiéndose que el propósito de tal trato diverso no es la discriminación entre los justiciables sino lo contrario, esto es, la eliminación de discriminaciones que pudieran provenir de las diferencias sociales, económicas o culturales.<sup>104</sup>

*e. La OC-16/99*

De 1o. de octubre de 1999 [Corte I.D.H. (Ser. A), número 16 (1999)], peticionada por los Estados Unidos Mexicanos, acerca del derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

Brevemente, apuntamos que la referencia a la presente opinión consultiva obedece —como se precisara— a que la revisión que en ella se realiza acerca del debido proceso legal y del derecho a la información sobre la asistencia consular se vinculan con un estado de desvalimiento o desventaja del justiciable, derivados de datos jurídicos y sociales que suelen entrañar desequilibrio entre los nacionales del Estado que detiene y juzga y los extranjeros sujetos al mismo régimen punitivo más desprovistos de ciertos medios para desenvolverse adecuadamente en él.<sup>105</sup>

En definitiva, discursivamente se preconcebe una situación de desigualdad o discriminación, que decide afrontar la Corte precisamente esgrimiendo, entre otras afirmaciones, que para que exista “debido proceso legal” es necesario que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (párrafo 117) y que, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia pues es de este modo como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación (párrafo 119). Añade que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 149 y 150.

defensa eficaz de los propios intereses, ya que si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (mismo párrafo).

Tal lo anunciado, subyace aquí la percepción de la Corte en relación con la “igualdad por compensación”, que se vislumbra también en la OC-11/90 (véase *supra*).

*f.* La OC-17/2002

De fecha 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acerca de la condición jurídica y derechos humanos del niño.

Como puntos definitorios vinculados con la temática abordada en este relato, determinó por seis votos contra uno<sup>106</sup> que (párrafo 137):

El principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños (apartado 3).

El respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas (apartado 7) y la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño (apartado 8).

106 Se planteó una disidencia por parte del juez Jackman. Además, los jueces Cançado Trindade y García Ramírez formularon votos concurrentes.

Continúa la Corte de tal manera transitando el camino interpretativo de diversas pautas relacionadas con los DESC, en el caso particular, con relación a los derechos del niño, deparando algunas consideraciones de gran relevancia como la relativa a que la verdadera y plena protección de aquéllos significa que puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales.

Como con acierto se ha puntualizado, el artículo 19 de la CADH (que la Corte también analiza, ya en el marco de su jurisdicción contenciosa, en el caso “Villagrán Morales” —véase *infra*—) es uno de los grandes puentes entre la Convención y el Protocolo de San Salvador, o, en otras palabras, entre los derechos civiles y los sociales, “ejemplo de la cercanísima conexión e incluso de identidad entre ambos, como caras diferentes de una sola medalla”.<sup>107</sup>

g. OC-18/2003

De fecha 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Desde nuestra óptica, y más allá del pulcro análisis que la Corte realizó acerca de los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, pueden genéricamente identificarse como salientes las siguientes pautas de la opinión en análisis:

La delineación del principio general y básico de la igualdad y la no discriminación, y el señalamiento consistente en que todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y el ejercicio de los derechos humanos genera responsabilidad internacional de los Estados (párrafo 96); la consideración relativa a que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *ius cogens* (párrafo 101); esfuerzo analítico que trae como consecuencia entender que aquel principio acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados miembros de la OEA y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares (párrafo 110), todo lo que —agregué por mi parte— pone en contacto con la compleja cuestión de la *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos y las garantías constitucionales.

107 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 151.

## El reconocimiento de que

generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado (párrafo 112)

y la reiteración referencial a la denominada “igualdad por compensación” (véase el párrafo 121, en cuanto a que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio), que igualmente se visualiza en las OO.CC.-11/90 y 16/99 (véase *supra*).

La opinión consultiva que comentamos es sumamente importante, entre otros aspectos porque —como lo sostiene Cançado Trindade en su voto concurrente y además de todo lo referido precedentemente— la Corte es pionera al ser el primer tribunal internacional en pronunciarse, enfocándolo como tema central, sobre la “Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados”, y —ya en palabras de García Ramírez— al analizar la proyección de ciertas normas internacionales y políticas públicas sobre los derechos económicos y sociales de los trabajadores migratorios.<sup>108</sup>

### C. Jurisdicción contenciosa

#### a. Resoluciones sobre el fondo

“Villagrán Morales y otros” (caso de los ‘niños de la calle’) c/ Guatemala. La sentencia (sobre el fondo) fue emitida el 19 de noviembre 1999.

Es interesante la consideración del Tribunal al tratar el derecho a la vida, respecto del cual, manifestó que

<sup>108</sup> Así lo anunciaba —de modo premonitorio— en su trabajo reiteradamente citado aquí (véase p. 150).

...es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él (párrafo 144).

La reflexión es trascendente porque, como bien aclara García Ramírez, esto coloca al lado del derecho a la vida, estricta o tradicionalmente, un derecho que se relaciona con la calidad de la vida.<sup>109</sup> Además, y al aludir a las condiciones que garantizan una existencia digna, la Corte realiza una invocación cualitativa acerca del análisis que debe imperar en relación con el derecho a la vida, y en ella subyace la necesidad de valorar la vigencia y la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>110</sup>

Es igualmente valiosa la apreciación del Tribunal en relación con el artículo 19 de la CADH, al comenzar resaltando la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo y rematar luego manifestando que

...cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los 'niños de la calle', los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el 'pleno y armonioso desarrollo de su personalidad', a pesar de que todo niño tiene derecho a alimentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida (párrafo 191).

