

## LA PROYECCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE APLICACIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL PLANO INTERAMERICANO POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. PERSPECTIVA ARGENTINA\*

María Sofía SAGÜÉS\*\*

SUMARIO: I. *Interacción entre los órganos de aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano interamericano y la jurisdicción constitucional nacional.* II. *La judiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.* III. *Estándares de recepción de las pautas de aplicación de los DESC por la jurisdicción constitucional.* IV. *Respuesta de la jurisdicción constitucional argentina.* V. *Evaluación.* VI. *Referencias bibliográficas.*

### I. INTERACCIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL PLANO INTERAMERICANO Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL NACIONAL

#### 1. *Diálogo entre el orden nacional y el orden internacional*

La sinergia entre los organismos transnacionales y nacionales en miras a la eficacia de las normativas tuitivas de los derechos humanos resulta un ele-

\* El presente estudio tiene su base en el análisis realizado en “La aplicación de la jurisprudencia y resoluciones de las Cortes y órganos de aplicación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el plano interamericano por los Tribunales Constitucionales. Perspectiva argentina”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales : doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2010.

\*\* Master en derecho, Universidad de Georgetown, Estados Unidos de América; profesora de Derecho constitucional y Procesal constitucional, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho de Buenos Aires; autora de numerosas publicaciones respecto a la temática. [mssagues@gmail.com](mailto:mssagues@gmail.com).

mento fundamental de su engranaje funcional. Ahora bien, el acento práctico del mismo se concentra en los órdenes locales, ya que es sabido que el diálogo e interrelación se construye sobre la base del *principio de subsidiariedad*, que otorga un lugar primordial en la tutela de los derechos fundamentales a los Estados y sus instituciones internas. Este principio se traduce, entre otros aspectos, en la exigencia del agotamiento de los recursos internos —constatación de la falta de respuesta frente a la violación de derechos humanos— como presupuesto necesario a fin de arbitrar la posibilidad de acceder a la jurisdicción transnacional.

De ello se desprende la conveniencia de la complementariedad e interacción entre los operadores propios de ambos órdenes, es decir, los organismos de aplicación de los derechos en el plano interamericano e internacional y la jurisdicción constitucional local. Esto no es menor, ya que del carácter fructífero de este diálogo depende el efectivo respecto de los derechos fundamentales en el campo fáctico. Es decir, “el desafío... es la nacionalización e los derechos universales, como la única forma de hacerlos efectivos en e ámbito interno”.<sup>1</sup> Conforme explica Martín Abregú, “la jurisdicción internacional, con toda la importancia que tiene y ha sido puesta de manifiesto en sus decisiones, posee... una gravitación marginal en los asuntos que cotidianamente reclaman la atención de la Justicia”. Mientras que el derecho internacional determina las obligaciones de los Estados parte, será el derecho local el que decidirá, en la práctica, la vigencia del un derecho.

... la distancia entre los órganos internacionales de protección y el individuo cuyos derechos han sido indebidamente restringidos, la escasa cantidad de casos que llegan a la esfera internacional y los valores republicanos que explican el principio de economía procesal, son sólo algunos ejemplos de la necesidad de una mayor inmediatez en la protección de los derechos.<sup>2</sup>

El principio de subsidiariedad señalado implica la asunción por los Estados de una serie de obligaciones tendientes a condicionar el accionar de los distintos órganos que constituyen su aparato gubernamental. La Corte IDH ha señalado con claridad que la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en una convención internacional “implica el deber de

<sup>1</sup> Abregú, Martín, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”, en Abregú, Martín, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Centro de Estudios Legales y Sociales, 2004, p. 5, con cita a “Guía sobre aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna”, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 28.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 5 y 6.

los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.<sup>3</sup>

El tema, en absoluto menor, recibe especial y profuso tratamiento en los instrumentos internacionales. En términos generales, se “ha sostenido reiteradamente en la doctrina y la jurisprudencia internacional que las obligaciones de los Estados parte son: obligación de respeto, obligación de adoptar las medidas necesarias, y la obligación de garantía, de las que... se derivan una serie de deberes en el ámbito interno de los Estados Parte”.<sup>4</sup>

Dentro del marco temático objeto del presente estudio, un ejemplo paradigmático de los deberes asumidos por el estado nacional puede encontrarse en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforme le cual se establece que

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

En consecuencia, el diálogo entre operadores internacionales, regionales y nacionales se plantea como una necesidad.

## 2. *Escenario de actuación de la jurisdicción constitucional*

Dentro del marco de imperativos internacionales gestado por los sistemas regionales e internacionales tuitivos de los derechos humanos, numerosos instrumentos procuraron acentuar las obligaciones de los Estados partes en la instrumentación de medidas legislativas y administrativas que permitan la interiorización del derecho internacional de los derechos humanos mediante la adecuación de los distintos niveles de la normativa nacional a las exigencias y compromisos asumidos por el Estado en el campo internacional. Así se presentan las obligaciones genéricas y particulares de legislar, o la ne-

<sup>3</sup> CorteIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia de fondo 29 de julio de 1988, párrafo 166. Véase, asimismo, Corte IDH, OC 2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), 24/09/82, Serie A, núm. 2, # 9.

<sup>4</sup> Abregú, Martín, *op. cit.*, p. 10.

cesidad de ajuste de los actos de la administración a las pautas y exigencias del orden normativo internacional.

A su vez, la exigencia de adecuación repercute en las diversas jerarquías normativas internas y particularmente, dado su proyección en el orden interno, en materia constitucional. De esto se desprende también una retroalimentación de la jurisdicción internacional y la jurisdicción constitucional local.

Es decir, la interrelación y existencia de deberes sobre los diversos organismos internos de los Estados no repercute exclusivamente sobre el accionar de las ramas ejecutivas y legislativas de los mismos, así como también en sus poderes constituyentes derivados, sino que, paralelamente, se ha planteado también la necesidad del tratamiento de aquellos deberes y obligaciones que pesan sobre el Poder Judicial y la jurisdicción constitucional.

La función de la jurisdicción constitucional en el proceso de internalización de las exigencias de los sistemas regionales y universales tuitivos de los derechos humanos por los Estados nacionales resulta fundamental. Ello se debe a diversos aspectos.

Más allá de la operatividad inmediata que puede gestarse mediante la adopción de medidas legislativas y administrativas, la jurisdicción constitucional resulta, por su naturaleza, el órgano encargado de garantizar la vigencia y goce de los derechos fundamentales. Conforme explica Juan Méndez,

al derecho internacional le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída ante ella... Sin embargo ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en el derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es el estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno.<sup>5</sup>

Así, se ha señalado que

el DIDH no dispone cuál debe ser la forma que utilizará un Estado parte para cumplir con sus compromisos internacionales, y quedará en manos de cada uno de ellos la determinación de si es necesaria o no una legislación interna que dé fuerza operativa a los tratados sobre derechos humanos y la

<sup>5</sup> Méndez, Juan, "El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos", en Abregú, Martín, *op. cit.*, p 532.

jerarquía de estos tratados en el ámbito interno: no obstante, en el caso del DIDH, esta autonomía del Estado queda parcialmente limitada respecto a la forma en que deberá organizarse para cumplir con la protección de los derechos convenida internacionalmente, al exigir, entre otras obligaciones, una adecuada protección judicial, que incluye el deber de asegurar un procedimiento especial, rápido e idóneo.<sup>6</sup>

Con específica referencia a los DESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General número 9, ha señalado “la obligatoriedad por parte de los Estados de proveer recursos judiciales adecuados y efectivos para el reclamo de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aún cuando ello no se prevé expresamente en el texto del tratado”.<sup>7</sup>

A esto se suma que, dado la incorporación en el diseño normativo de los Estados partes de numerosos instrumentos del DIDH con jerarquía constitucional o bien privilegiada dentro del ordenamiento jurídico, éstos contribuyeron a engrosar el marco sustancial de acción de la jurisdicción constitucional. Sintetizando la diversidad de técnicas mencionada, puede señalarse que

varias Constituciones latinoamericanas... confieren rango constitucional a ciertos instrumentos internacionales declarativos de derechos humanos, sea en términos generales (artículo 23 de la constitución de Venezuela), sea puntualizando en concreto las convenciones o tratados en cuestión (por ejemplo, artículo 75, inciso 22 de la constitución Argentina, con referencia, entre otros, a la Declaración Universal de los derechos del hombre, o al Pacto de San José de Costa Rica; y de modo similar, el artículo 46 de la constitución de Nicaragua). Otra fórmula de interés es la de declarar que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados tienen preeminencia sobre el derecho interno (Guatemala, artículo 46).<sup>8</sup>

Esta simbiosis e interrelación normativa, en consecuencia, resalta la función de la jurisdicción constitucional en la efectiva vigencia de los mandatos internacionales en torno al DIDH.

Por otra parte, y en particular en torno a los DESC, la interacción de la jurisdicción constitucional es fundamental, ya que ha sido especialmente puntualizado que resulta relevante para garantizar la efectiva y eficaz vi-

<sup>6</sup> Abregú, Martín, “La aplicación...”, *cit.*, pp. 10 y 11.

<sup>7</sup> Fairstein, Carolina y Rossi, Julieta, “Comentario a la Observación General núm. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, núm. 0, p. 319.

<sup>8</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistraturas y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, p. 10.

gencia de los mismos la instrumentación de medidas tendientes a garantizar el acceso a la justicia.<sup>9</sup> Es en este aspecto sobre el cual la jurisdicción constitucional tiene especial protagonismo, particularmente en la articulación de procesos constitucionales subjetivos como el proceso de amparo, acción de tutela o de protección.

Finalmente, otra perspectiva en virtud de la cual la interacción entre las exigencias propias del sistema regional de derechos humanos y la jurisdicción constitucional de los Estados partes reviste especial relevancia es que la misma permite contribuir al fortalecimiento institucional, que, a su vez, es un elemento determinante a los fines de la gestación de las condiciones idóneas necesarias para el efectivo respeto de los DESC. Nótese que al formular los “lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa que se asigna un lugar muy importante “al funcionamiento de los sistemas de justicia, entre otros aspectos”.<sup>10</sup>

En conclusión, la permeabilidad, diálogo o sinergia funcional<sup>11</sup> entre la jurisdicción constitucional de los Estados parte y los productos de los órganos transnacionales en materia de derechos humanos resulta fundamental en miras a la operatividad de los sistemas regional y universal tuitivos de los mismos, en particular en lo que hace a los derechos económicos, sociales y culturales.

### 3. Vinculatoriedad de las decisiones de los organismos internacionales sobre la jurisdicción constitucional

La coordinación mencionada en el título anterior puede recibir grados disímiles. Un primer punto fundamental es la básica referencia, y el aban-

<sup>9</sup> La vinculación entre los derechos económicos, sociales y culturales y el acceso a la justicia ha sido de especial tratamiento por la Corte Interamericana y será analizado particularmente más adelante en el presente trabajo. Respecto el acceso a la justicia, puede consultarse la OC 11/90 de la CIDH, en obra coordinada por Bidart Campos, Germán y Pízzolo, Calógero (h), *Derechos humanos*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. II, pp. 639/650, e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia y equidad*, San José de Costa Rica, IIDH y BID, 2000.

<sup>10</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”. OEA/Ser.L./V/II.132 Doc. 14, 19 de julio de 2008. Original: español, párrafo 17.

<sup>11</sup> Dulitzky, Ariel E., “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregú, Martín, *La aplicación...*, cit., p. 57, con cita a Fappiano, Óscar L., “La ejecución de las decisiones de los tribunales internacionales por parte de los órganos locales”, en Abregú, Martín, *La aplicación...*, cit.

dono de posturas autísticas que socavan el principio de subsidiariedad señalado. Es decir, “(n)ecesariamente, tal como actualmente está estructurada la protección internacional de los derechos humanos, tanto los tribunales nacionales como las comisiones y corte internacionales deben observar mutuamente como actúan las contrapartes.”<sup>12</sup>

Dentro de este marco, la Corte Interamericana, siguiendo el criterio adoptado con anterioridad en algunos votos individuales, en la sentencia pronunciada en el caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Gobierno de Chile”, de fecha 26 de septiembre de 2006, consagró el “control de convencionalidad”.<sup>13</sup>

En el considerando número 124 del pronunciamiento mencionado, el Tribunal sostuvo:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Asimismo, en el Considerando 125 agregó:

En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “(s)egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

La doctrina fue posteriormente reiterada en diversos casos, tales como “La Cantuta *vs.* Perú”, sentencia del 29 de noviembre de 2006, consid. 173, y “Boyce y otros *vs.* Barbados”, del 20 de noviembre de 2007, consid. 78.

<sup>12</sup> Dulitzky, Ariel E., *op. cit.*, p. 56.

<sup>13</sup> Véase Sagüés, Néstor P., “*El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales*”, L.L. LA LEY, 2009-B, 761.

En “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” —24 de noviembre de 2006, consid. 128— el Tribunal profundizó a doctrina, explicando que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”. En las causas “Fermín Ramírez” y “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, del 9 de mayo de 2008, reiteró su posición.

Finalmente, la doctrina de la “interpretación conforme” aplicada al control de convencionalidad fue expresamente instrumentada por la CorteIDH en el caso “Radilla Pacheco”, de fecha 23 de noviembre de 2009, en los párrafos 338 a 3340, y específicamente, en el párrafo 349. Allí el Tribunal sostiene que “...es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso”.

En consecuencia, el operador nacional, al formular el control de convencionalidad, debe procurar aplicar aquellas interpretaciones de la legislación interna y de la Convención Americana compatibles con la utilizada por la CorteIDH, desechando la utilización de variables contrarias a ella.

Quedan así demarcadas las líneas de la doctrina del control de convencionalidad planteadas por la Corte Interamericana hacia la jurisdicción constitucional y legal local.

Dentro del marco de las diversas tendencias jurisprudenciales en torno a la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de la Nación Argentina, en sus recientes periodos, había abandonado criterios renuentes,<sup>14</sup> para dar a lugar a fórmulas receptivas ya sea bajo la idea de interpretación armonizante, reconocimien-

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, CSJN, “Cantos”, Fallos: 326:2968.

to de su carácter de guía, o como pauta interpretativa de los derechos reconocidos en la Convención.<sup>15</sup>

El control de convencionalidad fue citado por primera vez por la Corte Suprema de la Nación argentina en el voto mayoritario de un fallo de suma trascendencia: el caso “Mazzeo”,<sup>16</sup> relativo a la inconstitucionalidad de indultos dictados por el Poder Ejecutivo respecto a imputados de delitos de lesa humanidad.

En dicho precedente, al analizar la integración entre los principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional, la Corte refirió al bloque de constitucionalidad, y explicó como la Convención Constituyente de 1994 incorporó los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inciso 22). Citó el caso “Ekmekdjian”,<sup>17</sup> donde se había sostenido la preeminencia de los tratados sobre las leyes y que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Seguidamente, aclaró que tales precedentes constituyen “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.<sup>18</sup>

En el considerando 24 la mayoría transcribió el párrafo 124 del caso “Almonacid Arellano” analizado precedentemente, como elemento previo a examinar y aplicar el modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado las obligaciones de los Estados respecto de los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes.

La referencia al control de convencionalidad se reiteró en dos votos concurrentes suscriptos en otros dos pronunciamientos. El juez Enrique Santiago Petracchi, en la causa “García Méndez”,<sup>19</sup> referente a las condiciones de privación de la libertad de menores, señaló que

<sup>15</sup> Véase CSJN, “Ekmekdjian c/ Sofovich” (Fallos: 315:1492), “Giroldi” (Fallos: 318:514), “Portal de Belén” (Fallos: 325:292), “Espósito” (Fallos: 327:5668), “Llerena” (Fallos: 328:1491), “Bramajo” (Fallos: 319 : 1840) y “Simón” (Fallos: 328:2056), entre otros.

<sup>16</sup> *Op. cit.*

<sup>17</sup> *Op. cit.*

<sup>18</sup> *Op. cit.*, considerando 20.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, considerando 7o. del voto del juez Petracchi.

es doctrina de esta Corte que “garantizar” los derechos humanos implica para el Estado el deber “de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar” de aquéllos (“Giroldi y otro”, Fallos: 318:514, 530, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), lo cual comprende el ejercicio del “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (“Mazzeo”, Fallos: 330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Asimismo, el juez Juan Carlos Maqueda en la causa “Gualtieri Rugnone de Prieto”,<sup>20</sup> relativa al análisis de la constitucionalidad de la realización judicial de una prueba de histocompatibilidad genética entre los elementos secuestrados a una persona y sus potenciales familiares, en un proceso relativo a la apropiación y sustracción de menores, sostuvo que

desde el precedente “Videla” (Fallos: 326: 2805 voto del juez Maqueda) este Tribunal ha sostenido la importancia que deben tener las decisiones de los organismos de protección internacional de los derechos humanos como guía para la interpretación judicial de las normas convencionales. Más recientemente en el caso “Mazzeo” (Fallos: 330:3248) (en el voto de la mayoría), se recordó el denominado control de convencionalidad que los jueces de los estados partes debían realizar, tal como había dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid vs. Chile” (del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154 parágrafo. 124).

El control de convencionalidad tomó nuevamente un especial protagonismo en el Fallo “Videla”.<sup>21</sup> En el considerando 10, en primer lugar, el tribunal reitera los criterios señalados por la mayoría en la causa “Mazzeo”, explicando, en el Considerando 8o. que:

cabe subrayar, que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Hu-

<sup>20</sup> *Op. cit.*, considerando 23 del voto del juez Maqueda.

<sup>21</sup> De fecha 31 de agosto de 2010.

manos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Fallos: 330:3248, considerando 20 y 21).

Así, se hace eco nuevamente del caso “Almonacid Arellano”.

Debe puntualizarse que la Corte sostuvo como uno de los basamentos de la aplicación de tal control, el superar “las vallas formales que presentaba la ley doméstica” en miras a evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino, aspecto presente en diversos pronunciamientos recientes del Tribunal.<sup>22</sup>

En segundo término analizó su jurisprudencia en torno al control de inconstitucionalidad de oficio, explicando que

con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 327:3117).

Seguidamente, vinculó tal criterio con el de la CorteIDH en torno al control de convencionalidad de oficio consagrado en “Trabajadores cesados del Congreso *vs.* Perú”, al que calificó como “concordante”. De esta manera, la Corte recepciona un criterio, adelantado por la doctrina,<sup>23</sup> referido a la vinculación entre la exigencia de inaplicación por inconventionalidad de oficio y declaración de inconstitucionalidad de oficio.

De la ponderación de los precedentes “Mazzeo” y “Videla” puede concluirse la recepción de la doctrina del control de convencionalidad por la Corte Suprema de la Nación Argentina. Mediante tal apreciación, la Corte confirma la decisión del a-quo, en torno a la aplicación del fallo dictado por la Corte Interamericana en la causa “Caso del Penal Miguel Castro Castro”.

Al respecto, cabe mencionar que se ha puntualizado que, dado que el precedente citado no refería a Argentina, ello implica que el control de convencionalidad debe realizarse teniendo en cuenta tanto las decisiones de la CorteIDH referentes al Estado Argentino, como aquellas relativas a otros

<sup>22</sup> CSJN, “Casal” (Fallos: 328:3399), “Verbitsky” (Fallos: 328:1146), “Llerena” (Fallos: 328:1491), entre otros.

<sup>23</sup> Véase Hitters, *op. cit.*

países,<sup>24</sup> criterio que se desprende de la jurisprudencia de tal tribunal, y que, además, podía ya concluirse de la pauta otorgada en el caso “Mazzeo”, donde el pronunciamiento que contribuyó a formular el control de convencionalidad era el dictado en la causa “Barrios Altos”, tampoco referente a Argentina.

Llama la atención la denominada “concordancia” remarcada por la Corte argentina en torno a las potestades de los jueces para la declaración de la inconstitucionalidad de oficio, y, paralelamente, la inconventionalidad de oficio. Esto lleva a concluir, como primer punto, que no nos encontramos ante dos mecanismos de control aislados, enclaustrados cada uno de ellos en su marco de acción, sino intercoordinados.<sup>25</sup>

Como se analizará más adelante en el presente trabajo, en reiteradas oportunidades la Corte Interamericana ha señalado doctrina en torno a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en cuanto a su vinculación con derechos civiles y políticos tutelados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales como acceso a la justicia, y el derecho a la igualdad, calidad de vida, etcétera. En estos casos, toma total predicamento el criterio señalado en torno al control de convencionalidad.

Seguidamente, cabe preguntarse si esta vinculatoriedad también puede proyectarse con respecto a los productos de los órganos internacionales propios de los sistemas regionales y universales de derechos económicos, sociales y culturales.

En primer término, debe recordarse que uno de los argumentos que presenta dificultades prácticas en torno a su implementación es el hecho que el Pacto Internacional relativo a los mismos carece, por el momento —al encontrarse pendiente de ratificación el pertinente protocolo adicional—, de un sistema de control de naturaleza jurisdiccional o contenciosa, que genere cauces a fin de la articulación de denuncias particulares ante sus violaciones. Asimismo, el fenómeno se repite en el orden interamericano, con referencia al Protocolo adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales, denominado Protocolo de “San Salvador”. A pesar del elenco de derechos consagrados, y los mecanismos de informes ar-

<sup>24</sup> Este punto es señalado por Andrés Gil Domínguez, en “La Corte Suprema de Justicia reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio”, *LL*, 9 de septiembre de 2010.

<sup>25</sup> El mayor o menor grado de dicha coordinación o retroalimentación exige desarrollar algunas mayores profundidades de análisis. Me remito en este punto al trabajo de mi autoría “Aproximación a la retroalimentación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad a la luz de un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina”, *Revista Jurídica El Dial*.

ticulados, en el caso interamericano se admite la aplicación del procedimiento de petición individual previsto en la Convención solamente en los casos de violaciones del derecho de libertad sindical y el derecho a la educación.

Más allá de este aspecto, la doctrina se inclina en torno a la adopción de un criterio similar en torno a la vinculatoriedad de las decisiones de los órganos de aplicación. Se comparte el criterio señalado por Abramovich y Courtis en el sentido que

dato que la interpretación del alcance y significado de los derechos y obligaciones establecidas por el Pacto corresponde en última instancia a la autoridad designada por el propio pacto —el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que a su vez delegó esta facultad en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, los jueces nacionales deben tener en cuenta esa interpretación ante una controversia en sede interna, so consecuencia de provocar, en caso contrario, una opinión negativa sobre el incumplimiento de las obligaciones del Estado en sede internacional. Por ende, tanto por razones normativas —el Estado ha delegado competencias interpretativas a instancias internacionales, que resultan ahora el último intérprete de los Pactos— como prácticas —el desconocimiento de la interpretación de los organismos internacionales provocará, además de un dispendio jurisdiccional inútil tanto en sede interna como en sede internacional, la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de acuerdo a los Pactos— la interpretación de cláusulas del PIDESC realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales resulta una guía ineludible para la aplicación de dicho instrumento por parte de los tribunales internos.<sup>26</sup>

Este aspecto cobra especial relevancia en el caso de los DESC, dado al trabajo de concretización que han realizado los órganos internacionales, superando obstáculos originales en torno a la conceptualización de los derechos. Explican Fairstein y Rossi que

(e)ste principio que es común a la totalidad de los tratados internacionales, adquiere importancia superlativa en el caso de los tratados de derechos humanos y mayor aún en el caso del PIDESC, ya que... éste ha sido redactado

<sup>26</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, Martín, *La aplicación..., cit.*, pp. 326 y 327.

en términos vagos y ambiguos, lo que posibilita una gran discrecionalidad por parte de los Estados en su aplicación ... el Comité apunta con sus observaciones generales a dar contenido concreto y preciso a los derechos consagrados en el Pacto facilitando de ese modo su aplicación a casos concretos.<sup>27</sup>

De esta manera,

las observaciones generales dictadas por el comité equivalen a su jurisprudencia en relación al contenido del Pacto, del cual es el único órgano de aplicación. Estas observaciones generales tienen carácter prescriptivo para los Estados en relación al procedimiento de informes, por cuanto el comité analizará su comportamiento frente a los derechos consagrados por el Pacto, a la luz de estas interpretaciones y podrá entender incluso que han existido violaciones del pacto en relación a determinados derechos.<sup>28</sup>

El sentido de las obligaciones de los Estados ha sido clarificado además, en numerosos aspectos, por los llamados Principios de Limburgo... Estos principios no son obligatorios para los Estados, pero proveen la mejor guía para la comprensión de los deberes jurídicos que contraen desde la ratificación del PIDESC... Los Estados no pueden desentenderse de estos documentos, pues en tanto el PIDESC es un tratado, están obligados de acuerdo a lo que dispone el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (1969) a interpretar sus normas de buena fe, tomando en consideración su objeto y fin, el sentido corriente de sus términos, los trabajos preparatorios y las prácticas relevantes.<sup>29</sup>

En este sentido, la Corte Suprema de la Nación Argentina ha reconocido al Comité el carácter de “intérprete autorizado” del Pacto de Derechos Económicos Sociales y culturales, haciendo aplicación de su criterio.<sup>30</sup> Al respecto, tuvo en especial consideración que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional, consagra la jerarquía constitucional de tal instrumento “en las condiciones de su vigencia”, lo cual implicaría exigir una interpretación conforme los productos de los organismos internacionales tendientes a su aplicación.

Se han presentado, en consecuencia, diversas razones que contribuyen a calificar como fundamental el estudio de la interrelación entre la normativa supranacional, los productos de los órganos respectivos, y la jurisdicción constitucional en general y especialmente en materia de los DESC. Sin em-

<sup>27</sup> Fairstein, Carolina y Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 339.

<sup>28</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Hacia la exigibilidad...*, *cit.*, pp. 320 y 321.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 321.

<sup>30</sup> CSJN, “Aquino”, Fallos: 327: 3753, entre otros.

bargo, para procurar un análisis consistente de la misma, es necesario superar un primer escollo, ya que para ponderar la potencial recepción por la jurisdicción constitucional de las pautas aportadas por los organismos internacionales en tal materia, es requisito admitir la judiciabilidad de los mismos, a fin de dar a lugar su articulación ante la jurisdicción constitucional. Se procurará, en el siguiente título, realizar una presentación liminar de dicha temática.

## II. LA JUDICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Mucho se ha discutido en doctrina en torno a la naturaleza de normas como las objeto del presente análisis. El presupuesto de su aplicación por la jurisdicción constitucional se encuentra en determinar si las mismas revisten entidad suficiente como para que se instrumente mecanismos de protección, en miras a procurar su vigencia y, en caso de una respuesta afirmativa, cuáles serían las características que deben revestir los instrumentos para resultar idóneos.

En resumen, el cuestionamiento planteado consiste en si ¿es posible predicar la judiciabilidad de los DESC?, entendiéndose como tal la “posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho”.<sup>31</sup> Asimismo, cabría preguntarse cuáles serían los instrumentos idóneos a fines de garantizar dicha justiciabilidad, lo cual repercutirá en la modalidad de interrelación y aplicación por la jurisdicción constitucional de las pautas brindadas por los organismos internacionales. Siguiendo a Norberto Bobbio, el núcleo del conflicto “no consiste en saber cuales y cuantos son esos derechos, cuál es la índole o el fundamento de los mismos, si se trata de derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino más bien saber cuál es la forma más segura de garantizarlos para impedir que, a pesar de las solemnes declaraciones, se los viole constantemente”.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> International Human Rights Internship Program, “Una onda en aguas tranquilas”, Washington (1997), p. 15, citado por Abramovich Cosarín, Víctor (1998), “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 Voilo Jiménez*, San José, Costa Rica, IIDH, Editora Lorena González Voilo, p. 139.

<sup>32</sup> Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, Río de Janeiro, Editora Campus, 1992, p. 30, citado por Alves Pereira, Antonio Celso, “El acceso a la justicia y los derechos humanos en Brasil”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, t. 20, julio-diciembre de 1994, p. 23.

### 1. *Obligaciones de los Estados*

Debe aclararse que el problema relativo a las falencias en la efectiva vigencia, operatividad y acceso a la justicia no es propiedad exclusiva de los DESC; sin embargo, con respecto a ellos, las reticencias no sólo han sido de orden fáctico, sino también doctrinario. Las posibilidades de reconocimiento de vías procesales en miras a la exigibilidad de los derechos mencionados ha generado numerosos reparos, basados en general en la diferenciación entre categorías de derechos: los derechos civiles y Políticos (DCP), exigibles judicialmente, y los DESC, carentes —para esta postura— de dicha característica.

Paralelamente han surgido modernas corrientes que señalan la inexistencia de patrones de diferenciación tan demarcados, por considerar que los criterios separadores son en realidad ambiguos o inexistentes, propugnando poner el acento en las notas comunes de ambos estamentos en miras a ahondar la indivisibilidad e interdependencia de los derechos.<sup>33</sup>

Más allá de su evidente consagración normativa, se plantean recelos a la hora de reconocer la justiciabilidad de los DESC, por considerar que no son más que “aspiraciones”, “fines”, “declaraciones de buenas intenciones”, o “directrices”, que la norma infiere a los poderes del Estado, normas de carácter programático, no exigibles mediante reclamos jurisdiccionales.<sup>34</sup> Sin embargo, las pautas otorgadas por el orden internacional y regional de los derechos humanos permiten arribar hacia la judiciabilidad de diversos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales.

Una línea doctrinaria señala que esta generación de derechos principalmente se caracteriza por que al primer deber que tenía el sujeto pasivo de los derechos —consistente en una actitud de abstención de conductas lesivas de los mismos— se le suman deberes positivos en cabeza del estado. Así, se denomina a los DESC “derechos—prestación”.<sup>35</sup> Dentro de esta posición, “otro intento de diferenciación consiste en vincular un tipo específico de obligación de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. Así, para algunos autores, mientras que a los derechos civiles y políticos co-

<sup>33</sup> Puede consultarse Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *Revista Hechos y Derechos*, 2000, t. 7, pp. 7-31; Bidart Campos, Germán, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994”, *Revista Hechos y Derechos*, t. 7, Bolívar, Ligia, 2000; *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*, Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. V, p. 93, entre otras.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, Ojeda Quintana, Tomás, “El problema de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Hechos y Derechos*, t. 7, p. 50.

<sup>35</sup> Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, pp. 17-20, citado por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Hacia la exigibilidad...*, *cit.*, p. 287.

responden obligaciones de resultado, a los derechos económicos, sociales y culturales corresponden tan solo obligaciones de conducta”.<sup>36</sup>

Finalmente, para cumplir dichas obligaciones de hacer, es necesario que el Estado realice actividades que deben solventarse con fondos del tesoro público, erogándose recursos. Al respecto, se señala que

la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia ‘juridicidad’ de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del estado. Esta subordinación, denominada “condicionante económico”, relativizaría la universalidad de los derechos de maras, condenándolos a ser considerados “derechos de segunda categoría”.<sup>37</sup>

La posición doctrinaria en estudio considera que esta característica se debe al condicionante económico y político que subyace el cumplimiento efectivo de estos derechos. Señala Pedro Nikken que “los derechos económicos, sociales y culturales, se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana”.<sup>38</sup> De allí, el autor citado concluye en que su realización no depende solamente de la instauración de un orden jurídico, sino de la conquista de un orden social caracterizado por la justa distribución de los bienes, en el que se verifique la existencia de recursos apropiados y suficientes. El problema reviste suma importancia, puesto que derechos humanos fundamentales estarían condicionados en su vigencia por circunstancias exógenas, de difícil control por el Estado.

Los argumentos citados precedentemente cobran vital relevancia si se parte de que tanto la actividad positiva del Estado, la política económica y social, así como la generación de las leyes, se han considerado tradicionalmente aspectos comprendidos dentro de la discrecionalidad de los poderes públicos. En consecuencia, su posible control por parte de la jurisdicción constitucional implicaría, en principio, poner en crisis la doctrina de la división de poderes, base de nuestro sistema republicano de gobierno. De allí que, en miras a mantener incólume dicha estructura, se pretenda renunciar a la justiciabilidad de los DESC, dejando su reconocimiento en manos de

<sup>36</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *La exigibilidad...*, cit., p. 284.

<sup>37</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales ...*, cit., p. 16.

<sup>38</sup> Nikken, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, *Estudios de derechos humanos*, t. I, p. 31. Disponible en: [http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%20%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.1%20DEFINICIONES%20%20TEORIAS%20CARACTERISTICAS/2.1.11%20El%20concepto%20de%20ddhh\\_Nikken.pdf](http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%20%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.1%20DEFINICIONES%20%20TEORIAS%20CARACTERISTICAS/2.1.11%20El%20concepto%20de%20ddhh_Nikken.pdf), consultada el 10 de noviembre de 2009.

las políticas estatales dirigidas por los poderes del Estado responsables de las mismas.