109 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 151.

110 *Cfr.* Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, *op. cit.*

Y como hacíamos notar en otro tramo de este trabajo, al examinar y concluir la Corte que hubo violación del artículo 19 de la CADH justamente puso de manifiesto y empleó uno de los trascendentes “conectores” entre la mencionada Convención y el Protocolo de San Salvador o, como afirma García Ramírez, entre los derechos civiles y los derechos sociales, ejemplo de la proximidad e incluso identidad entre ellos.<sup>111</sup>

“Baena, Ricardo y otros” (270 trabajadores c/ Panamá). La sentencia (fondo) fue proferida el 2 de febrero de 2001<sup>112</sup>.

A modo de visión crítica de la percepción trasuntada por la Corte, se ha sostenido que si bien tuvo la oportunidad de tratar el tema de las libertades sindicales, lo realizó —pese a la potestad implícita que tiene para corregir los errores u omisiones de derecho en que incurran las partes, que se desprende del principio *iura novit curia*— por la vía del derecho de asociación contemplado en la CADH, sin referirse al artículo 26 y su interpretación e integración por medio de una diversidad de fuentes, en especial las normas relativas al desarrollo integral contenidas en la Carta de la OEA, reformada por los Protocolos de Buenos Aires, Cartagena de Indias, Washington y Managua.<sup>113</sup>

Por lo demás, y si bien se excusó de aplicar el Protocolo de San Salvador, dejó claramente sentado el deber que tiene el Estado firmante de aquél y que aún no lo haya ratificado, de abstenerse de realizar cualquier acto contrario al objeto y el fin del Protocolo incluso antes de su entrada en vigor.

Para finalizar, el Tribunal analizó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, para lo cual invocó consideraciones atinentes a los instrumentos de la OIT y de resoluciones emanadas de ella, poniendo de manifiesto la correspondencia normativa entre los artículos 16, incisos 2 y 3, de la CADH y 8.3. del Protocolo de San Salvador. Por su parte, y como verifica García Ramírez, tras el artículo 16 de la CADH —que aplica la Corte— se hallaban los elementos que con mayores amplitud y detalle suministra el artículo 8o. del Protocolo que habría sido aplicable si los hechos

111 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 151.

112 Al solo efecto informativo, evocamos que la Corte emitió una nueva resolución, en fecha 22 de noviembre de 2002, relativa al “Cumplimiento de Sentencia”.

113 *Cfr.* Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, *op. cit.*

se hubiesen producido con posterioridad a aquella fecha en la que efectivamente acaecieron.<sup>114</sup>

“Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” c/ Nicaragua. El caso fue dirimido por la sentencia emitida el 31 de agosto de 2001.<sup>115</sup> Puede apreciarse que la Corte ensayó diversas apreciaciones en torno del derecho indígena, por ejemplo, la vinculada con la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así el Tribunal en ciertas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya analizada en otros casos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí desde la perspectiva social: la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el artículo 21 de la CADH.<sup>116</sup>

Sirviéndose del concepto de interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales [como lo hiciera por ejemplo en la OC-16/99 y al resolver el caso “Villagrán Morales”] y tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables en los términos del artículo 29 ‘b’ de la Convención, la Corte estimó que el artículo 21 de ésta “protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”.<sup>117</sup>

Aun cuando reiterativo, es de resaltar que adquiere suma importancia que el Tribunal haya aludido a que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debía ser tenido especialmente en cuenta, ya que como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecieran de un título real sobre la propiedad de aquélla obtuvieran el reconocimiento oficial de ella y el consiguiente registro (párrafo 151).

En ese sentido, una de las pautas de condena al Estado consistió precisamente en la obligación de éste de adoptar en su derecho interno, y de conformidad con el artículo 2o. de la CADH, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un

114 García Ramírez, Sergio; *op. cit.*, p. 152.

115 Es del caso reseñar, también, la convergencia de una sentencia anterior de la Corte, pronunciada en la misma causa el 1 de febrero de 2000, mas referida específicamente a la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos planteada por Nicaragua. La excepción fue rechazada unánimemente por el Tribunal, mediando un voto concurrente por parte del juez Montiel Argüello.

116 *Cfr.* García Ramírez, Sergio; *op. cit.*, p. 153.

117 *Idem.*

mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas (*cf.* también, párrafos 138 y 164).

Esta respuesta de la Corte ha sido catalogada como una “resolución innovadora”, que propone derroteros previamente inexplorados por la jurisprudencia interamericana en lo que atañe al derecho de propiedad.<sup>118</sup>

“Cinco Pensionistas” c/ Perú. La resolución (fondo) fue pronunciada el 28 de febrero de 2003. Como verifica Cançado Trindade, es éste el primer caso contencioso enteramente tramitado bajo el nuevo Reglamento de la Corte, adoptado el 24 de noviembre de 2000, y en vigencia a partir del 1o. de junio de 2001, y que otorgó *locus standi in judicio* a los peticionarios en todas las etapas del procedimiento anterior (véase párrafo 5 de su voto concurrente).