Sin embargo, si se analiza en concreto los DCP, se encuentra que muchos de ellos requieren del Estado algo más que una simple abstención, por otra parte, el cumplimiento de los DESC requiere, asimismo, de la verificación de conductas negativas por parte del Estado. Señala Ligia Bolívar, “también en el campo de los derechos civiles y políticos es necesario promover un desarrollo progresivo, mediante un marco jurídico que asegure su vigencia, entendiendo que ésta no puede limitarse a la abstención de actuar en contra del derecho en cuestión, sino que debe apuntar también a una serie de acciones concretas orientadas a la prevención, así como a la eficaz investigación y sanción de cualquier violación. Asimismo, el ejercicio de los derechos políticos requiere del Estado una acción que supone, entre otras cosas, el desarrollo de mecanismos y la asignación de recursos suficientes a los cuerpos electorales para garantizar la universalidad y libertad del derecho al sufragio. De esta misma forma, observamos que el disfrute de ciertos derechos económicos, sociales y culturales no está condicionado a la progresividad y que su satisfacción puede ser inmediata, como es el caso de la libertad sindical... sin que pueda alegarse la inexistencia de recursos estatales necesarios para dar cumplimiento a estas obligaciones”.<sup>39</sup>

Asimismo, en numerosos casos el ejercicio de los DCP “está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado”,<sup>40</sup> dado que al abandonarse el modelo liberal-individualista ha mutado el contenido de los derechos clásicos, que reclaman mayores obligaciones de hacer del Estado.<sup>41</sup>

En consecuencia, “las diferencias entre DCP y DESC son diferencias de grado, más que sustanciales”.<sup>42</sup> Ambos tipos de derechos constituyen un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado, si bien en el caso de los DESC las obligaciones positivas revisten una importancia simbólica mayor para identificarlos.<sup>43</sup>

Pueden señalarse “niveles” de obligaciones estatales que caracterizarían a cada derecho, independientemente de su consideración como DCP o DESC. Así, Van Hoof sostiene cuatro “niveles” de obligaciones: de respetar, de pro-

<sup>39</sup> Bolívar, Ligia, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

<sup>40</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2000), *Los derechos sociales...*, *cit.*, p. 10.

<sup>41</sup> Bidart Campos, Germán, “Los derechos económicos, sociales y culturales...”, *op. cit.*, p. 41.

<sup>42</sup> Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21, citado por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales ...”, *op. cit.*, 2000, p. 11.

<sup>43</sup> *Idem.*

teger, de garantizar y de promover el derecho en cuestión”.<sup>44</sup> Éstas, por otra parte, caracterizarían el complejo que identificaría a cada derecho en particular, más allá de su conceptualización como civil y político o económico, social y cultural. Finalmente, “(l)a preponderancia estaría dada en que en algunos casos de DESC la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”.<sup>45</sup>

En esta línea se ha manifestado el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, exponiendo que “esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto... no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad”.<sup>46</sup>

Esta exigencia de obligaciones positivas y negativas en relación a ambas categorías de derechos repercute en la necesidad de recursos económicos para cumplimentar todas ellas, derribando otro de los argumentos señalados.

Para estos supuestos en que puede hacerse necesario una inversión de recursos estatales, “si bien es cierto que se debe tomar en cuenta el problema de la posible carencia de recursos, éste no puede convertirse en un condicionante para la identificación del contenido mínimo esencial de un derecho que, siendo inherente a la persona humana, confiere a su titular un núcleo intocable de garantías para su satisfacción”.<sup>47</sup>

Así,

la adopción de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales generan obligaciones concretas al Estado, que —asumiendo sus particularidades— muchas de estas obligaciones resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Van Hoof, G. “The legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of some traditional Views”, en Alston, P. y Tomaesewski, K. (eds.), *The Right to Food, Utrecht* (1948), p. 99, citado por Abramovich Cosarin, Víctor, “Los derechos sociales...”, *op. cit.*, 145.

<sup>45</sup> Contreras Peláez, F., *op. cit.*, p. 11, citado por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales...”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>46</sup> OG núm. 9, punto 10. Resulta ejemplificatoria en torno al predicamento de obligaciones positivas y negativas para ambos supuestos de derechos el ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Airey”, 9/10/79, Serie A, núm. 32.

<sup>47</sup> Bolívar, Lúgía, *op. cit.*, p. 113.

<sup>48</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad...”, *op. cit.*, p. 283.

## 2. Contenido de los DESC

Otro aspecto que ha sido señalado como obstáculo de la judiciabilidad de los DESC es la dificultad de la delimitación de su contenido conceptual. Gros Espiell ha señalado que

(n)o es fácil distinguir entre los derechos económicos, sociales y culturales... Es...muy complejo enumerar separadamente los derechos económicos de los sociales y dar un criterio de distinción entre ambos... Los textos internacionales eluden, en general, una clasificación que ubique a unos como derechos económicos y a otros como sociales y los instrumentos o documentos que refieren a ellos, como algo distinto e individualizable, no precisan un criterio distintivo.<sup>49</sup>

Si los derechos en estudio son consagrados con fórmulas vagas o imprecisas, que muchas veces dejan un campo de discrecionalidad demasiado amplio para el legislador, éste aspecto es considerado por algunos como un escollo a la hora de su judiciabilidad.<sup>50</sup> A los fines de superar el obstáculo señalado,

numerosos autores coinciden en señalar la necesidad de definir el contenido mínimo esencial... de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales, como una forma de identificar las obligaciones concretas que un Estado asume al reconocer estos derechos en la legislación nacional o mediante la adhesión a un convenio internacional.<sup>51</sup>

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), han puesto atención en esta problemática de la tipicidad de los DESC, llegando a la conclusión que

la fijación de parámetros o indicadores adecuados (y consensuados por la comunidad internacional), contribuirá, pues, a la definición de fronteras de violación a los derechos económicos, sociales y culturales. Lo anterior permitirá ir definiendo una normativa internacional que fije criterios de tipicidad y exigibilidad que, a su vez, permitan el desarrollo de un control de derecho en es-

<sup>49</sup> Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos*, Madrid, IIDH, Cívitas, 1988, p. 332.

<sup>50</sup> Bolívar, Ligia, *op. cit.*, p. 109.

<sup>51</sup> *Idem.*

tas disciplinas que, incluso, dé lugar al ejercicio de la coercibilidad jurídica por parte de la comunidad internacional.<sup>52</sup>

Evidentemente, las falencias para determinar el contenido concreto de un derecho, en virtud de la forma en que el mismo se encuentra consagrado, no puede resultar excusa suficiente para argumentar su no judiciabilidad. Es deber de los diversos operadores del derecho (tanto dentro del orden nacional como internacional), elaborar el contenido mínimo, ante cuya violación se dé la apertura de los mecanismos de tutela. Por otra parte, existen numerosos DCP que plantean idéntico conflicto. A su vez, el amplio y frondoso caudal interpretativo producido por los órganos internacionales en materia de DESC ha contribuido a concretizar el núcleo conceptual de los mismos, otorgando mayor certeza a su operatividad.

### 3. *Indivisibilidad de los derechos humanos*

Los derechos humanos son indivisibles y se retroalimentan. La interrelación entre los DESC y los DCP ha sido resaltada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al sostener que "...esa relación..., es, en gran medida, una relación de causa y efecto... el descuido de los derechos económicos y sociales, especialmente cuando se ha suprimido la participación política, produce la clase de polarización social que conduce, a su vez, a actos de terrorismo por y contra el gobierno".<sup>53</sup>

Asimismo, se ha señalado su indivisibilidad al sostener que "...los derechos económicos, sociales y culturales son auténticos derechos humanos fundamentales ... Como los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible".<sup>54</sup>

Sin embargo, ello no implica exigir uniformidad en los grados de protección de los mismos. En la misma oportunidad, la Comisión ha advertido que "(a)lgunos derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser objeto de un régimen de protección, de tipo jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional igual que el que existe respecto de los derechos civiles y políticos".<sup>55</sup>

<sup>52</sup> CEPAL-IIDH, "Informe del seminario sobre la propuesta de transformación productiva con equidad y los derechos económicos, sociales y culturales", puntos 33 y 34, *Revista IIDH*, t. 20, julio-diciembre de 1994, p. 288.

<sup>53</sup> CIDH, Informe anual, 1979,1980, 143, citado por Thomas Buergenthal *et al.* (1994), *op. cit.*, p. 235.

<sup>54</sup> CIDH, Informe anual, 1986, OEA/Ser.L./III, 15 doc. 13, 29 de agosto de 1986, p. 42, citado por Contarini, Eugenia *et al.* (1999), *op. cit.*, p. 129.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 130.

En resumen,

...la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, “exigibles directamente por sí mismos”, y derecho de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, “exigibles indirectamente”, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos u otros derechos son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva.<sup>56</sup>

### III. ESTÁNDARES DE RECEPCIÓN DE LAS PAUTAS DE APLICACIÓN DE LOS DESC POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

De los criterios desarrollados, se arriba a la conclusión de que no nos encontramos ante distintas categorías de derechos. La pauta a tener en cuenta no consiste, entonces, en diferenciar un DESC de un DCP, sino en identificar aquellos supuestos de violaciones de derechos humanos ante los cuales es posible recurrir al órgano jurisdiccional en miras a obtener una respuesta idónea, así como determinar el accionar de dicho órgano frente a las diversas modalidades de reclamos y las particularidades de las variables de obligaciones estatales incumplidas. Si se profundiza el análisis, la solución será idéntica para ambas categorías de derechos, puesto que el parámetro diferenciador estará dado no por el tipo de derecho violado, sino por el tipo de accionar que se requiere del Estado a los fines de su satisfacción.

Explican Abramovich y Courtis, “cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimien-

<sup>56</sup> Corte IDH, OC-4(84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, del 19 de enero de 1984, voto separado del juez Piza Escalante.

to de obligaciones positivas incumplidas”.<sup>57</sup> En este sentido, se comparte el criterio señalado por los autores citados, en torno a que

la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos.<sup>58</sup>

### 1. *Tutela indirecta de DESC, en virtud de su vinculación con otros derechos civiles y políticos*

En algunas oportunidades, los órganos internacionales han instrumentado la tutela de DESC engarzándolos en la protección de DCP. Así, una primera obligación de los estados en materia de DESC constituye la de su protección no discriminatoria (*cf.* artículo 2.2 del PIDESC). Dentro de este marco, la jurisdicción constitucional se encuentra habilitada a controlar si el ejercicio de la potestad legislativa y/o administrativa del Estado en la protección de estos derechos ha satisfecho el principio de igualdad. Así,

(c)uando un derecho social ha sido reconocido a determinadas personas o grupos en una determinada medida, sí es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiarios y la de quienes aún no lo son, controlando la legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho. ... el artículo 26 del PIDCP establece el derecho de toda persona a que el Estado prohíba por ley toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen racial o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta obligación de los estados de prohibir la discriminación y de proteger contra ella a las personas en forma igual o efectiva, no se refiere al ejercicio de ningún derecho en particular, y por lo tanto es

<sup>57</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad...”, en Abregú, Martín, *op. cit.*, pp. 295 y 296.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 304.

aplicable en relación a cualquier derecho, incluyendo los derechos económicos sociales y culturales.<sup>59</sup>

Este aspecto ha sido especialmente analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la vinculación entre acceso a la justicia, prohibición de discriminación e indigencia. El Tribunal ha formulado nutridos análisis en torno a la violación del acceso a la justicia de las personas en situación de indigencia en la Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, referente a excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículo 46.1, 46.2.a y 46.2 b Convención Americana sobre derechos humanos).<sup>60</sup>

La garantía del debido proceso consagrada en el artículo 8o. de la CADH es de aplicación a los derechos económicos sociales y culturales, puesto que es aplicable a cualquier proceso en el que se determinen obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, analizó en diversos casos el cumplimiento de prestaciones sociales, habiéndose invocado la violación al derecho a la tutela judicial efectiva (pueden mencionarse “Deumeland”,<sup>61</sup> “Feldbrugge”,<sup>62</sup> “Salesi vs. Italia”<sup>63</sup> y “Schuler-Zgraggen”<sup>64</sup>).

Puede citarse, asimismo, siguiendo este criterio, la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido “como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos humanos, la discriminación en el ejercicio o disponibilidad de las garantías judiciales por razones de situación económica está prohibida según las disposiciones de los artículos 1.1, 8o. y 24 de la Convención Americana”.<sup>65</sup>

Finalmente, en algunos casos, se ha procurado la aplicación de los DESC como límite a los DCP.<sup>66</sup> En el ámbito europeo, en el caso “Mellacher y otros vs. Austria”<sup>67</sup> se alegó que una considerable reducción de la renta resultaba violatoria del artículo 1o. del Protocolo núm. 1. En el mismo se había alegado que “la protección del derecho a la vivienda es un legítimo pro-

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 310 y 311.

<sup>60</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 11/90, Serie A, núm. 11, del 10 de agosto de 1990.

<sup>61</sup> TEDH, Serie A, núm. 100.

<sup>62</sup> 29/5/86, Serie A, núm. 99.

<sup>63</sup> 26/12793, Serie A, núm. 257-E.

<sup>64</sup> 24/06/73, Serie A, núm. 263.

<sup>65</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador (a disposición en la página web de la Comisión).

<sup>66</sup> TEDH, “James y otro vs. Reino Unido”, 21/12/86, Serie A, núm. 98.

<sup>67</sup> 19/12/89, Serie A, núm. 169.

pósito para justificar la restricción del goce pacífico de la posesión El Tribunal entendió infundada la petición pues sostuvo que la legislación interna de los Estados tiene un amplio margen de apreciación en relación a las políticas económicas y sociales”.<sup>68</sup>

2. *Remedios articulables ante la violación del derecho en virtud del incumplimiento por parte del Estado de su obligación negativa: la jurisdicción constitucional como legislador negativo en tutela de la prohibición de regresividad*

Se ha señalado que tanto respecto los DESC como los DCP, el Estado tiene una primera obligación negativa, el deber abstenerse de realizar conductas violatorias de los mismos. Es decir, todo DESC actúa como tope negativo del accionar del Estado, en virtud del cual devendría inconstitucional toda norma o acto que vulnere dicho derecho.

En este punto, para ambas “categorías” los mecanismos procesales existentes, entre los cuales ponemos especial atención en la acción de amparo, son remedios idóneos. La respuesta judicial dejando sin efecto aquél acto violatorio permitiría garantizar la vigencia del derecho conculcado.

Este tipo de obligaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de los mismos.

La obligación reseñada se desprende del artículo 2.1. del PIDESC, conforme al cual

(c)ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

De este principio de progresividad se desprenden dos postulados. En un primer término, la gradualidad propia de la adopción de medidas positivas en tutela de estos derechos. Seguidamente se verifica un segundo mandato

de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. El comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena

<sup>68</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad ...”, *op. cit.*, p. 317.

efectividad de los derechos reconocidos “deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el pacto (O. G. núm. 3, punto 2).<sup>69</sup>

Estos dos postulados permiten concluir una obligación mínima asumida, consistente en la “no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas y, por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población una vez adoptado el tratado internacional respectivo”.<sup>70</sup>

Así, ha sostenido el Comité de DESC que “(c)ualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá de la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente pro referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”.<sup>71</sup>

Este requisito en torno a la razonabilidad de las medidas regresivas de DESC se suma a los restantes consagrados en el artículo 4o. del PIDESC. En primer término, se debe procurar evitar desnaturalizar o destruir su esencia misma. Conforme señala el artículo citado, “las limitaciones legales al ejercicio de los derechos consagrados en el instrumento solo podrán establecerse en la medida compatible con la naturaleza del derecho reglamentado”.<sup>72</sup> En segundo término, exige la norma que “la restricción de los derechos se encuentre justificada... con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.<sup>73</sup>

Finalmente se reclama una tercera exigencia, consistente en “la determinación de la adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida”.<sup>74</sup>

El problema se presenta a la hora de ponderar cada legislación, a fin de verificar si la misma constituye una regresión o un avance en la tutela de los derechos señalados.

De manera genérica, puede afirmarse que una norma que reglamenta o un derecho social es regresiva respecto de otra “cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> OG 3, punto 9.

<sup>72</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad..”, *op. cit.*, p.340.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 341 y 342.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 342.

extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse”.<sup>75</sup>

Sin embargo pueden darse situaciones en que una normativa contiene una mínima restricción que, contemplada de manera sistemática, se coordina con mejoras en la protección que, de manera sistémica, justifica una apreciación positiva a su dictado.

Abramovich y Curtis realizan un aporte sumamente útil, al considerar que “sería acertado recurrir por analogía a los criterios utilizados en el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo de la primacía del régimen o norma más favorable para el trabajador”.<sup>76</sup>

Al respecto, siguiendo a los autores citados, podría plantearse que existen dos criterios argumentativos fundamentales: el de la acumulación y el del conglobamiento.

El criterio de la acumulación implica la aplicación de lo dispuesto en las normas comparadas sumando todo lo que han en ellas que resulte más favorable al trabajador. El método del conglobamiento, que tiene en cuenta el carácter unitario de cada norma o régimen, hace la comparación en conjunto, y excluye la posibilidad de aplicar simultáneamente una disposición de un régimen y la de otro prescindiendo del respectivo carácter unitario, por lo que tras la comparación, se aplica sólo la norma o el régimen que en su totalidad resulta más favorable. Un método intermedio es el denominado “conglobamiento por instituciones”, en el cual se toma como unidad de comparación el conjunto de normas “relacionadas con cada una de las instituciones del derecho del trabajo”, aplicándose la norma que regula de modo más favorable cada una de las instituciones comparadas... El análisis por instituciones parece ser el que brinda la solución más adecuada para determinar cuando una norma es regresiva, circunscribiendo tanto la prueba de la regresividad como la consiguiente impugnación de irrazonabilidad al contenido concreto de la norma que regula una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho. Este procedimiento o criterio de comparación limitado a contenidos concretos de la norma y no a su totalidad, resulta además claramente compatible con la regla pro homine y con el principio de que la inconstitucionalidad opera como última ratio, debiendo siempre circunscribirse su declaración a los aspectos particularmente impugnados, sin perjuicio de la validez del resto de la norma.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 347.

<sup>76</sup> *Idem*.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 348.

3. *Remedios articulables ante la violación de un derecho en virtud del incumplimiento por parte del Estado de una obligación positiva. La jurisdicción constitucional como legislador positivo. Control de la inconstitucionalidad por omisión*

A. *El derecho al remedio*

El mapa de remedios disponibles en los diversos regímenes se ve restringido cuando la violación se genera en que el Estado no ha cumplido la obligación positiva impuesta por la norma constitucional o internacional. Es decir, cuando no existe un acto concreto de algún poder del Estado, sino una falta de accionar —omisión— del órgano correspondiente. Es aquí donde los mecanismos clásicos de control de constitucionalidad —tendientes a invalidar la norma inconstitucional—, entran en crisis, presentándose como insuficientes.

La pregunta que genera los conflictos es la siguiente: ¿es posible, a través de la tutela jurisdiccional, petitionar a las autoridades la realización de las obligaciones positivas necesarias para el reconocimiento de un derecho económico, social y cultural?

El problema no debe concebirse desde una conceptualización de los derechos en juego, sino de la idoneidad de la garantía. Evidentemente, las garantías existentes generalmente se instrumentan ante un accionar del Estado que ocasionaba la violación de un derecho. Este perfil puede comprenderse desde un punto de vista histórico. No debemos olvidar que en sus orígenes, las consagraciones de derechos se presentaron como propias del constitucionalismo liberal individualista, que se caracterizaban por responder a un patrón de Estado liberal abstencionista al que le correspondían, principalmente, obligaciones negativas o de no hacer.

La modificación cuantitativa y cualitativa de los derechos generados por el constitucionalismo social conlleva la necesaria adecuación de las garantías, pudiendo resultar necesaria la creación de nuevos mecanismos de tutela. Las obligaciones positivas que pesan sobre el Estado para el reconocimiento de derechos hacen necesario la creación de instrumentos que permitan efectivizarlos cuando se incumplen.

Si las garantías clásicas aparecen como deficitarias para tutelar estos supuestos, se reclama el reconocimiento del derecho a las garantías, entendiéndose como tales “aquellas que sirven para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”.<sup>78</sup> La ineficacia o falta de idoneidad de los mecanismos existentes no nos legitima a permanecer con

<sup>78</sup> OC 8/97, de fecha 30 de enero de 1987, párr. 24.

los brazos cruzados ante la violación de normas plasmadas en textos internacionales y constitucionales, máxime si se tiene en cuenta respecto a la necesidad de existencia de garantía, el derecho a la protección judicial que se desprende del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>79</sup> Esta norma debe ser interpretada conjuntamente con los artículos 8.1 y 2 que establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados por la convención.

Del artículo 25 citado se desprende una “obligación de resultado” a cargo del estado,<sup>80</sup> que comprende tanto el dictado de la reglamentación pertinente, como así la existencia de las condiciones necesarias para que dicho recurso revista la característica de “eficiencia”. Es decir, “(n)o basta con adecuar la legislación nacional a los compromisos asumidos internacionalmente si internamente el Gobierno ... no puede garantizar los medios para que su población pueda, si llega el caso, recurrir a los tribunales y así hacer que se cumpla cualquier decisión judicial en la que el recurso se juzgue procedente”.<sup>81</sup>

Este derecho a la garantía, ha sido especialmente conceptualizado como “un derecho fundamental de carácter constitucional de las personas, a tener a su disposición un medio judicial efectivo, rápido y eficaz de protección”.<sup>82</sup>

Por su parte, el Comité de DESC de la ONU, en su Observación General núm. 3, punto 5, ha sostenido que dicha obligación surge del artículo 2.1 del PIDESC, por tratarse de “una de las medidas apropiadas que el Estado debe adoptar”, lo cual ha sido especialmente enfatizado por la Observación General número 9, dedicada especialmente a esta temática.<sup>83</sup>

<sup>79</sup> “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o de cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>80</sup> Fernández Sánchez, Pablo Antonio, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, citado por Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1993, t. II, p. 162.

<sup>81</sup> Alves Pereira, Antonio Celso, *op. cit.*, p. 23.

<sup>82</sup> Brewer-Carías, A., “Hacia el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno”, *Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez*, *cit.*, p. 20.

<sup>83</sup> La misma puede ser consultada en United Nations Human Right Website-Teatrics bodies. [www.un.uhchr.ch/tbs/doc.nsf](http://www.un.uhchr.ch/tbs/doc.nsf).

Si bien originariamente, en la observación general número 3, (e)l Comité limitaba la obligación de brindar recursos judiciales a los derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables, esta restricción fue criticada por la doctrina y no receptada por los Principios de Limburgo.<sup>84</sup> Finalmente, la observación general núm. 9 expande la obligación de previsión de recursos judiciales, y “generaliza y reafirma la obligación de brindar recursos judiciales efectivos para la tutela y reparación de los derechos económicos, sociales y culturales, avanzando decidida y claramente sobre la interpretación emitida al respecto en la Observación General núm. 3”.<sup>85</sup> Enfáticamente, se expresa que “cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del Poder Judicial, es necesario establecer los recursos judiciales”.<sup>86</sup>

La idoneidad de estos recursos debe ser ponderada no sólo en términos teóricos, sino fácticos. Así, ha señalado que para aquellos supuestos en que los derechos reconocidos por el pacto hayan recibido

forma de disposiciones legislativas, el Comité desearía ser informado, entre otras cosas, si tales leyes establecen algún derecho de actuación en nombre de las personas o grupos que consideren que sus derechos no se estén respetando plenamente en la práctica. En los casos en que se ha dado el reconocimiento constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales concretos, o en los que las disposiciones del pacto se han incorporado directamente a las leyes nacionales, el Comité desearía saber hasta qué punto tales derechos se consideran justiciables.<sup>87</sup>

### Explican Fairstein y Rossi que

(e)l Comité sostiene que si bien el PIDESC no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2o. del PIDCP que obliga a los Estados partes a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, en virtud del principio de derecho internacional que se refleja en el artículo 8o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son ‘medios apropiados’, según los términos del párrafo 1 del artículo 2o. del Pacto, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Según el Comité esto último será de difi-

<sup>84</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad..”, *op. cit.*, p. 331.

<sup>85</sup> Fairstein, Carolina y Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 332.

<sup>86</sup> OG núm. 9, punto 9.

<sup>87</sup> OG núm. 3, punto 6.

cil demostración y en muchos casos, os demás “medios” utilizados pueden resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.<sup>88</sup>

Así procura el Comité una equiparación de los remedios judiciales articulables en torno a los DESC y DCP, exigiendo que, en caso de diferencias significativas, sea necesario la existencia de razones que así lo justifiquen.<sup>89</sup>

### B. *El control de la inconstitucionalidad por omisión, su necesaria instrumentación*

Resulta necesario censurar las violaciones a las consagraciones de DESC, generadas no ya por acción, sino por omisión de los órganos estatales, abriendo sendas válvulas procesales capacitadas para dar cauce tuitivo a los derechos de la persona a través del control de esas omisiones.

Existen profusos antecedentes de garantías tendientes a la tutela de estas situaciones en materia constitucional. Es decir, al control de las omisiones de cumplimiento de la norma suprema por parte de los poderes constituidos. Estos instrumentos permiten variables de control de suma utilidad en su aplicación en torno a los derechos económicos sociales y culturales, a fin de lograr vías de tutela del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones positivas.

Entre los antecedentes normativos de regulación de mecanismos inclinados a instrumentar el control de la inconstitucionalidad por omisión, se encuentran, entre otros, el artículo 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974 —no vigente—,<sup>90</sup> el artículo 279 de la Constitución portuguesa de 1976, texto inicial,<sup>91</sup> el artículo 283 de la Constitución portuguesa tras la reforma de 1982,<sup>92</sup> artículo 103, inciso 2, de

<sup>88</sup> Fairstein, Carolina y Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 334.

<sup>89</sup> OG núm. 9, punto 7.

<sup>90</sup> “Artículo 377: Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY”. Daranas Peláez, Mariano, *Las Constituciones europeas*, Madrid, Editora Nacional, 1979, t. II, p. 2272.

<sup>91</sup> “Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable”, Daranas Peláez, Mariano, *op. cit.*, t. II, p. 1634.

<sup>92</sup> “1.A requerimiento del presidente de la República, del proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Autónomas, de los presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales. 2. Cuando el Tribunal verifique la existencia de la inconstitucio-

la Constitución Nacional de Brasil,<sup>93</sup> así como Constituciones de los Estados miembros de la unión entre las cuales puede nombrarse al Estado de Río Grande do Sul (artículo 95-1 de la Constitución de 1989), y la Constitución de Santa Catarina, del mismo año. Finalmente, lo consagra el texto constitucional de la República Bolivariana de Venezuela<sup>94</sup> y en Argentina, la Constitución de la Provincia Argentina de Río Negro (1998).<sup>95</sup> Un ejemplo sumamente amplio es el actual régimen ecuatoriano.<sup>96</sup>

nalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente”, Daranas Peláez, Mariano, *op. cit.*, t. II, p. 1586.

<sup>93</sup> Artículo 103, inciso 2, de la Constitución Nacional de Brasil: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para convertir en efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días”, resulta aplicable, asimismo el inciso LXXI del artículo 5° de la Constitución de Brasil consagra la figura del “mandato de injunção”, el cual puede ser interpuesto cuando “la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía”, citados por Fernández Segado, Francisco: “La inconstitucionalidad por omisión. Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica”, en Bazar, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1997, pp. 27 y 29.

<sup>94</sup> Artículo 336: Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 7.- Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado de forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, viernes 24 de marzo de 2000, núm. 5.453, extraordinario, p. 41.

<sup>95</sup> El artículo 207 de la Constitución Provincial de Río Negro, consagra la siguiente fórmula normativa en su inciso d): “El Superior Tribunal ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos... d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fiscales— por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”, citada por Sagüés, Néstor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión, cit.*, p. 107.

<sup>96</sup> El actual inciso 10 del artículo 436 de la Constitución señala entre las competencias de la Corte Constitucional: Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

Por otra parte existen diversas variables jurisprudenciales en el derecho comparado. Países como Austria, Estados Unidos, Argentina y especialmente Alemania e Italia, han aportado interesantes propuestas, generalmente, sobre la base de las llamadas sentencias aditivas, creativas o apelativas.<sup>97</sup>

### C. *Omissiones a tutelar*

No toda actitud omitiva de un órgano estatal es susceptible de suplirse mediante el control que propiciamos, sino que deben darse ciertos requisitos.

En torno a la inconstitucionalidad por omisión clásica es necesario un mandato constitucional, es decir, que el órgano imputado de la omisión debe encontrarse obligado a accionar, en virtud de una “exigencia constitucional de acción”.<sup>98</sup> En estos supuestos “El legislador ... no puede decidir si realiza o no la normativa de desarrollo, ya que tiene que actuar de forma perceptiva”.<sup>99</sup> Debe diferenciarse este caso de la “obligación genérica de legislar”, que, ampliamente, pesa siempre sobre el órgano legislativo. El mandato constitucional puede darse tanto de manera explícita, remitiendo expresamente al futuro accionar del órgano legislativo,<sup>100</sup> o implícita, cuando es la falta de contenido concreto de la norma lo que exige la tarea de reglamentación posterior.<sup>101</sup> A su vez, puede darse tanto respecto a actos individuales, como respecto al dictado de normas de carácter general.<sup>102</sup>

<sup>97</sup> Miranda, Jorge, “Manual de direito constitucional”, *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, vol. II, pp. 511 y 512, citado por Bazán, Víctor, *op. cit.*, p. 199.

<sup>98</sup> Miranda, Jorge, “Inconstitucionalidade por omissao”, *Estudos sobre a Constituição*”, *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, vol II, pp. 341 y 342, citado por Fernández Segado, Francisco, “La Inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>99</sup> Fernández Rodríguez, José Julio (1997), “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, en Bazán, Víctor, *Inconstitucionalidad por omisión, cit.*, p. 123.

<sup>100</sup> Ejemplos son aquellas normas que remiten a la reglamentación de instituciones tales como Consejo de la Magistratura, etcétera.

<sup>101</sup> En este sentido véase Fernández Segado, Francisco: “La inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>102</sup> Esta postura es seguida en los antecedentes normativos, de una manera expresa —artículo 377 de la Constitución yugoslava de 1974 se refería a la omisión del órgano “...estando obligados a dictarlas...”; más específico es el texto de la Constitución de Río Negro, que refiere a “...una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios...” (artículo 207)— o bien al referirse de manera genérica a la “necesidad” del dictado de la norma —el artículo 279 de la Constitución portuguesa de 1976, y el artículo 283, tras la reforma de 1982, refieren a las “...medidas legislativas necesarias”; también en el artículo 103, inciso 2 de la Constitución nacional de Brasil— y el artículo 336 de la Constitución de Venezuela refiere a “las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...”.

A los fines de que se configure una omisión inconstitucional, el mandato no debe encontrarse condicionado a la discrecionalidad del órgano omitente, o bien a un lapso temporal determinado. En este sentido, Sagüés refiere a la necesidad de diferenciar, dentro de un concepto genérico de norma programática las reglas de cumplimiento optativo por los poderes constituidos y reglas de cumplimiento obligatorio, siendo sólo éstas últimas respecto de las cuales podría darse una situación de inconstitucionalidad por omisión.<sup>103</sup>

Jorge Miranda sostiene que el mandato constitucional, específicamente, debe ser *concreto*, diferenciándolo de aquellos mandatos abstractos.<sup>104</sup> En otra postura, Francisco Fernández Segado considera que, en los casos de mandatos generales de legislar, cuando se consagran los fines constitucionales, también puede existir la figura de la omisión legislativa inconstitucional. En estos supuestos de mandatos generales el autor citado hace jugar con mayor laxitud el *elemento temporal* para diferenciar la existencia o no de una “omisión inconstitucional”.<sup>105</sup>

Evidentemente un mandato constitucional concreto exige su inmediata implementación. En el caso de mandatos generales y abstractos, el criterio del órgano legisferante respecto a la aplicación y el momento de la misma reviste mayor discrecionalidad, por lo que es necesario otorgarle un lapso de tiempo prudencial, si bien su accionar sigue compelido. En resumen: debe aplicarlo.

Si la norma prevé un lapso de tiempo a los fines del dictado de la reglamentación, el transcurso del mismo sin la debida respuesta ocasionaría *ipso facto* la mora, tornando inconstitucional la omisión. Si la norma no prevé un plazo específico, para un sector de la doctrina, se estima que el constituyente confía el establecimiento del plazo al criterio discrecional del órgano legislativo, por lo que no podría darse por configurada una omisión inconstitucional.

Un ejemplo amplio es el texto constitucional portugués donde, del artículo 146 inciso b) se desprendería la ampliación del concepto de omisión inconstitucional al incumplimiento de órdenes de legislar concretas del constituyente y a la inaplicación o ausencia de desarrollo de las normas finalistas que acojan mandatos abstractos. Fernández Segado, Francisco: “La inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

<sup>103</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, cit., t. I, p. 113.

<sup>104</sup> Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, t. I: *Constituição e inconstitucionalidade*, 3a. ed., Coimbra Editoria Limitada, 1991, p. 521. Fernández Segado, Francisco: “La Inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 33.

<sup>105</sup> Fernández Segado, Francisco: “La Inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 15.

tucional.<sup>106</sup> Otros, en cambio, consideran que ante la “necesidad del dictado de la norma infraconstitucional”, a pesar de no haber previsión temporal, existe inconstitucionalidad por omisión.<sup>107</sup> Gomes Canotilho<sup>108</sup> sostiene que el elemento decisivo debe ser el de la *trascendencia de la mediación legislativa*, en conexión con el elemento *temporal*.