Aun cuando rehuyó tratar la problemática del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en Perú, vemos que ingresó en alguna de las proyecciones económicas y sociales del derecho a la vida, al entender disminuida la “calidad de vida” de los pensionistas, al reducirseles sustancial y arbitrariamente las pensiones y al incumplirse las sentencias judiciales emitidas a su favor, razones por las cuales la Corte estimó la viabilidad de la reparación del daño inmaterial que se les había ocasionado (párrafo 180).

Asimismo, consideró que se había violado el derecho a la propiedad privada, cuyas consecuencias patrimoniales —juzgó— debían ser establecidas en los términos de la legislación interna, por los órganos nacionales competentes (párrafo 178). A este respecto, Cançado Trindade, en el señalado voto concurrente, sostuvo que en la sentencia el Tribunal afirma

el carácter de derecho adquirido del derecho a la pensión, subsumido en el derecho a la propiedad privada bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y vinculado a la perenne, ineludible e irreductible función social del Estado. Y, enseguida, sostiene la Corte que el pronto cumplimiento de las sentencias judiciales —que no puede quedar a la merced o discrecionalidad de la Administración— es un componente esencial del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana (párrafo 1).

118 *Ibidem*, p. 154.

#### D. *Pronunciamientos en materia de reparaciones*

En lo tocante a la materia de “reparaciones”, García Ramírez expone que la Corte ha construido, “progresivamente”, una interpretación fecunda a partir del escueto artículo 63.1 de la CADH. Al respecto, alude a la

reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial, cuya fuente se halla en derechos materiales o inmateriales. Se trata, en otros términos, de la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, que se transforma en un derecho de alcance social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>119</sup>

Sobre el punto, pueden compulsarse las soluciones en materia de reparaciones dadas en “Aloeboetoe y otros” contra República de Suriname y en “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” contra Nicaragua.

Caso “Aloeboetoe y otros” contra la República de Suriname. La sentencia sobre “reparaciones” fue emitida el 10 de septiembre de 1993.<sup>120</sup>

La Corte aclaró que la disposición aplicable a las reparaciones es el artículo 63.1 de la CADH, que constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes. Por tanto, la obligación contenida en aquel precepto es de derecho internacional, razón por la cual la sentencia que dictaba impondría obligaciones de derecho internacional que no podían ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando, para ello, disposiciones de su derecho interno.

Para fijar las reparaciones pertinentes, estimó que correspondía determinar la viabilidad indemnizatoria de las pretensiones que la Comisión requería acerca de diversas categorías de potenciales beneficiarios de las mismas. Éstas eran —sintéticamente— las de sucesores y reclamantes o dependientes.

Respecto de los sucesores, la Corte puntualizó que existía disparidad de criterios entre las partes. Por un lado, la Comisión reclamaba la aplicación

119 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 155.

120 Corresponde evocar que, como *Suriname* reconoció la responsabilidad por los hechos articulados por la Comisión Interamericana en su memoria, la Corte, en la sentencia de 4 del diciembre de 1991, expresó que había cesado la controversia en cuanto a los hechos que dieron origen a dicho caso. Sin embargo, subsistían discrepancias en torno de las reparaciones y el alcance de las mismas.

de las costumbres de la tribu Saramaca; por el otro, Suriname solicitaba la aplicación de su derecho civil.

El Tribunal concluyó —entre otros asuntos— que, como el Estado había reconocido la existencia de un derecho consuetudinario *saramaca* y en tanto las leyes estatales relativas al derecho de familia no se aplicaban a dicha tribu, correspondía tener en cuenta para determinar los sucesores de las víctimas, a la costumbre *saramaca* en la medida en que no fuera contraria a la CADH.

Asimismo, rechazó la reclamación de indemnización por daño material para los dependientes y, en cuanto al daño moral de éstos, consideró procedente que los padres de las víctimas que no fueron declarados sucesores, participaran en la distribución del daño moral.

Por último, y en el marco de la “reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial” a la que nos refiriéramos *supra*, rechazó la petición de condena a Suriname consistente en el pago a la tribu *saramaca* de una indemnización por daño moral, aunque condenó al Estado a reabrir la escuela sita en *Gujaba*, disponiendo que aquél debía dotarla de personal docente y administrativo para que funcionase permanentemente a partir de 1994, y a poner en operación en el curso del mismo año el dispensario existente en el lugar.

Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” contra Nicaragua. En mérito a que este caso fue ya tratado en el presente trabajo, sólo diremos en lo que atañe al tema de reparaciones, y para graficar la reflexión evocada en el párrafo anterior en relación con la proyección o transición de un derecho individual a la reparación a un derecho de alcance social, que en su punto resolutive 6 el pronunciamiento determinó —por equidad— que el Estado debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de U\$S 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

## VI. LOS DESC ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU

### 1. *Presentación general del Comité*

Tal como anunciábamos en la parte introductoria de este trabajo, y sin perjuicio de algunas referencias tangenciales a otros mecanismos, respecto del plano universal focalizaremos exclusivamente la labor del Comité de DESC.<sup>121</sup>

Como lo que denomina un claro ejemplo del desarrollo pretoriano del derecho internacional de los derechos humanos en materia de órganos de control, y que paralelamente refleja un avance en el grado de maduración de la comunidad internacional, Pinto identifica el caso del PIDESC, para el que no se previó órgano especial de control alguno sino el examen de los informes periódicos de los Estados Partes por el Consejo Económico y Social (ECOSOC).<sup>122</sup>

En cuanto a la génesis específica del Comité, es dable apreciar que frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de supervisión y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes, el ECOSOC lo creó por medio de la Resolución núm. 1.985/17, del 28 de mayo de 1985.