En resumen, el factor tiempo actuaría de la siguiente manera: en los casos en que la norma constitucional no prevé un plazo específico de cumplimiento, inmediatamente después de dictado el texto constitucional, ante la carencia de legislación infraconstitucional nos encontraríamos ante el supuesto de “situación inconstitucional imperfecta”,<sup>109</sup> que no genera de por sí —en ese momento— una omisión inconstitucional. Esta situación anómala es excepcional y temporal. Habiendo devenido un lapso en el que se prolongue la negativa a legislar se constituye una “omisión constitucional” en sentido propio.

En cuanto a la magnitud del periodo, no es posible fijar un término general, ya que el mismo estará condicionado a las circunstancias que rodeen el caso concreto, debiendo regirse su apreciación por el criterio de “razonabilidad”, teniendo en cuenta el techo ideológico constitucional en referencia a los derechos o valores a que remite la norma, así como la necesidad del dictado de la misma.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> Miranda, Jorge, “Manual de direito constitucional”, *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, vol. II, t. II, p. 521, citado por Fernández Segado, Francisco, “La Inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>107</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español...”, *op. cit.*, p. 123.

<sup>108</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador (contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1982, p. 332, citado por Fernández Segado, Francisco: “La Inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>109</sup> Modesto, Paulo, “Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica”, *Revista de Direito Público*, núm. 99, julio-septiembre de 1991, p. 120, citado por Fernández Segado, Francisco: “La Inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>110</sup> En este sentido véase Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales...”, *op. cit.*, p. 62, Resulta representativa de la postura que postulamos la diferenciación consagrada por Miguel Padilla, aplicando los criterios sentados precedentemente, entre “normas programáticas de reglamentación lejana” y “normas programáticas de reglamentación próxima”. “Naturaleza de las cláusulas del artículo 14 bis de la Constitución Nacional”, comunicación presentada al “I Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional”, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1972, pp. 1 y 2, citado por Sagüés, Néstor Pedro, “Las cláusulas programáticas sociales de la Constitución Nacional y su eficacia jurídica”, *El Derecho*, t. 108, pp. 948-960, p. 950.

Estos criterios resultan trasladables al análisis del control de inconstitucionalidad por omisión en materia de los compromisos internacionales asumidos en torno a los derechos económicos, sociales y culturales.

El Comité ha sostenido que

si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en del Pacto... (y) deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.<sup>111</sup>

Efectivamente, los diversos órganos internacionales han permitido diferenciar diversos grados de obligaciones asumidas, algunas de ellas de carácter inmediato —como el derecho al remedio judicial (OG núm. 3, punto 5, Principio de Limburgo nro. 19, OG núm. 9), explicada en el punto anterior—, y otras cuya satisfacción posee un mayor margen de gradualidad.

Así, se ha señalado que existen “obligaciones con «efecto inmediato», entre las que puede señalarse como principales: 1. la de garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación (2.2, PIDESC); 2. la de adoptar medidas (artículo 2.1, pár. 1), compromiso que no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (Observación General núm. 3, punto 1)”.<sup>112</sup>

Los principios de Limburgo aportan luz a la segunda de las pautas señaladas, sosteniendo que “un Estado viola el Pacto, por ejemplo, cuando no logra remover a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho; cuando no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada, y para cuya realización está capacitado; cuando adopta una limitación a un derecho reconocido en el pacto por vías contrarias al mismo; cuando retrasa deliberadamente la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos por el Pacto o que dicha conducta obedezca a falta de recursos justificada o fuerza mayor; cuando no logra presentar los informes exigidos por el Pacto (Principios 70 a 74)”.<sup>113</sup>

Siguiendo a Abramovich y Courtis, puede señalarse que

<sup>111</sup> OC núm. 3, punto 2.

<sup>112</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad...”, *op. cit.*, pp. 328 y 329.

<sup>113</sup> *Idem.*

respecto a la naturaleza de las medidas a adoptar, el Pacto refiere expresamente a la utilización de “todos los medios apropiados” (artículo 2.1). Sin embargo, los Estados, en sus informes, están obligados a fundamentar la elección de las medidas y corresponde al Comité “determinar indefinitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas” (OG núm. 3, punto 4). Las mismas pueden ser la adecuación del marco legal, derogando aquellas normas que resultan manifiestamente contrarias a sus obligaciones, eliminando cualquier discriminación de *iure* (Principios de Limburgo, núm. 37), estableciendo los recursos judiciales efectivos, particularmente contra cualquier forma de discriminación en relación a derechos económicos sociales y culturales (Principios de Limburgo, nro. 35) y acciones afirmativas, por ejemplo en el caso de los discapacitados (OG núm. 5, punto 16), entre otros. Otras obligaciones requieren el relevamiento de información, la formulación de un plan, —por ejemplo en la implementación del derecho a la vivienda adecuada (OG núm. 4, punto 13) y educación primaria obligatoria y gratuita (artículo 14, PIDESC)—.<sup>114</sup>

#### Sostiene el Comité:

la obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados parte den efectividad a los derechos reconocidos en él. Al exigir que los gobiernos lo hagan “por todos los medios apropiados”, el Pacto adopta un planteamiento amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado, así como otras consideraciones pertinentes. Pero esta flexibilidad coexiste con la obligación de cada Estado parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el pacto. A este respecto, hay que tener presente las prescripciones fundamentales de la legislación internacional sobre derechos humanos. Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados: las personas individuales o los grupos de agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos.<sup>115</sup>

#### D. *Control de las omisiones parciales*

Son comprendidos dentro del control los supuestos de “*omisión total o absoluta*” es decir, las inacciones —ausencia total de reglamentación—. Parte de

<sup>114</sup> *Ibidem*, pp. 329 y 330.

<sup>115</sup> OG núm. 9, párrafos 1 y 2.

la doctrina,<sup>116</sup> considera también controlables las “omisiones parciales o relativas”, es decir, “cuando, existiendo la norma legislativa, sus carencias son tales que la convierten en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución”.<sup>117</sup>

Siguiendo el criterio sustentado por Wessel, se considera que existe una omisión relativa cuando nos encontramos con “una actuación parcial que disciplina solo algunas de las relaciones y no otras análogas, con la consiguiente lesión del principio de igualdad”.<sup>118</sup> En este supuesto, se marca netamente como el accionar omitido del órgano del estado resulta discriminatorio.<sup>119</sup> Pueden encontrarse antecedentes en la jurisprudencia alemana respecto de “la exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio”.<sup>120</sup> Este aspecto tiene recepción normativa en el artículo 336 (inciso 7) de la Constitución de Venezuela, donde se permite el control de las omisiones del Poder Legislativo “cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución (omisión absoluta), o las haya dictado de forma incompleta (omisión relativa)”.

El criterio señalado no es aceptado uniformemente, ya que algunos autores consideran que en estos casos la solución deberá procurarse mediante una declaración integral de inconstitucionalidad de la norma discriminatoria.<sup>121</sup>

<sup>116</sup> Cappelletti, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1995, pp. 81 y 82, citado por Fernández Segado, Francisco, “La Inconstitucionalidad por omisión:...” , *op. cit.*, 1997, p. 19; 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, cit.*, pp. 62, entre otras.

<sup>117</sup> Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...” , *op. cit.*, p. 17.

<sup>118</sup> Wessel, “Die Rechtsprechung der B.V.G. sur Verfassungsbeschwerde in Deutsches Verwaltungsblatt”, 1952, p. 161, citado por Mortati, Costantino, “Apunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana (Raccolta di scritti 5i)*, Milán, vol. III, 1972, p. 926, citado por Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...” , *op. cit.*, p. 18.

<sup>119</sup> Abramovich Cosarín, Víctor (1988), recalca la relación ente el principio de no discriminación y los DESC, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

<sup>120</sup> Véase Pina, Rolando E., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 72 y ss.

<sup>121</sup> Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, C.H. Bech, 1985, p. 170. Pestalozza, Crhistian, “Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen”, en Strack (coord.), *Bundesverfassungsgericht un Grundgesetz*, Mohr Tübingen, 1976, vol. 1, p. 533, citado por Gilmar Ferreira Mendes, “Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos” Sao Paulo, Saravia, 1990, p. 55, citado por Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...” , *op. cit.*, p. 19.

El potencial control de omisiones parciales resulta de preponderante aplicación a la temática de los derechos económicos, sociales y culturales. En primer término, se ha reconocido y reiterado la tutela de los mismos en cuanto se instrumenta su reconocimiento parcial, discriminando a sectores de la población. Asimismo, es una característica general que la satisfacción de tales derechos, al ser progresiva, pueda resultar parcializada. Señalan Abramovich y Courtis que,

(e)n principio resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho económico, social y cultural... El Estado cumple en parte con derechos tales como a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, ejercido a priori (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o a posteriori (a través de la fiscalización). De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendientes a garantizar estos derechos, aun en los caos sen los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente del derecho.<sup>122</sup>

Un caso interesante de omisión parcial, son las *normas prognosis*, que “han sufrido el desgaste o desfase como consecuencia de circunstancias sobrevinientes... han devenido anacrónicas y, por ende, disvaliosas”.<sup>123</sup> Según algunos autores, la pasividad del órgano legislativo en corregir dichas normas degeneraría en una omisión inconstitucional. Este tipo de variable de control de inconstitucionalidad por omisión resulta idóneo para impulsar la progresividad en la tutela de los derechos sociales.

#### E. *Sujetos titulares de legitimación activa*

Algunos antecedentes no refieren expresamente a la legitimación para accionar en miras a la subsanación de las omisiones inconstitucionales, por lo que, implícitamente, se entiende que dan igual legitimación para recurrir por omisión que por acción. Por otro lado, existen textos que señalan los sujetos específicamente legitimados. Se presentan diversas variables legitimatorias.

<sup>122</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad..”, *op. cit.*

<sup>123</sup> Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales...”, *op. cit.*, p. 64.

1. Una primera opción, que comparto, consiste en reconocer la legitimación de aquellos *sujetos afectados* en sus derechos *por la omisión* “(c)uando su abstención (omisión) implica o involucra un daño o gravamen para una persona, dicha persona, ... debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones”.<sup>124</sup>

La Constitución Provincial de Río Negro en su artículo 207, establece que: “la demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fiscales— por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo”. Resulta interesante la exención de los cargos fiscales, tendiente al respeto del derecho de “acceso a la justicia”.<sup>125</sup>

2. Es interesante señalar como en el caso de la Constitución Yugoslava de 1974, se ha admitido la posibilidad de la iniciación de oficio, en virtud de una interpretación amplia del texto del articulado, al sostener que “tanto el Tribunal de Garantías Constitucionales como los Tribunales Constitucionales de las Repúblicas y de las Provincias Autónomas, podían iniciar *ex officio* un proceso encaminado a la verificación del control de la constitucionalidad”.<sup>126</sup>

3. En el caso del tenor literal del artículo 283 de la actual Constitución Portuguesa la iniciación del procedimiento de control queda en manos de un sector restringido al “*Presidente de la República*, del *Proveedor de Justicia* o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Autónomas, de

<sup>124</sup> Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 10. En este sentido véase también Bidart Campos, Germán, *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, Buenos Aires, E.D., U.C.A., t. 78, p. 785.

<sup>125</sup> El problema económico como obstáculo a la justicia tiene vital importancia si consideramos que los costos a tener en cuenta a la hora de prever un acercamiento al sistema judicial actúan en numerosos casos como circunstancias disuasivas, e incluso impeditivas de acceder a la justicia. Los aspectos son de diversa índole, pero básicamente reúnen tres tipos de gastos: las tasas y costos de utilización de la justicia, el desembolso generado por la necesidad de asesoría legal, y los restantes costos propios de la tramitación de todo proceso que, si bien pueden presentarse como reducidos frente a los dos citados precedentemente, sin duda afectan a los justiciables, generando en numerosas oportunidades el abandono de procesos ya iniciados. En consecuencia, el estar incluido en un grupo desfavorecido económicamente, constituye un obstáculo que limita el acceso a los mecanismos de resolución de conflictos. El tema del “indigente”, y su acceso a la justicia, ha sido referido por la CIDH, en la OC 11/90, citada. Puede también consultarse la obra conjunta del IIDH y BID, coordinada por José Thompson. Thompson, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad*, San José de Costa Rica, Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos IIDH y BID, 2000.

<sup>126</sup> “Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: A jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República da Iugoslávia”, *Boletín de Documentação e Direito Comparado de Portugal*, núms. 29-30, p. 94, citado por Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 25.

*los Presidentes de las Asambleas regionales*". La constitución de Brasil de 1988 remite a la legitimación consagrada para la acción de inconstitucionalidad por acción, en virtud de lo cual queda al Consejo Federal de la Orden de Abogados, partidos políticos con representación en el Congreso federal, y a confederaciones sindicales y entidades de clase de ámbito nacional.<sup>127</sup>

4. Finalmente, la Constitución del estado de Rio Grande do Sul (1989) en su artículo 95 punto 1. Legitima, por ejemplo, a las entidades o asociaciones de defensa del medio ambiente, de derechos humanos y de los consumidores de ámbito nacional o estatal. A su vez la Constitución del estado de Santa Catarina (1989) legitima a las asociaciones legítimamente constituidas, cuya finalidad es la protección de intereses difusos.<sup>128</sup>

El tema toma especial relevancia dado que muchos de los DESC son de incidencia colectiva, por lo que es beneficioso el reconocimiento de legitimaciones supraindividuales, que permitan que diversos sujetos potencialmente distintos de los directamente afectados, tales como el defensor del Pueblo, o las asociaciones que defiendan la tutela de estos derechos —entiéndase como tales las ONG— incoen los procedimientos tendientes a la tutela de los derechos vulnerados.<sup>129</sup>

#### F. *Análisis de los posibles legitimados pasivos*

Algunos textos mencionan solamente la omisión "legislativa", o del "órgano legislativo". La Constitución portuguesa de 1976, así como también tras la reforma de 1982 y la Constitución de Venezuela, hacen referencia sólo a la omisión de "... medidas legislativas..."<sup>130</sup> y "las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional", respectivamente.

Otros textos —Constitución de Yugoslavia ("...normas de ejecución de la Constitución..."), Constitución de Brasil (... "omisión de una medida necesaria" —refiriendo el artículo 103, inciso 2, a las omisiones de "un órgano administrativo"), Constitución de Río Negro (... "dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios"...)— re-

<sup>127</sup> Bidart Campos, Germán, *El derecho a la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 350.

<sup>128</sup> Fernández Segado, Francisco, "La inconstitucionalidad por omisión...", *op. cit.*, p. 32.

<sup>129</sup> Resulta interesante el análisis efectuado por Allan Brewer-Carías, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

<sup>130</sup> Fernández Segado, Francisco, "La inconstitucionalidad por omisión...", *op. cit.*, siguiendo en este sentido a Miranda y Gomez Canotilho, sostiene, al comentar el texto constitucional Portugués que "el sujeto pasivo o destinatario de los mandatos constitucionales cuyo incumplimiento conduce a la inconstitucionalidad por omisión es... el legislador", p. 28.

fieren de manera genérica a “omisiones”, admitiendo, de tal manera, que el órgano omitente pueda ser un órgano estatal distinto.

A mi entender no existe fundamento a los fines de diferenciar las omisiones realizadas por el “órgano legislativo”, de aquellas de otros órganos estatales que de la misma manera afectan la eficacia constitucional. Si la Constitución impone un accionar determinado a un órgano cualquiera, y éste incumple el mandato, nos encontramos ante un supuesto de “inconstitucionalidad por omisión”, ya que “una ilegalidad por omisión desemboca en una inconstitucionalidad por omisión”.<sup>131</sup> Dentro de esta línea doctrinaria se encuentra Néstor Pedro Sagüés, quien sostiene que “el órgano lesivo puede ser tanto el Poder Legislativo (si no dicta una ley que instrumente una cláusula programática), el Poder Ejecutivo (si no reglamenta una ley del Congreso), así como el Poder Judicial (cuando no asume los roles legislativos que la constitución le encomienda...)”.<sup>132</sup>

En la República Federal Alemana, “en el caso del recurso de queja o reclamación constitucional... tanto la doctrina <sup>133</sup> como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal han considerado admisible el recurso frente a los comportamientos omisivos de las autoridades no legislativas, cuando tales comportamientos son lesivos de los derechos fundamentales del recurrente.<sup>134</sup> Asimismo las omisiones por parte del “órgano legislativo”, han sido controladas a través de la “*exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio*”, a la que referí precedentemente.<sup>135</sup>

### G. Efectos del control de constitucionalidad

Constatada la omisión constitucional, ¿cuál debe ser el accionar del órgano controlador? Un repaso de los textos normativos a los cuales hemos hecho mención proporciona diversas soluciones, que se pueden presentar de manera conjunta o sucesiva:

1. En primer lugar, se reconoce un efecto *meramente anoticiador*, donde el órgano controlador informa al controlado, u otro, de la existencia de la

<sup>131</sup> Carrazza, Roque Antonio, “Acção direta de inconstitucionalidade por omissao e mandato de injunção”, *Jurisprudencia Brasileira*, núm. 167, julio-septiembre de 1992, pp. 53 y ss., en concreto p. 56, citado por Fernández Segado, “La inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, p. 29.

<sup>132</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, *cit.*, pp. 111 y 112.

<sup>133</sup> En este sentido véase Cappeletti, Mauro, “La guirisdizione costituzionale...”, *op. cit.*, pp. 81 y 82, citado por Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 18.

<sup>134</sup> Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 18.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 19.

omisión. Así, señala el artículo 377 de la Constitución yugoslava (“...informará de ello a la Asamblea de la RSFY...”) y la Constitución portuguesa tras la reforma de 1982 (“...dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente”). Un poco más fuerte parece ser la expresión utilizada por la Constitución de Portugal del año 1976, ya que el Consejo de la Revolución... “podrá recomendar a los órganos legislativos que las dicten en un plazo razonable”.

La doctrina ha denominado el presente efecto como “técnica de las recomendaciones al legislador”, que carecen en sí mismas otro efecto que el anoticiamiento, “son observaciones no vinculantes de inmediato tendiente a orientar al legislador en una determinada dirección o, incluso, a impulsarle para que siga la orientación indicada”.<sup>136</sup> Un sistema de control de la inconstitucionalidad por omisión cuyo efecto sea solamente anoticiador parece, en principio, poco eficaz. Así, en el caso de Portugal son escasos los antecedentes que pueden encontrarse en ambos periodos constitucionales.<sup>137</sup>

2. En un segundo lugar ocuparían las *soluciones anoticiadoras-imperativas*, donde además de informar al órgano del estado de la existencia de la “omisión” (generalmente al órgano omitente), le requieren al mismo la implementación de la medida ausente, otorgándole un plazo al efecto.

Tal sería el ejemplo de la Constitución de Venezuela, que establece que la Sala Constitucional del Superior Tribunal de Justicia se encuentra facultada para (artículo 336, inciso 7) “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo ...y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. El texto constitucional de la provincia de Río Negro, prevé que el Tribunal otorgue un plazo para se subsane la omisión. En este sentido se pronuncia el artículo 103 de la Constitución de Brasil, en su inciso 2, el cual, si bien toma la postura meramente informativa para el supuesto de omisiones por el órgano legislativo, adopta la segunda categoría para los casos de omisiones de los órganos administrativos.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 103.

<sup>137</sup> Sin embargo, no debe menospreciarse su eficacia, aunque sea en escasas oportunidades. Fernández Segado cita como de relevante importancia el acuerdo 182 de 1989 relativo a los derechos de los ciudadanos frente a la utilización de la informática, donde el Tribunal apreció la existencia de inconstitucionalidad por omisión con relación al hábeas data, “La inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>138</sup> La doctrina brasileña ha referido a este efecto como “eficacia mandamental media”, Carraza, Roque Antonio, “Acção direta de inconstitucionalidade por omissao...”, *op. cit.*, p. 57, otorgándole el carácter de “ordem-judicial”, Modesto, Paulo, “Inconstitucionalidade por omissao: categoría jurídica...”, *op. cit.*, p. 124, citados por Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, p. 30.

Cable aclarar que generalmente en los casos de textos constitucionales de la primera categoría, la jurisprudencia ha admitido en la práctica la implementación de una solución anoticiadora-imperativa.<sup>139</sup>

Para el supuesto de la Constitución yugoslava de 1974, la doctrina ha aceptado una postura más fuerte aún, llegando a admitir que el órgano controlador esté facultado para “no solo informar a la Asamblea de ese hecho, sino también intervenir con vistas a la superación de la omisión legislativa mediante la presentación a las Asambleas respectivas de propuestas de elaboración o modificación de leyes, o por medio de la adopción de cualesquiera otras medidas encaminadas a garantizar la constitucionalidad y la legalidad”.<sup>140</sup>

El mandato emitido constituye una “orden de actuar”, frente a la cual el órgano controlado continúa gozando de discrecionalidad a los fines de optar por las diversas variables constitucionales de regulación, con el límite del tiempo establecido por el órgano de control.

3. En tercer lugar encontramos las soluciones que prevén efectos *supletorios*, donde el órgano de control puede llegar a actuar realizando la actividad reglamentaria requerida.

Un ejemplo de la categoría que señalamos es la solución que plantea el artículo 207 de la Constitución de la provincia de Río Negro, para el supuesto de incumplimiento por el órgano omitente durante el plazo otorgado por el Tribunal. En ese caso “El superior Tribunal de Justicia ... integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo...”.<sup>141</sup> También la jurisprudencia alemana ha optado por una situación similar dentro de lo que ha denominado “proceso de concretización (Konkretisierung)”. Una vez constatada la omisión, el Tribunal Constitucional fija un plazo para que la medida legislativa sea elaborada. Posteriormente a este período, compete al Tribunal Constitucional resolver la cuestión de inconstitucionalidad, frente a la cual se da una sanción política al órgano omisivo, que puede ser tanto ejecutivo o legislativo.<sup>142</sup> Asimismo, la institución del

<sup>139</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, 4a. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 830, citado por Fernández Segado, Francisco: “La inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>140</sup> “Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: A jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República da Iugoslávia”, *Boletín de Documentação e Direito Comparado de Portugal*, *cit.*, p. 94, citado por Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>141</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en obra coordinada por Bazán, Víctor, *El control de la inconstitucionalidad por omisión*, *cit.*, p. 107.

<sup>142</sup> Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, p. 20.

“mandado de injunção” brasileño es un ejemplo de esta forma de suplencia de la omisión. La Constitución de Venezuela sigue el efecto anoticiador-imperativo, pero comienza a suplir la inacción del órgano omitente en la misma orden de actuar, ya que la Sala Constitucional puede “...establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección (de la omisión)”.

El ejemplo ecuatoriano es el más generoso en este aspecto, puesto que permite que, una vez formulado el control, “si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

En el caso de operatividad de los derechos sociales, parece oportuno se otorgue al accionar del órgano controlador efectos para el caso concreto, puesto que de esta manera se subsana la violación a los derechos constitucionales otorgándole al órgano controlador la mínima interferencia posible dentro del accionar del órgano omitente. No atrae que corresponda otorgarle al mismo efectos *erga omnes*, puesto que dicha solución se postula como peligrosa para el sistema de frenos y contrapesos republicano. Es compartible el criterio sentado por la doctora Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci en cuanto “el juez no puede subrogarse en el legislador para emitir una norma legislativa de carácter general”.<sup>143</sup>

4. El efecto *indemnizatorio* se ve como solución subsidiaria, en aquellos casos en que el efecto supletorio no puede aplicarse. El artículo citado de la Constitución de la provincia de Río Negro consagra “de no ser posible —la integración del orden normativo por el Superior Tribunal—, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”.<sup>144</sup>

Sagüés<sup>145</sup> y Bidart Campos se muestran a favor de este tipo de soluciones para los casos en que “la omisión inconstitucional no se reduce a la ausencia de normas legales, que presten desarrollo a las cláusulas constitucionales sino que añade otra, cual es la de crear, organizar y poner en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones”.<sup>146</sup> “Al encontrarse el órgano judicial impedido de instrumentar

<sup>143</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa, “Atribuciones de los Superiores Tribunales de Justicia”, *Derecho público provincial*, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Política, 1991, t. II, p. 512.

<sup>144</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, *op. cit.*, p. 107.

<sup>145</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, p. 192.

<sup>146</sup> Bidart Campos, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en Bazán, Víctor, *Inconstitucionalidad por omisión*, *cit.*, 1997, p. 4.

integralmente la norma constitucional, corresponde, como última salida... compensar mediante indemnización el perjuicio ocasionado".<sup>147</sup>

Estas variables de articulación podrían adecuarse a la naturaleza de las medidas a adoptar, a fin de aportar flexibilidad a los órganos de la jurisdicción constitucional en la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

#### H. *Control jurisdiccional del presupuesto*

Dentro del control por el Poder Judicial del accionar del Poder Legislativo, resulta sumamente interesante tener en cuenta si es viable el control de la Ley de Presupuesto, tema fundamental referente a la inversión de recursos necesarios para el respeto de los DESC. En el orden argentino, señala Bidart Campos, que el

reenvío que el inciso 8o. (del artículo 75 de la constitución nacional) formula hacia el inc. 2 se vuelve importante; es así en cuanto la norma estipula que el presupuesto anual de gastos y cálculo de recursos ha de hacerse conforme a las pautas establecidas como criterios objetivos... (que) apuntan a la solidaridad, la equidad y el logro prioritario de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio. .... este inc. 8 del artículo 75 coordinado con el inc. 2 obliga a que la previsión presupuestaria de los recursos, los gastos y las inversiones no sea discrecional, porque tiene prioridades. Para ordenarlas jerárquicamente, el ejecutivo ... y el congreso... deben tomar en cuenta cuales son las necesidades sociales más apremiantes en el año en curso, según los lugares y situaciones. De ahí en más, como en gradación jerárquicamente ordenada, habrá que ir colocando las prelación que vengan demandadas por las urgencias sociales.<sup>148</sup>

La situación es complicada cuando no existen recursos públicos disponibles en miras a solventar dichas erogaciones. El mismo PIDESC sostiene, en su artículo 2o., que: "Cada uno de los estados partes... se compromete... hasta el máximo de los recursos de que disponga...". Señala Bolívar que

la salvedad expresada en el artículo 2o. del Pacto no puede considerarse absoluta, dando lugar a una postergación indefinida de los compromisos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, sino que, por el contrario, impone claras obligaciones al Estado... lo cual supone no sólo la irreversibilidad de los logros ya alcanzados —bien sea a nivel legislativo o en cuanto al desarrollo de políticas— sino también un énfasis especial en la asignación de

<sup>147</sup> A favor de esta postura véase Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., p. 113.

<sup>148</sup> Bidart Campos, Germán, "Los derechos...", op. cit., p. 45.

recursos para éstas áreas, por encima de otros rubros presupuestarios que no se revierten en la satisfacción de los derechos reconocidos en el pacto.<sup>149</sup>

En su Opinión General núm. 9, el Comité refirió al argumento que opaca la judiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales en virtud de la afectación de partidas presupuestarias, señalando que “aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, ...los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una definición radica de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos (los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales) son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.<sup>150</sup>

Por su parte, recomiendan el CEPAL y IIDH que

...se deberá buscar —mediante las garantías constitucionales y legales adecuadas— la creación de mecanismos de control y fiscalización por parte de la sociedad civil sobre los gobiernos en relación con políticas socio-económicas que incidan en la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales. La plena instrumentación de estos mecanismos de control hará posible la responsabilidad sobre las actuaciones del poder público en esta materia.<sup>151</sup>

#### IV. RESPUESTA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ARGENTINA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado diversas posiciones a lo largo de la historia, tanto en torno a la operatividad de los derechos sociales, como respecto al control de la inconstitucionalidad por omisión. Así, pueden señalarse diversas líneas jurisprudenciales.

##### 1. *Jurisprudencia negativa*

La primera corriente interpretativa brindada en numerosas oportunidades por el más alto Tribunal ha señalado que resultaba discrecional para el

<sup>149</sup> Bolívar, Ligia, *op. cit.*, p. 103. Puede asimismo consultarse la Observación General núm. 2, párr. 9 y la Observación General núm. 3, párrafos 9, 10 y 11, ambas del comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y principios de Limburgo, relativos a la aplicación del PIDESC, Human Rights Wuartently, vol. 9, núm. 2, 1987, citados por dicho autor.

<sup>150</sup> OG núm. 9, punto 10.

<sup>151</sup> CEPAL-IIDH, *op. cit.*, punto 36, p. 288.

órgano legislativo tanto el contenido como el plazo en que debía realizarse la reglamentación de las cláusulas programáticas, no existiendo un deber “inmediato” de expedirse para el órgano legisferante (C.S.J.N., “Loveira” (1911),<sup>152</sup> “Ministerio Fiscal c/ el Director del Diario «La Fronda»” (1932),<sup>153</sup> “Tribuna Demócrata” (1947)<sup>154</sup> —relativos a la implementación del juicio por jurados—). Pueden encontrarse fallos en los que considera que estas cláusulas son “meros enunciados verbales”,<sup>155</sup> sosteniendo, asimismo que “en definitiva, la verdadera efectividad de lo que la Constitución reconoce depende de la actividad del legislador ordinario que reglamente el derecho...”,<sup>156</sup> en el mismo sentido “Costa c/ Municipalidad de la Capital”,<sup>157</sup> “Sánchez Abelenda c/ Ediciones de la Urraca” (1988), “Ekmekdjian c/ Neustadt”,<sup>158</sup> entre otros. Con idéntico resultado encontramos pronunciamientos en los que ha señalado que no puede sustituirse al legislador en el establecimiento del régimen legal de la república (C.S.J.N. “Regodesebes” (1957), “Grismondi vda. De Mongiardino” (1959),<sup>159</sup> entre otros.

Asimismo, a nivel provincial se ha negado la posibilidad de cuestionar el accionar de los órganos del estado si se analizan facultades privativas de los mismos realizados dentro de su marco constitucional y legal.<sup>160</sup>

## 2. *Primer avance: consagración de la operatividad de los derechos fundamentales*

La Corte Suprema de Justicia comenzó por reconocer un primer escalón en el control de la inconstitucionalidad por omisión, en virtud del cual la inercia del órgano legislativo o ejecutivo no acarrearía la violación del derecho en aquellos casos en que el juez, debido a la naturaleza de la prerrogativa, puede hacerlo operativo en la práctica. Esta jurisprudencia comenzó a articularse en torno a los derechos civiles y políticos, pero ha generado una línea que luego se concretó en relación a los derechos económicos, sociales y culturales.

Puede citarse, por ejemplo, como en el caso “Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional” (1985),<sup>161</sup> la Corte ha sostenido “la igual jerar-

<sup>152</sup> Fallos 115:92.

<sup>153</sup> Fallos 165:258.

<sup>154</sup> Fallos 208:21.

<sup>155</sup> “José Cantarini c/ Acindar”, Fallos, 239:273.

<sup>156</sup> *Idem*.

<sup>157</sup> Jurisprudencia Argentina, t. 1987-II, pp. 139 a 152.

<sup>158</sup> Jurisprudencia Argentina, t. 1989-II, Buenos Aires, pp. 377 a 383 y pp. 383 a 385.

<sup>159</sup> Fallos 237: 24 y 245, 419.

<sup>160</sup> *Idem*, entre otros, C. C. C. Rosario, Sala III “Liga Santafesina de Defensa del Usuario y del Consumidor c/ Poder ejecutivo”.

<sup>161</sup> Fallos, 307:2174, La Ley, 1986, A, 3, Doctrina Judicial 1986-I-259, J.A. 1986-I-96.

quía de la Corte Suprema, con relación al Poder Ejecutivo y al Congreso, obligan al Tribunal, en cuanto cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces”.<sup>162</sup>

Asimismo, en el caso “Ekmekdjian, Miguel a. v. Sofovich, Gerardo y otros” el Tribunal sostuvo: “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias —considerando 31 de la mayoría”.<sup>163</sup> El criterio sentado puede verse reiterado en otros pronunciamientos, como por ejemplo el caso “Prodelco c/ P.E.N. s/ amparo”, de fecha 7/5/98 la corte ha admitido la legitimación de una asociación de consumidores a los fines de articular una acción de amparo, si bien el tenor literal del artículo 43 de la CN exigía que las mismas debían encontrarse registradas conforme una ley que reglamente sus requisitos y forma de organización, cuya consagración normativa no se había implementado.

Se encuentran respuestas similares en jurisprudencia de tribunales provinciales, entre los cuales puede citarse la Cámara Civil y Comercial de Rosario que sostiene: “el amparo regulado en el artículo 43 de la Constitución Nacional posee plena operatividad, en tanto derecho constitucional expreso que se extiende a todos los habitantes del país por aplicación del imperativo contenido en el artículo 31 de la Carta Magna nacional”.<sup>164</sup>

### 3. *Segundo avance: habilitación del control de inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo, en tutela del derecho a la preservación de la salud*<sup>165</sup>

El tema ha recibido una primera respuesta positiva en fallos de la Corte<sup>166</sup> referidos al derecho a la “preservación de la salud”, donde el Tribunal

<sup>162</sup> Primera parte del considerando 7, Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, t. 1986-I, pp. 95 a 103.

<sup>163</sup> Jurisprudencia Argentina, t. 1992-III, pp. 199 a 221.