El Comité está integrado por expertos independientes y vino a reemplazar al Grupo de Trabajo Intersesional establecido por la Resolución del ECOSOC núm. 1.978/10, del 3 de mayo de 1978.<sup>123</sup>

Fundamentalmente, el Comité se expide por medio de “Observaciones generales” (algunas de las cuales fueron reseñadas en el presente trabajo) y de “Observaciones finales a los informes periódicos de los Estados Partes”.

121 Por tanto, no ingresamos en el análisis de otros órganos importantes. La nómina de mecanismos y “espacios internacionales” para movilizar la maquinaria de protección de los derechos humanos en función de los DESC, da cuenta —en palabras de Bolívar, a quien seguire en la reseña subsiguiente— de una “lista nada despreciable de recursos”, Bolívar, Ligia, “Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en Picado S., Sonia *et al.*, *Estudios básicos de derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, t. V, pp. 99 y 100.

122 Pinto, Mónica, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

123 Recapitulando, la metamorfosis del Comité fue la siguiente: en 1976, el ECOSOC estableció un grupo de trabajo integrado por quince de sus miembros que representarían otros tantos Estados Partes del Pacto, grupo de trabajo que en 1982 devino en un órgano electo de expertos gubernamentales en derechos humanos y, finalmente, en 1985, el ECOSOC transformó al grupo en un Comité de DESC. *Cfr.* Pinto, Mónica, *op. cit.*, p. 124.

De su lado, es dable verificar que en 1988 el Comité decidió solicitar a los Estados la presentación de un único informe cada cinco años sobre el total de los derechos contenidos en el PIDESC, en lugar de informes fragmentados relativos a sus diferentes secciones.<sup>124</sup>

Tales informes periódicos, en los que se pone en conocimiento del Comité el cumplimiento de las obligaciones estatales bajo el PIDESC, deben ser presentados por los Estados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, y son analizados —como anuncié— a la luz de las observaciones generales emanadas del Comité.

Una vez estudiados los informes estatales por parte del Grupo de Trabajo del Comité y, en su caso, de requeridas informaciones o aclaraciones a los Estados, y luego de celebradas las sesiones en las que el Comité analiza los informes y dialoga con aquéllos, éste emite sus “observaciones finales”, que se estructuran en cinco secciones: introducción, aspectos positivos, factores y dificultades que impiden la implementación del Pacto, preocupaciones principales, sugerencias y recomendaciones.<sup>125</sup>

Para ilustrar con un ejemplo algunas de las cuestiones mencionadas (en un caso que involucró a nuestro país), vemos que el Comité de DESC, concretamente al examinar el segundo informe periódico de la Argentina (E/1990/6/Add. 16) en sus sesiones 33-36, celebradas entre el 17 y el 19 de noviembre de 1999, aprobó el 1 de diciembre de ese año las observaciones finales,<sup>126</sup> entre las que se cuenta —como aspecto positivo— que “[e]l Comité toma nota con satisfacción del artículo 75 de la Constitución de 1994 que dispone la restitución a los pueblos indígenas de algunas de sus tierras tradicionales. También celebra la restitución de grandes extensiones de esas tierras”. Ya como muestra de “preocupación”, el Comité señala que le inquietan las seis comunidades mapuches que, pese a que han conseguido que se reconozcan sus derechos a algunas de sus tierras tradicionales en la zona de Pulmari, aún no han recibido los títulos de propiedad. También le inquietaba la situación del Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas

124 Cfr. Contarini, Eugenia *et. al.*, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, 1999, p. 110.

125 Cfr. Cançado Trindade, Antônio A., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, *op. cit.*, nota 22, p. 73.

126 Cfr. *Investigaciones*, Buenos Aires, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado-Corte Suprema de Justicia de la Nación, año III, 1999, pp. 758-760.

y Tribales de la OIT, cuya ratificación el Congreso Nacional aprobara sin que se hubiera procedido a ella, por lo que “recomienda” su ratificación,<sup>127</sup> la que se cumplió en julio de 2000. Cabe aclarar que si bien el aludido Convenio fue aprobado por la Ley Nacional número 24,071, la administración del expresidente Carlos Saúl Menem no efectivizó el depósito en sede internacional del instrumento ratificatorio, lo que en definitiva fue concretado por el gobierno que encabezara el también ex primer mandatario argentino Fernando de la Rúa, formalizando el pertinente depósito en Ginebra en fecha 3 de julio de 2000.

Pasando ya a las “observaciones generales” que pronuncia el Comité, puede constatarse que ellas constituyen un medio decisivo para la generación de “jurisprudencia”<sup>128</sup> y brindan a los miembros del Comité un método para llegar a un acuerdo consensuado acerca de la interpretación de las normas del PIDESC. Paralelamente, resultan relevantes como pautas a tomar en cuenta en las tareas hermenéuticas y aplicativas de las normas de aquél en el orden interno por parte de los órganos competentes, en razón de que provienen del Comité que, mediante tales observaciones generales, plasma una interpretación autorizada del clausulado del Pacto.

El detalle de observaciones generales presentadas hasta el presente da cuenta de las siguientes:

O.G. número 1 (1989), sobre la presentación de informes por los Estados Partes.

127 La ratificación de dicho Convenio de la OIT se convirtió desde tiempo atrás en objeto sostenido de lucha por parte de los pueblos indios. Así, por ejemplo, puede leerse en la Declaración emitida con motivo del *Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios* (desarrollado en Quito, Ecuador, del 17 al 21 de julio de 1990), particularmente en el ítem VII: ‘Legislación indígena’, que: “Debemos presionar por la ratificación en los Estados nacionales del Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado por la OIT, que contempla la denominación de pueblos en vez de poblaciones, el reconocimiento a nuestros derechos a las tierras y territorios, al derecho a educarnos mediante la modalidad bilingüe intercultural, respeto a nuestra cosmovisión, etcétera”. Ordoñez Cifuentes, José Emilio R., *Reclamos jurídicos de los pueblos indios*, México, UNAM, 1993, p. 156. Por nuestra parte, creemos que hoy los esfuerzos deben encaminarse —entre otros frentes— a lograr que al aludido Convenio se le atribuya jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22, de la C.N.

128 Si bien quizás no sea del todo preciso hablar de “jurisprudencia” en sentido estricto, tal vocablo es usado en el Folleto Informativo sobre Derechos Humanos, núm. 16 (Rev. 1), “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Centro de Derechos Humanos, Oficina de la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra, 1996, p. 33.

O.G. número 2 (1990), sobre las medidas de asistencia técnica internacional (artículo 22 del PIDESC).

O.G. número 3 (1990), sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1, artículo 2 del PIDESC).

O.G. número 4 (1991), sobre el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1, artículo 11 del PIDESC).

O.G. número 5 (1994), sobre personas con discapacidad.

O.G. número 6 (1995), sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad.

O.G. número 7 (1997), sobre el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1, del artículo 11 del PIDESC): los desalojos forzosos.

O.G. número 8 (1997), sobre la relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales.

O.G. número 9 (1998), acerca de la aplicación interna del PIDESC.

O.G. número 10 (1998), sobre la función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

O.G. número 11 (1999), sobre planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del PIDESC).

O.G. número 12 (1999), sobre el derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del PIDESC).

O.G. número 13 (1999), sobre el derecho a la educación (artículo 13 del PIDESC).

O.G. número 14 (2000), sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; y

O.G. número 15 (2003), sobre el derecho humano al agua.

Ya desde el plano de la necesaria implicación de las ONG's en la actividad del Comité de DESC, cabe recordar —por ejemplo— que en su octavo periodo de sesiones, celebrado en mayo de 1993, aquél adoptó el procedimiento relativo a la participación de las ONG's en sus actividades,<sup>129</sup> pautas entre las que puede computarse la información facilitada tanto por escrito, como la presentada oralmente.

129 E/1994/23, párrafo 354.

Se ha dicho que el Comité de DESC fue el primer órgano creado mediante un tratado que proporcionó a las ONG's la oportunidad de presentar declaraciones escritas y orales sobre cuestiones relativas al disfrute o no disfrute, en un determinado Estado, de los derechos contenidos en el PIDESC.<sup>130</sup>

Resumiendo, las ONG's tienen diversas oportunidades de presentar sus opiniones al Comité.<sup>131</sup>

En la primera consideración que se hace del informe del Estado, ellas pueden presentar un informe ante el Grupo de Pre-Sesión e incluso sugerir aquellos aspectos que entiendan que el Estado no ha tratado debidamente; durante la sesión del Comité, pueden solicitar ser oídas y también presentar por escrito los “contrainformes” o “informes alternativos” en los que dichas organizaciones aluden al nivel de cumplimiento estatal del PIDESC, proporcionando más datos; y ya las organizaciones con estatuto consultivo ante el ECOSOC, pueden someter al Comité un documento de aproximadamente 1.500 palabras sobre la vigencia del Pacto; instrumento que es traducido a todos los idiomas de la ONU y que circula internamente como documento oficial.

Además, el Comité puede enviar misiones a los Estados con el objeto de coleccionar información, cuyos informes son confidenciales, pudiendo el Comité adoptar recomendaciones relacionadas a los resultados de dichas visitas.<sup>132</sup>

## 2. Balance y prospectiva de la actuación del Comité en el marco de protección de los DESC

En cuanto a un balance de la actuación del Comité, y en directa relación con algunas propuestas para el mejoramiento de su intervención, cabe destacar centralmente la necesidad de aprobar un Protocolo Facultativo al PIDESC para implementar el mecanismo de reclamaciones individuales que venga a complementar el sistema de informes que constituye el núcleo básico del funcionamiento del Comité.

<sup>130</sup> Folleto Informativo..., *cit.*, pp. 34 y 35.

<sup>131</sup> En la referencia que realizo en el texto acerca de las posibilidades de las ONG's de hacer oír su voz en el Comité, sigo el completo estudio de Contarini, Eugenia *op. cit.*, p. 112.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 113.

Al respecto, y como fuera puesto de manifiesto desde diversos sectores, el sistema de protección de los DESC en el plano universal muestra un desfase en relación con el grado de desarrollo del aplicado en el sistema de derechos civiles y políticos. Ello, en el entendido de que la comunidad internacional tiene la responsabilidad colectiva de asegurar que no sean violados los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el Pacto, objetivo para cuyo abastecimiento adquiere suma importancia la necesidad de asistir en el cumplimiento de dichos derechos mediante el suministro de mecanismos reparadores adecuados para casos de violaciones.<sup>133</sup>

Las ventajas que produciría un protocolo facultativo han sido resumidas de la siguiente manera.<sup>134</sup>

Ofrecería una posibilidad de recurso internacional, tanto a escala colectiva como individual, ante las violaciones de DESC.