<sup>164</sup> Ccivil y Com. de Rosario, Sala III, mayo 19, 1997, “Bellón, G. y otros c/ Provincia de Santa Fe”, La Ley Litoral, 1997-1039. En el mismo sentido CC Santa Fe, noviembre 13, 1996, “Bacchetta, Marcelo L.D. y otro c/ Municipalidad de Reconquista”, La Ley Litoral, 1997-121. Asimismo Ccivil y Com. Santa Fe, Sala III, diciembre 21, 1995— T.J.A. y otra, La Ley 1997-F-145, y Ccrim. y Correc. Morón, Sala III, diciembre 1994, M., P., El Derecho, 161-585. C4a Crim. Mendoza, diciembre 6, 1997 —F.c/S.D., V.J. 1998-2-137.

<sup>165</sup> Respecto al desarrollo jurisprudencial del tema en la Corte Suprema argentina, puede consultarse <http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>.

<sup>166</sup> CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social — Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, de fecha 1o. de junio de 2000 y “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Minis-

ha considerado que en virtud de obligaciones internacionales contraídas por el Estado, éste se ve compelido a cumplir con las acciones necesarias para garantizar los correspondientes derechos, admitiéndose el reclamo judicial vía amparo para instrumentar esta coerción.

Dos casos resultaron paradigmáticos en la temática, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social — Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” de fecha 1/6/00 y “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social — Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, de fecha 24 de octubre de 2001.

En el caso “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social — Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, la Corte confirmó la resolución de Cámara que hacía lugar a la acción de amparo interpuesta por asociaciones no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA, condenando al Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

En el “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social — Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, la Corte confirmó una sentencia de segunda instancia que obliga al Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social—, a entregar las dosis necesarias de un remedio a un niño que, en virtud de un padecimiento grave en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas, requería el tratamiento con una medicación especial.

El alto tribunal ha sostenido que “el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”.<sup>167</sup> En el mismo sentido, “el derecho a la salud... no se reduce a la abstención de daño sino que trae aparejado la existencia de prestaciones de dar y hacer...”.<sup>168</sup>

La posibilidad de controlar omisiones inconstitucionales se desprende de lo señalado por la Corte, en cuanto “resulta fundado el reproche que el

terio de Salud y Acción Social — Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, de fecha 24 de octubre de 2000.

<sup>167</sup> Dictamen de procurador general en “Asociación Benghalensis...”, *op. cit.* al que remite el voto de los doctores Belluscio, López y Bossert.

<sup>168</sup> “Asociación Benghalensis...”, *op. cit.*, voto del doctor Vázquez, considerando 19.

a-quo imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva, consistente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de este mal...”.<sup>169</sup>

El criterio de la Corte reconoce el principio de subsidiariedad del accionar del Estado en la tutela de los DESC, al sostener:

El Estado nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales.<sup>170</sup>

En el mismo sentido “los casos en que exista un incumplimiento concreto y probado de los gobiernos locales ..., el gobierno nacional debe responder frente a los damnificados. Ahora bien, su obligación en tales supuestos es subsidiaria de la que le compete a las provincias...”.<sup>171</sup>

Gracias a estos fallos de la CSJN queda abierta la vía del control de constitucionalidad por omisión, a nivel jurisprudencial, circunstancia vital para el reconocimiento de la judiciabilidad de los DESC.

Respecto a la problemática de los recursos a invertir, en “Campodónico de Beviaqua”, había planteado la recurrente que “la carga impuesta por el aquo compromete los recursos económicos disponibles para organizar los planes de salud ... en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el ministerio tiene que proteger”,<sup>172</sup> a lo que responde el Superior Tribunal señalando “que los estados partes se han obligado «hasta el máximo de los recursos» de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (citando al PIDESC, artículo 2o., inciso 1)”.<sup>173</sup>

<sup>169</sup> “Asociación Benghalensis...”, *op. cit.*, voto de los doctores Moliné O’Connor y Boggiano, considerando 15.

<sup>170</sup> “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviaqua...”, *op. cit.*, considerando 21.

<sup>171</sup> “Asociación Benghalensis...”, *op. cit.*, voto del doctor Vázquez, considerando 18.

<sup>172</sup> “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviaqua...”, *op. cit.*, considerando 8o.

<sup>173</sup> *Ibidem*, considerando 18.

En “Asociación Benghalensis” el criterio de los doctores Belluscio, López y Bossert ha sido más extremo, puesto que, siguiendo al procurador general, han sostenido:

(e)n lo atinente al argumento sobre el control judicial respecto del presupuesto del Ministerio y su ejecución, en mi opinión no se configura en el sublite ...ya que los jueces se limitaron a exigir —al Estado Nacional— el debido cumplimiento de la ley 23.798 y su decreto reglamentario, de conformidad con los derechos consagrados en la constitución Nacional por el legislador o por el Ministerio de Salud y Acción Social.<sup>174</sup>

La línea jurisprudencial citada, en cuanto habilitar el control de la inconstitucionalidad por omisión de los departamentos del Poder Ejecutivo en tutela de la salud se proyectó en otros casos. Entre ellos, pueden mencionarse la causa “Monteserín, Marcelino c/ Estado Nacional— Ministerio de salud y acción social— Comisión nacional asesora para la integración de personas discapacitadas — Servicio nacional de rehabilitación y promoción de la persona con discapacidad”, de fecha 16 de octubre de 2001, donde la Corte reitera las obligaciones positivas del Estado que se desprenden del derecho de preservación de la salud. Analiza, en dicho caso, que el Servicio Nacional de Rehabilitación y promoción de la persona con discapacidad, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, pretende liberarse de su deber de asistencia al niño alegando la insuficiencia de partidas presupuestarias y haciendo recaer la responsabilidad de atenderlo en otro departamento perteneciente al mismo ámbito administrativo. Al respecto, el Tribunal señala que las obligaciones invocadas son las correspondientes al organismo, y que los beneficios establecidos a favor de las personas incapacitadas no incluidas en el régimen de obras sociales cuentan con el financiamiento de las partidas asignadas en el presupuesto general de la Nación para tal finalidad, y del fondo instituido especialmente para programas de similar naturaleza en la ley 24.452. Así, el Estado Nacional no puede susstraerse de sus obligaciones en razón de demoras contingentes en la puesta en funcionamiento del sistema sanitario en las provincias.

Tribunales inferiores ya se habían mostrado a favor de la exigibilidad de obligaciones positivas al Estado en torno a derechos sociales.<sup>175</sup> En el caso

<sup>174</sup> Dictamen de Procurador General en autos “Asociación Benghalensis...”, punto XII, al que remite el voto de los doctores Belluscio, López y Bossert.

<sup>175</sup> CNTrab., Sala I, setiembre 13-1982, “Pinto, Luis”, El Derecho, 103/298.

“Labatón, Ester A. c/ Poder Judicial de la Nación”,<sup>176</sup> incoado por una persona con discapacidad motriz, se hizo lugar al amparo, condenando al Estado nacional argentino a “ejecutar las obras necesarias que permitan la remoción de las barreras arquitectónicas en los edificios referidos en la presentación de autos dentro de los plazos prescriptos en el artículo 28 de la ley 22.431...”.

Asimismo, en “Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social” se resolvió que “corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta y ordenar al Estado que cumpla con el compromiso... (de) producir la vacuna tendiente a combatir la fiebre hemorrágica argentina”.<sup>177</sup> Cabe señalar que la acción incoada fue un “amparo colectivo”, invocándose el derecho a la salud como un derecho de incidencia colectiva en general.<sup>178</sup>

En el caso “Comunidad Paynemil”<sup>179</sup> se decidió hacer lugar a un amparo interpuesto por la Defensora Oficial de menores de Neuquén a fin de garantizar la salud de niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil, en virtud de que consumían agua contaminada con plomo y mercurio, y

se condena al Poder Ejecutivo provincial a realizar las siguientes medidas: a) proveer, por el término de dos días, 250 litros de agua potable diarios por habitante, ii) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio, III) determinar ...si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes, y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación; y, iv) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación.<sup>180</sup>

El Tribunal Constitucional de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, ha sostenido “En ejercicio de los ‘roles constructivos’ de la función jurisdiccional, le corresponde al Poder Judicial —si de lo que se trata es de dar fuerza normativa a la Constitución— algo más

<sup>176</sup> Cámara Nacional Federal en lo Contencioso-administrativo, Sala V L.L., t. 1998, F, pp. 345 y ss.

<sup>177</sup> Cámara Nacional en lo contencioso administrativo Federal, sala IV, L.L., t. 1998, F, p. 304.

<sup>178</sup> Véase nota a fallo, publicada por Mertehikian, Eduardo, en “La ‘protección a la salud’ como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido”, *LL.*, 1998-F, p. 305.

<sup>179</sup> “Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo”, Expte. núm. 311-CA-1997, Sala II, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Neuquén, 19 de mayo de 1997, citado por Condarini, Eugenia y otros, *op. cit.*, p. 69.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pp. 69 y 70.

que vetar el accionar inconstitucional y, por ello, en los supuestos de inconstitucionalidad por omisión le corresponde obligar, en la forma en que el derecho constitucional de cada país lo establezca a los órganos renuentes a adoptar aquellas normas y actos o hechos inconstitucionalmente incumplidos”.<sup>181</sup>

Finalmente, en el año 2006, el 11 de junio se dicta la sentencia en la causa “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H.L.E. c/ Estado Nacional s/ amparo”, donde la Corte consagró expresamente el control de la inconstitucionalidad por omisión generada por el Poder Ejecutivo en la satisfacción del mandato constitucional relativo al derecho de preservación de la salud. El tribunal desprende de la normativa nacional e internacional que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar este derecho con acciones positivas”. Analizó las pautas constitucionales y legales y sostiene que la inercia del órgano ejecutivo nacional o provincial ocasionaría que “las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad”. Así, confirman la sentencia que ordena al Estado Nacional proceda a brindarle al niño la prestación de los servicios médicos que éste requiere.

En esta línea se dictaron diversas sentencias, entre las cuales puede mencionarse “Reynoso, Nilda Noemí, c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo”, de fecha 16 de mayo de 2006, especialmente la disidencia parcial elaborada por la Dra. Carmen Argibay, donde se plasma un análisis meduloso de la ecuación económica y el impacto subyacente a la causa.<sup>182</sup>

#### 4. Consolidación de la jurisprudencia relativa a la operatividad de los derechos sociales, en particular en torno a los derechos de los trabajadores<sup>183</sup>

Más allá del supuesto específico del derecho a la preservación de la salud, en un primer momento, la Corte partió de reconocer la fuerza normativa de las cláusulas consagradoras de derechos sociales, y la virtualidad de las mismas de generar obligaciones positivas en cabeza del Poder Ejecutivo o Legislativo que se desprenden de los mismos. Así, en las causas “Monges,

<sup>181</sup> Superior Tribunal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, diciembre 17, 1996 —“Del valle, Jorge c/ Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, La Ley 1988-A-65.

<sup>182</sup> Véase, asimismo, los consiguientes avances posteriores en <http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>.

<sup>183</sup> El desarrollo general de la jurisprudencia respecto a la temática puede ser consultado en <http://www.csjn.gov.ar/data/dertrab.pdf>.

Analía M. c/ UBA, resol. 2314/95” (decisión de fecha 26 de diciembre de 1996) y “Barsanti, Agustina c/ UBA (Universidad de Buenos Aires), Resolución 2314/95”<sup>184</sup>(sentencia de fecha 30 de junio de 1998) la Corte señaló que “nada obsta a que el Congreso establezca un régimen de acceso a la enseñanza superior, pues según el artículo 13, inciso 2, c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional, son los Estados los que tienen el poder y la obligación de garantizar el acceso según la capacidad a la enseñanza superior, sentencia de fecha 30 de junio de 1998.

Posteriormente, en la causa “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido”, fallada el 14 de septiembre de 2004, la Corte, con firma de los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Higton de Nolasco, sostuvo expresamente la operatividad de los derechos fundamentales, y la fuerza normativa de la Constitución, al señalar que “es bien sabido que esta última asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano”. En dicho caso se analizaba el derecho a la reparación integral, donde la Corte declaró la inconstitucionalidad del régimen de indemnización tarifada previsto por despido sin justa causa.

En el caso en estudio, el Tribunal recurrió a una fórmula de sentencia aditiva, como legislador positivo. Tras declarar la inconstitucionalidad citada, señaló que el régimen a aplicar. Para arribar a tal solución el Tribunal se basó expresamente en la operatividad de los derechos fundamentales, y la fuerza normativa de la Constitución, como consecuencia de lo cual el accionar del Poder Judicial no excede el ámbito de su competencia. Así, aclaró que “la intervención de esta Corte ... no entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebra el principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional.”

Explicó que “el mandato que expresa el tantas veces citado artículo 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento «atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima» a dicho precepto (Fallos: 301:319, 324:325, considerando 5o.)”.

Posteriormente pasó el Tribunal a identificar el núcleo de mandatos constitucionales que se desprenden del artículo 14 bis, al señalar que “la in-

<sup>184</sup> B 147 XXXIV.

corporación del artículo 14 bis a la Constitución Nacional, tradujo ese ritmo en deberes «inexcusables» del Congreso a fin de «asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables, entre los que figura, de manera conspiciua, el de tener «protección contra el despido arbitrario»». <sup>185</sup>

Así, consideró en primer término que no resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 425 de la Ley de Contrato de Trabajo pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos, por lo que se considera violatorio del artículo 14 bis de la norma suprema. Aplicando los límites en materia de confiscatoriedad, el Tribunal construyó una solución jurídica, mediante la sentencia aditiva, en virtud de la cual resuelve que “corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable...”.

En la misma línea jurisprudencial se pronunció posteriormente el Tribunal en la causa “Aquino c/ Cargo Servicios industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, en fecha 21 de septiembre de 2004. En dicho fallo, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 39, primer párrafo, de la ley de Riesgos del Trabajo, y admitió el reclamo de indemnización por minusvalía laboral con fundamento en normas de derecho común. Para arribar a tal conclusión, la Corte partió de la noción de que nadie puede dañar ilegítimamente a otro, consagrada en el artículo 19 de la Constitución. Así, ponderó si el artículo citado resultaba compatible con el principio de reparación integral, concluyendo de manera negativa.

El tribunal partió de desarrollar las pautas del bloque de constitucionalidad tuitivas del trabajador, y en general de los derechos económicos sociales, para señalar las mandas que se desprenden del mismo. Así, siguiendo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, explica que existen obligaciones que el PDESC impone a los Estados. La primera consiste en “la de proteger, por cuanto requiere que este último «adopte medidas para velar que las empresas o los particulares no priven a las personas de los mentados derechos...”. Señaló que existen obligaciones positivas de los Estados, en miras a garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares. Finalmente incorpora el principio de progresividad en la protección de los derechos sociales y el de la justicia social. En tales condiciones, sostiene el tribunal que el artículo 39, inciso 1, de la LRT es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil. Ahora bien, al

<sup>185</sup> Considerando 9a).

considerar que el Estado ha violado la prohibición de no regresividad, el Tribunal aplicó un mecanismo acumulativo (evaluando cada artículo de manera individual).

Asimismo, en la causa “Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente — ley 9688”, de fecha 26 de octubre del 2004, la Corte consagró la interdependencia e indivisibilidad de derechos sociales y derechos civiles y políticos. Así, sostuvo que

los principios elaborados a partir de lo dispuesto en el artículo 14 bis se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma de 1994, en el artículo 75, incisos 22 y 23, del texto constitucional y, en tal sentido, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera de manera explícita la interdependencia e indivisibilidad que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto todos éstos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, por lo que el mencionado conjunto de derechos exige una tutela y promoción permanentes con el objeto de lograr su plena vigencia.

En esta misma línea de operatividad de los derechos sociales en cabeza de los trabajadores se dictaron diversas sentencias, entre las cuales pueden mencionarse los siguientes pronunciamientos. En la interpretación del artículo 14 bis de la Constitución, la Corte había aceptado interpretar que la estabilidad funcional del empleado público es relativa o impropia. En la causa “Madorrán c. Administración Nacional de Aduanas”,<sup>186</sup> cambió de criterio, y aceptando una perspectiva de la misma con Carácter absoluta o propia, señalando que

...la “estabilidad del empleado público” preceptuada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional significa, a juicio de esta Corte y dentro del contexto en cuestión, que la actora no pudo válidamente ser segregada de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que su reclamo de reinstalación resulta procedente.

Para arribar a tal conclusión, la Corte refirió al principio pro-homine, el orden regional e internacional de los derechos humanos, los cuales resultaban contestes con el espíritu del constituyente histórico. Así, señaló que sostener la estabilidad propia del empleado público frente a un convenio colectivo que prevé —ante la ruptura injustificada del vínculo por la

<sup>186</sup> M. 1488. XXXVI, 03-05-2007.

empleadora— el derecho a una indemnización en los términos de la LCT, es solución que concuerda con los principios y pautas de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos que, en buena medida implícitos en la Constitución histórica, han sido expresamente incorporados a ésta por vía del artículo 75.22, al dar jerarquía constitucional a los mayores instrumentos internacionales en la materia. El decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. El criterio es posteriormente proyectado en otros pronunciamientos, por ejemplo R. 129. XXXVII “Ruiz, Emilio David c/D.G.I. s/despido”, de fecha 15 de mayo de 2007.