Supondría un paso importante hacia la consolidación del principio de efectividad progresiva de los DESC, con el que se han comprometido los estados partes en el PIDESC.

Fortalecería la relación entre el Comité de DESC y los estados partes, ya que impulsaría a éstos a la aplicación efectiva en el nivel nacional de los derechos garantizados en el PIDESC; implicaría un nuevo apoyo a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; y el estudio de casos específicos de violación de tales derechos contribuiría a la creación de jurisprudencia sobre el particular.

El mencionado Protocolo debería contener pautas amplias y laxas en materia de legitimación, acordándosela también a las organizaciones no gubernamentales, tal como se encuentra estipulado por ejemplo en: la CADH (artículo 44); el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, previendo un sistema de reclamaciones colectivas (artículos 1o. y 2o.); en el procedimiento instaurado por el Consejo Ejecutivo de la UNESCO en 1978 (104 EX/Dec. 3.3); encontrándose asimismo admitida aquella posibi-

<sup>133</sup> Tales afirmaciones fueron vertidas en el documento titulado: “Los derechos económicos, sociales y culturales”, 28 de febrero de 2003, exposición por escrito presentada por la Comisión Internacional de Juristas, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial, a la Comisión de Derechos Humanos, en su 59 periodo de sesiones (E/CN.4/2003/NGO/264, 27 de marzo de 2003).

<sup>134</sup> Utilizo como guía el documento de Amnistía Internacional: “Comisión de Derechos Humanos de la ONU, periodo de sesiones del 2003: el momento para una profunda reflexión”, *Índice* AI: IOR 41/025/2002/S, diciembre de 2002, p. 12.

alidad en los procedimientos de la OIT —Comisión de Expertos y Comisión de Aplicación de Normas, Comité de Libertad Sindical, etcétera—. <sup>135</sup>

Paralelamente, sería aconsejable hacer extensivo el mecanismo de reclamaciones individuales a todos los derechos contenidos en el PIDESC, lo que —al menos normativamente— implicaría superar el radio limitado de cobertura que en tal sentido establece el Protocolo de San Salvador en el ámbito interamericano.

Ya desde otro ángulo, corresponde enfatizar la necesidad de complementar las labores del Comité y la de otros mecanismos ya institucionalizados.

Asimismo, idéntica coordinación debería patentizarse también, *mutatis mutandi*, entre el Protocolo Facultativo al PIDESC, cuya creación se propugna, y otros procedimientos estipulados por instrumentos internacionales que, por ejemplo —como lo menciona en un documento la Comisión Internacional de Juristas—, <sup>136</sup> se verifican en: la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité Europeo sobre Derechos Sociales, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, el Protocolo de San Salvador (Comisión y Corte Interamericanas), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Procedimiento de Presentación de Reclamos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y el Comité de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Libertad de Asociación. <sup>137</sup>

135 Véase al respecto, Teitelbaum, Alejandro, “Prevención y sanción de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y al derecho al desarrollo: El problema de la impunidad”, documento de trabajo preparado para los seminarios organizados por la Asociación Americana de Juristas y el Centre Europe-Tiers Monde en Ginebra en noviembre de 1996 y en Madrid en abril de 1997. El texto fue consultado en internet y en él se aclara que una primera versión del trabajo fue publicada por las Naciones Unidas con la signatura A/CONF.157/PC/63/Add.8 para la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993.

136 *Cfr.* Documento citado en nota 134.

137 Véase en sentido convergente la reseña contenida en la nota 121.

## VII. APRECIACIONES FINALES Y DE CONJUNTO

1. Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana;<sup>138</sup> y, al ser precisamente unitaria la dignidad humana, la bifurcación de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas, sólo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos.
2. Desde distintas vertientes surge con claridad que entre las dos pretendidas “categorías” de derechos, no puede existir sino complementación e interacción y no compartimentación y antinomia.<sup>139</sup> Por tanto, se hace aconsejable una visión sistémica e integral de los derechos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.
3. La estereotipada fórmula de las “generaciones de derechos humanos” no puede ser aceptada acríticamente, sino que, al menos, debe ser repensada, verificando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación arbitraria.<sup>140</sup>

Los aludidos caracteres de universalidad, interdependencia y, sobre todo, de indivisibilidad, irreversibilidad y de naturaleza complementaria de los derechos humanos, conspiran contra la pulcritud semántica y la ortodoxia de la expresión ‘generaciones de derechos humanos’, calificadas por encumbrada doctrina como “la fantasía de las generaciones de derechos”.

Como sostiene Cançado Trindade, mientras que en relación con los seres humanos se verifica la sucesión generacional, en punto a los derechos se desarrolla un proceso de acumulación; y así como los seres humanos se suceden, los derechos se acumulan y se sedimentan.<sup>141</sup>

138 Cfr. Instituto de Derecho Internacional, resolución sobre “La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”, adoptada en la sesión de Santiago de Compostela, el 13 de septiembre de 1989; aludida por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, en el prólogo a la obra de Cançado Trindade, Antônio A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 11 y 12.

139 Cançado Trindade, Antônio A., *op. cit.*, nota 9.

140 Sobre el punto, véase Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, pp. 41 y ss., *passim*.

141 Véase nota 21.

Además, y como el mismo autor tuviera ocasión de expresar, desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional en este campo, la analogía de la ‘sucesión generacional’ de los derechos no parece ser correcta en términos históricos, ya que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no parecieran haber sucedido *pari passu*, porque si bien en el derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no ocurrió lo mismo en el plano internacional, como queda demostrado por las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la O.I.T. en 1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos.<sup>142</sup>

Por último, no es un secreto que los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace en la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>143</sup>

4. Como destaca Pinto, la universalidad de los derechos humanos conduce a la igualdad, cuyo corolario es la no discriminación.<sup>144</sup> Y precisamente, una importante estrategia de justiciabilidad de los DESC radica en la prohibición de discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos —*inter alia*—.
5. Se impone la necesidad de fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad de los DESC, como paso previo a la articulación de los recursos internacionales, dado que la jurisdicción internacional es complementaria o coadyuvante de aquélla. En otras palabras, y al son de lo dicho, lo ideal sería prever y evitar posibles incumplimientos, para prevenir que el Estado incurra en supuestos de responsabilidad internacional.

Es muy importante la intervención del Poder Judicial, el que al fallar en hipótesis de incumplimiento de los DESC su actuación produce un doble efecto: directo, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que están en juego tales derechos; e indirecto, pues como *mutatis mutandi*

<sup>142</sup> Véase nota 19.

<sup>143</sup> *Cfr.* Cançado Trindade, Antônio A., en el prólogo a la obra de Pinto, Mónica, *op. cit.*, nota 15, p. II.

<sup>144</sup> Pinto, Mónica, *op. cit.* nota 15, p. 13.

se ha acotado, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encararse como importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente por medio de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria.<sup>145</sup>

Desde otro perfil, como estrategias de exigibilidad en el plano doméstico conviene también explorar nuevas alternativas, como la que —por ejemplo— representa el *ombudsman*, puesto que con dicha figura se abre un abanico de posibilidades al encaramarse como un útil instrumento no jurisdiccional en procura de la protección de los DESC (sin perjuicio de su posibilidad de articular acciones judiciales ya que se encuentra dotado de legitimación procesal).

Es que, como con acierto se ha precisado, la tutela jurisdiccional no es la única posible ni la única deseable.<sup>146</sup> Por lo demás, el defensor del pueblo ofrece potencialidad funcional desplegable también en la dimensión internacional, al ostentar legitimación para presentarse ante la Comisión Interamericana y efectuar denuncias, intervenir en calidad de *amicus curiae* o, como hipótesis de mínima, si se pretendiera obtener aquella legitimación en sede internacional, su actividad podría cobrar importancia como medio para aportar datos y elementos de juicio a la Comisión, la que en función de su propio reglamento está facultada para obrar *motu proprio*.

Es asimismo aconsejable examinar la pertinencia de nuevas alternativas de justiciabilidad de los DESC, tales como las acciones de clase y las de inconstitucionalidad por omisión.

6. El ámbito interamericano de protección en materia de DESC recepta una plusvalía en relación con su par en el plano universal: la posibilidad de denunciar a los Estados mediante la vía de las peticiones individuales.<sup>147</sup>

No obstante, la praxis de la Comisión y la Corte Interamericanas es incipiente y el número de casos, en cantidad y calidad, dista de ser el ideal, por lo que no puede considerarse aún la existencia de un consolidado repertorio, respectivamente, de pautas cuasijurisdiccionales y jurisprudencia-

145 Véase nota 46.

146 Véase nota 78.

147 Contarini, Eugenia, *op. cit.*, p. 135.

les que prefiguren los contornos de una sistematización de los contenidos y alcances de la problemática de los DESC.

Lo expuesto no impide atisbar la reciente apertura de una línea jurisprudencial que denota una cierta permeabilidad de la Corte —perceptible también en ciertos precedentes de la Comisión y que ofrece un rico caudal de opciones prospectivas— para: analizar algunos derechos que operan como “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; examinar situaciones en donde entra en acción derechos de contenido económico, social o cultural o bien proyecciones de este carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos, lo que denota puntos de convergencia entre ambas “categorías”; y, por fin, abordar ciertos derechos civiles y políticos en “clave social”.<sup>148</sup>

Aunque naturalmente, para afianzar y acrecentar esa incipiente tendencia aperturista en los órganos de supervisión del modelo interamericano, los peticionarios deberán formular planteos creativos y animarse a explorar nuevos caminos argumentales ante la Comisión, como vía de acceso al sistema.

Así, y en tren de compendiar algunas de las posibles estrategias de exigibilidad ante ella, pueden ubicarse ejemplificativamente las siguientes: enfocar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en función de la protección de los civiles y políticos, por ejemplo, planteando el derecho a no ser discriminado en relación con los DESC; focalizar la consagración de éstos como límite al ejercicio de los derechos civiles y políticos; invocar el derecho a la protección judicial y la cláusula del debido proceso como medio alternativo de protección de los DESC; alegar la obligación de no regresividad de los estados en la materia.<sup>149</sup>

7. Una de las pautas que deja al descubierto si verdaderamente existe o no voluntad política de los Estados para garantizar la real vigencia de los derechos humanos, es su permeabilidad a admitir la revisión de sus actos u omisiones por órganos internacionales, lo que, en pureza y con relación a nuestro país, evidencia un déficit en el sector de derechos que aborda este trabajo, ya que a pesar de haber firmado el Protocolo de San Salvador aún no ha procedido a ratificarlo.

148 Véase nota 100.

149 Contarini, Eugenia, *op. cit.*, p. 135.

Si bien nos unimos fervientemente a las voces de quienes exhortan al Estado argentino a plasmar tal ratificación, se ve que en el interregno hasta la concreción de tal acto ratificatorio, Argentina queda obligada y vinculada a garantizar ciertas pautas mínimas al haber precisamente rubricado el mencionado Protocolo.<sup>150</sup>

Tales patrones básicos se traducen en el deber de no imponer reglas incompatibles con aquél, no dictar normativa contraria al mismo y no producir interpretaciones que supongan una regresión o un retroceso de los parámetros en él fijados, marco prohibitivo que se potencia en función de que el artículo 1o. del Protocolo dispone que las medidas adoptadas por los estados partes deben lograr progresivamente, y de acuerdo con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que consagra. En sentido convergente, resulta de aplicación al particular el parámetro limitativo del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en tanto determina que “la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado o una organización internacional deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado”.

Ya como hipótesis de máxima, postulamos la necesidad de modificar el Protocolo, pues éste plasma una visión restrictiva en cuanto al radio de viabilidad del sistema de peticiones individuales que finaliza ante la jurisdicción interamericana, al ceñirlo, al menos desde la magnitud literal de su artículo 19.6, a los casos de violación de sus artículos 8.1. ‘a’ y 13.

Sin perjuicio de ello, y si se mantuviera el statu quo, el desafío supondría generar alternativas viables y sustentables para ampliar el espectro tuitivo, por ejemplo, planteando la existencia de una vinculación lógica entre aquellos preceptos y otros del Protocolo u otros instrumentos, por caso, mediante la proyección de las obligaciones generales establecidas en los artículos 1o. y 2o. del Protocolo hacia otros derechos contenidos en éste o ingresando la Corte Interamericana en el análisis de casos de discriminación —proscrita por el artículo 3o. del Protocolo— si incidieran sobre puntos ligados a la libertad sindical o a los derechos vinculados con la educación.

150 Véase al respecto, las alegaciones de la Comisión Interamericana [tanto al elaborar el Informe número 100/01, Caso 11.381, “Milton García Fajardo y otros c/ Nicaragua”, de fecha 11 de octubre de 2001, como al plantear —el 16 de enero de 1998— la demanda contra Panamá en “Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)”] y las apreciaciones de la Corte Interamericana al resolver precisamente este último caso (sentencia proferida el 2 de febrero de 2001).

En cualquier caso, se impone la necesidad de abonar el camino para la existencia de un patrón hermenéutico proclive a admitir y plasmar una relación dinámica e interactiva entre las distintas normas de los instrumentos internacionales (Carta de la OEA, DADDH, CADH y Protocolo de San Salvador), en aras de una protección integral del ser humano que contemple, claro está, la efectiva realización de los DESC.

8. Es fundamental la implicación de las organizaciones no gubernamentales en los procedimientos protectorios ante las instancias internacionales (también, obviamente, en el plano doméstico), aprovechando al máximo la mayor o menor dosis de participación que cada uno de los respectivos instrumentos internacionales les acuerde, *vgr.*, actuando en la articulación de peticiones que contengan denuncias o quejas o interviniendo en los procesos de presentación de informes periódicos por parte de los Estados, en este último caso, como útil vehículo para procurar contrapesar el prácticamente inevitable causal de subjetividad en la elaboración de los mismos por aquéllos.
9. En cuanto a uno de los más importantes déficit del sistema en el marco universal, específicamente en lo que atañe al procedimiento establecido respecto del Comité de DESC de la ONU, surge con claridad la limitación que supone la imposibilidad de plantear comunicaciones, quejas o reclamos de individuos o grupos de individuos, razón por la cual, urge la implementación del Protocolo Facultativo al PIDESC en orden a que queden habilitadas tales vías reclamatorias, que deberán alcanzar a todos los derechos consagrados en el Pacto. *Mutatis mutandi*, se ha precisado que un procedimiento de quejas pone de resalto asuntos concretos y tangibles y hace que surjan a la luz problemas reales que se plantean a las personas individuales y a los grupos de personas.<sup>151</sup>

En sintonía con lo afirmado precedentemente en punto a la relación interpretativa dinámica y funcional entre las distintas normas de los instrumentos internacionales sobre DESC en pro de una protección integral de la persona humana, se impone la concreción de un diálogo institucional entre los

151 Alston, Philip, “No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the UN Covenant”, en Eide, A. y Helgensen, J. (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World: Fifty Years Since the Four Freedoms Address (essays in honour of Torkel Opsahl)*, 1991, pp. 91 y 92; aludido por Novitz, Tonia, *op. cit.* nota 3 (*in fine*), p. 51 y referencia en pie de p. 7.

diversos organismos y Comités involucrados en la protección de los DESC, es decir, la búsqueda de una hermenéutica armonizante y no estrictamente sectorizada o aislacionista.

10. Ya en un plano discursivo general y para finalizar, corresponde reivindicar y estimular el crecimiento cuantitativo y cualitativo del plejo de derechos humanos (y la idoneidad de sus mecanismos protectores) y, asimismo, fortalecer la idea de la interdicción de regresión de tales derechos, puesto que, como gráficamente se ha expuesto, los derechos humanos figuran en un catálogo siempre inconcluso, pero también irreductible.<sup>152</sup>

152 - García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 128.