En la causa “Gentini, Jorge Mario y otros c/Estado Nacional — Ministerio de Trabajo y Seguridad s/partículo accionariado obrero”,<sup>187</sup> la Corte operativizó el artículo 14 bis en lo que refiere a la “participación del obrero en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección”. La demanda procuraba la reparación de los daños derivados de la omisión de la empresa de telecomunicaciones en emitir los bonos de participación en las ganancias (artículo 29 ley 23.696), reconocidos en la normativa que dio a lugar la privatización de la misma. La Corte sostiene que La “participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección” integra el plexo de derechos y garantías que, de conformidad con la manda establecida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, las leyes deben asegurar al trabajador a fin de conferir protección al trabajo en todas sus formas.

Asimismo, se operativizó el derecho a la organización sindical libre y democrática. En la causa “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”,<sup>188</sup> el Tribunal establece que

(a) consagrar la democracia gremial, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional manda que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos,

<sup>187</sup> G. 1326. XXXIX; sentencia de fecha 12 de agosto de 2008; Fallos: 331: 1815.

<sup>188</sup> Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2008, Fallos: 331: 2499.

que el propio universo laboral quiera darse, y los términos «libre y democrática» mencionados en aquél, no por su especificidad y autonomía, dejan de ser recíprocamente complementarios.

Cita al respecto el Convenio Núm. 87 —ratificado por la Argentina en 1960 y comprendido en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo—.

En la causa P. 1911. XLII; “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S. A.”, en un pronunciamiento de fecha 1o. de septiembre de 2009, el Tribunal procura la adecuación de la normativa argentina al concepto de “salario”, conforme su consideración en los instrumentos internacionales, y las recomendaciones de la OIT. La Corte resuelve que corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inciso “c” de la Ley de Contrato de Trabajo y por ende, asignar naturaleza remuneratoria a los “ticket canasta” que eran entregados mensualmente al trabajador, ello en virtud de lo previsto en el Convenio 9 OIT, que tiene jerarquía legal de acuerdo a lo establecido en el artículo 75 de la Constitución Nacional y dado que no puede considerarse a la alimentación como un beneficio social sino que esta debe ser asegurada dignamente por el salario.

##### 5. *El derecho a la provisión de alimentos*

Originariamente, la Corte había rechazado reclamos tendientes a garantizar los derechos a una alimentación sana, a la salud, a la educación, a una vivienda digna, mediante la asignación de una cuota alimentaria.

En la causa “Ramos, Marta R. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, dictada el 12 de marzo de 2002, el Tribunal consideró inadmisibile el amparo, al señalar que la actora no habría acreditado, en concreto, el haber peticionado tales prestaciones, y su rechazo por las autoridades respectivas, en virtud de lo cual no existían en autos actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afecten o amenacen los derechos invocados. Asimismo, el voto mayoritario, firmado por los doctores Moliné O’Connor, Beluscio, López, señaló que “el desamparo que expone la actora y en que funda su presentación, si bien es revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado”.

Por su parte, los doctores Fayt y Boggiano, en su disidencia, señalan una apertura hacia la judiciabilidad de estos derechos, al sostener “una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmen-

te y frente a un caso concreto el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión, no puede compartirse. Ello, por cuanto no se están requiriendo en el caso las medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que, a juicio de los peticionarios, darían satisfacción a sus derechos más primarios. En estas condiciones, dar curso al presente amparo tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados, y no generar situaciones que sólo conducirán, eventualmente, a interpretarlas como extremos fundamentes de responsabilidades patrimoniales del Estado”. En consecuencia, esta postura minoritaria, abría el paso al control de la inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo, y no de la del Poder Legislativo.

Llaman la atención una serie de pronunciamientos dictados en estos últimos tiempos por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de los cuales se ordena cautelarmente a la provincia de Buenos Aires y a la municipalidad de Quilmes que le provea a una serie de personas los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de la salud, en un plazo de cinco días.

En la causa “Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo”, de fecha 7 de marzo de 2006,<sup>189</sup> la actora, en representación de sus hijos menores, inició acción de amparo con fundamento en la ley 25.724 —que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación— ante el Juzgado Federal Na. 4 de la Plata, contra el Estado Nacional — Ministerio de Salud y Acción Social-, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, a fin de que se disponga el cese de las acciones y omisiones de dichas agencias estatales que hacen que sus hijos padezcan un grave estado de desnutrición, y que se lleven a cabo las acciones necesarias para superarlo, bajo el control directo y efectivo de las autoridades competentes.

Respecto a las autoridades de ejecución del programa, el artículo 4o. de la ley citada establece:

Créase para la coordinación del Programa: a) La Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación que está integrada por representantes de los Ministerios de Salud, de Desarrollo Social y Medio Ambiente, de Educación, de Economía, de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos, de Producción y de Organizaciones no gubernamentales debidamente acreditadas en el área. b) Comisiones Provinciales con similares integrantes. c) Comisiones municipales y/o comunales con similares integrantes.

<sup>189</sup> Fallos: 329: 553.

La Corte sostuvo que, dentro del marco legal señalado, las comisiones nacionales, provinciales y los municipios, tienen obligaciones positivas que realizar en tutela de tales derechos. Sin embargo, dado que la ejecución del programa de Nutrición y alimentación nacional se ha puesto en cabeza de cada una de las provincias, con indicación de acciones precisas a cargo de los respectivos municipios, considera que no hay omisión del Estado federal, y que corresponde declarar que el Tribunal no resulta competente para entender en la causa. Sin perjuicio de ello, verificando la existencia de los requisitos de expedición de las medidas cautelares, hace lugar a la misma y, en consecuencia, ordena a la provincia de Buenos Aires y a la municipalidad de Quilmas que le provea a los hijos de la peticionante de los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de su salud, en un plazo de cinco días.

En consecuencia, la posición mayoritaria, integrada por los doctores Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti, habilitó el control de la inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo provincial y municipal. El voto en disidencia de las doctores Highton y Argibay, por su parte, sostiene que no surge que un organismo público haya negado a los hijos de la peticionaria el acceso a las prestaciones requeridas, por lo que debe rechazarse el amparo. Asimismo, vuelven sobre la posición clásica al señalar que

el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser considerado ni resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las instituciones fundamentales se lo impide.<sup>190</sup>

## 6. *Derecho a una vivienda digna*

El acceso a una vivienda digna es analizado por la corte en la causa “Uran, Roberto Elias y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo”, de fecha 30 de mayo de 2006, donde el tribunal resuelve que es incompetente.

La actora, discapacitada, y sus diez hijos menores, vivían en una pequeña habitación, en carácter de ocupantes, e iniciaron una acción contra la municipalidad de San Isidro, la provincia de Buenos Aires, el Estado Nacional

<sup>190</sup> La línea jurisprudencial reseñada se proyecta en los casos “Esquivel” y “Quiñone”.

y el Instituto Provincial de la Vivienda, a fin de que le permitan acceder a una vivienda digna y alimentación, y en miras a ser incluidos en el Plan Federal de Vivienda o en otro alternativo. La Corte rechazó su competencia, teniendo en cuenta los sujetos legitimados pasivos, y que la actora efectuó los trámites pertinentes ante las autoridades locales, pero no las nacionales, de lo que se concluye que, en la presente causa, no media incumplimiento alguno por parte del Estado Nacional que justifique la acción de amparo.

*7. El control de la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo en materia de movilidad de las jubilaciones*

En el caso “Sánchez, María del Carmen c/ Anses s/ reajustes varios”, de fecha 17 de mayo de 2005, la Corte ha sostenido la existencia de un mandato constitucional de efectuar acciones positivas por parte del Poder Legislativo en torno a los derechos sociales. El Tribunal refirió al imperativo constitucional del artículo 14 bis, en torno a temas de seguridad social, sosteniendo que “la Constitución Nacional exige que las jubilaciones y pensiones sean móviles, aunque no establece un sistema o mecanismo especial para hacer efectiva dicha exigencia, por lo que es atribución y deber del legislador fijar el contenido concreto de esta garantía teniendo en cuenta la protección especial que ha otorgado la ley fundamental al conjunto de los derechos sociales”. Por su parte, el voto de la mayoría al que no adhirieron los doctores Highton de Nolasco y Argibay, sostuvo que “(e)l Estado nacional tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”.

Posteriormente, en la causa “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”, de fecha 8 de agosto de 2006, se consolida esta posición gestando el Tribunal una solución de diálogo institucional y control de inconstitucionalidad por omisión.

La Corte, en un voto conjunto de los doctores Petracchi, Highton, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay, comienza por enfatizar su criterio de la operatividad del artículo 14 bis, en cuanto garantiza la movilidad de las jubilaciones dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del medio, siempre y cuando tal reglamentación sea razonable y no desconozca el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde a la posición que tuvieron durante su vida laboral. Señala que dicho mandato estatuye un deber de legislar en miras a dotar de efectividad a la cláusula (considerando 6a.).

Analizando el efectivo cumplimiento de dicho deber, explica que las leyes de presupuesto respectivas no contienen previsión alguna de incremento de las prestaciones ni han señalado la existencia de graves razones de interés general que impidieran concederlos, aspectos que pueden ser cuestionados por el demandante en la medida en que ese aumento resulte necesario para mantener un adecuado nivel de su beneficio. Señala que los cambios en las condiciones de hecho, verificables debido a que el mismo ejecutivo ha tenido que disponer diversos incrementos, no repercutieron en el aumento de la jubilación del peticionante.

Así, explica que en el caso se habría verificado un supuesto de inconstitucionalidad sobreviviente, sucesiva o norma prognosis, dado que

la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad. ... Se sigue de ello que la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (Considerando 13).

En cuanto al órgano reprochable, sostiene que

el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla, sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla (considerando 15).

La corte desprende dicho precepto contenedor del mandato del artículos 14 y 75, incisos 19 y 23.

Respecto a la amplitud de la solución, señala que

ello no implica que resulte apropiado que el tribunal fije sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer.

Es decir, se rechaza la posibilidad de una decisión supletoria de la omisión del Legislativo, por lo que se resuelven los siguientes puntos:

- 1) Llevar a conocimiento de las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones necesarias que la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor ha llevado a privarlo de un derecho conferido por la ley.
- 2) Diferir el pronunciamiento sobre el periodo cuestionado por un plazo que resulte suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes.
- 3) Comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas a las que alude en los considerandos.

Sin embargo, frente a la actitud pasiva por parte del Congreso en cumplir su mandato constitucional señalado por el Tribunal, varios meses después del dictado del primer fallo, la Corte se pronuncia nuevamente en la causa, dictando una sentencia aditiva que suple la omisión constatada.<sup>191</sup> A fin de no importunar el equilibrio de los departamentos del Estado, aclara enfáticamente el Tribunal que los efectos del pronunciamiento son para el caso concreto,

en tanto no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el artículo 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general denegatoria de las disposiciones continuadas, pues ello implicaría sustituirse al Congreso... en este entendimiento, esta Corte considera que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional.<sup>192</sup>

Esta metodología de pronunciamientos, los cuales han sido calificados como sentencias escalonadas o diferidas, tienen su razón de ser en la búsqueda del respeto al principio constitucional de “diálogo institucional”, que procura la interacción de los poderes del Estado mediante mecanismos de control recíproco, pero de carácter respetuoso del marco de acción privativo de cada órgano del estado.

De esta manera se verifica aquella fuerte conciencia que la Corte tiene de sí como Tribunal de garantías constitucionales y que le impulsa a intensificar su control. En miras a ello, encuentra fuerte apoyatura teórica en la doctrina de la fuerza normativa de la Constitución, que actúa como elemento legitimador y, a su vez, como dique de contención del accionar del Tribunal. Ello así puesto que la potestad nomogenética solo podría alcanzar

<sup>191</sup> B.675.XLI, “Badaro”, sentencia dictada en fecha 27 de noviembre de 2007.

<sup>192</sup> *Idem.*

su amplitud en el marco de operativización de la norma constitucional, nutrida por el bloque de constitucionalidad.

### 8. *Operatividad del derecho a condiciones de vida dignas*

En la causa R. A. D. c. Estado Nacional el tribunal refirió a la operatividad del derecho a condiciones de vida dignas respecto una menor discapacitada, de nacionalidad boliviana que, padeciendo de una incapacidad congénita del 100%, viene con sus padres a residir en la Argentina.

En el caso se reclamaba el reconocimiento de una una pensión por invalidez, originariamente denegada en sede administrativa por carecer de la residencia mínima exigida por la ley, de 20 años. La Corte acoge favorablemente el amparo donde se planteó la inconstitucionalidad de la norma citada.

El fallo se nutre del bloque de constitucionalidad, el artículo 75.22 de la Constitución Nacional, los artículos XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Seguidamente, operativiza el derecho a la seguridad social, indicando que la aplicación de los recaudos legales, que exigen la acreditación de una situación extrema, y agregarle a los mismos la exigencia de un plazo de veinte años, implicaría la violación del mismo e impide el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna.

Un ejemplo interesante en este sentido es un caso donde el Tribunal, previo a ponderar si el supuesto resultaba o no de su competencia originaria, ordenó una medida cautelar en tutela de las condiciones de vida de los miembros de una comunidad indígena. En el presente caso, el defensor del pueblo de la Nación<sup>193</sup> dedujo acción de amparo contra la provincia del Chaco y el Estado Nacional, a fin de que se los condene a que adopten las medidas necesarias para modificar las actuales condiciones de vida de ciertas poblaciones indígenas, quienes, según sostiene, se encuentran en una situación de emergencia extrema, con sus necesidades más básicas y elementales insatisfechas, como consecuencia de la inacción del Estado Nacional y provincial, y del incumplimiento, por parte de ambos, de las obligaciones que emanan de las leyes vigentes, de la Constitución Nacional, de los Tratados internacionales y de la Constitución de la provincia del Chaco. Solicita que se los condene a que garanticen a dichas comunidades una real y efecti-

<sup>193</sup> D. 587. XLIII “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, de fecha 18 de septiembre de 2007.

va calidad de vida digna, que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente, con la mutua intervención por parte del Estado Nacional y la provincia del Chaco.

El Tribunal considera que

la gravedad y urgencia de los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la C.N. De tal manera, la Corte como custodia que es de las garantías constitucionales, habrá de requerir a la demandada las explicaciones que estima necesarias al objeto del pleito, y dispondrá la comparecencia de las partes a una audiencia.

En consecuencia, la Corte resuelve, en primer término

requerir al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco para que en el plazo de treinta días informen al Tribunal, con relación a las medidas de protección de la comunidad indígena que habita en dicha región: 1) Comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que la integran. 2) Presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas. 3) Ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria. 4) Ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección. 5) Ejecución de planes de educación. 6) Ejecución de programas habitacionales.

Asimismo, convoca a una audiencia a realizarse en la sede de esta Corte en la cual las partes deberán expedirse en forma oral y pública ante el Tribunal sobre el contenido del informe presentado. Finalmente, hace lugar a la medida cautelar solicitada y en consecuencia, ordena al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas citadas, como así también un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios. Asimismo, el 26 de octubre se dictó un nuevo pronunciamiento conteniendo las pautas para la celebración de la audiencia citada, y la presentación de informes, la cual tuvo lugar el 6 de noviembre de 2007.

## V. EVALUACIÓN

El presente estudio ha partido de analizar la vital relevancia del diálogo o sinergia entre el orden regional e internacional tuitivo de los derechos económicos, sociales y culturales, con las jurisdicciones constitucionales locales. Ello se sostiene en argumentos teóricos y prácticos, que engloban desde el principio de subsidiariedad rector del orden trasnacional en la materia, la naturaleza de la jurisdicción constitucional, la posición privilegiada de los instrumentos internacionales existentes en la materia, y la conveniencia de procurar soluciones eficientes. Seguidamente se analizan los remedios existentes a disposición de los tribunales, a fin de canalizar garantías eficientes en la tutela de los derechos señalados, ya sea engarzados en la protección de derechos civiles y políticos, en la tutela del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones negativas, e, incluso, en el control del incumplimiento de las obligaciones positivas necesarias.

Posteriormente se ha intentado ponderar el estadio actual de la judiciableidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Argentina. Al respecto, cabe en primer término formular un juicio positivo a la recepción jurisprudencial del principio de indivisibilidad de los derechos, así como operatividad de los mismos. Asimismo, se vislumbra un notorio avance en particular en temáticas tales como preservación de la salud, derechos de los trabajadores, y algunos pronunciamientos en torno al derecho a condiciones de vida dignas.

En torno al diálogo mencionado, el estudio de los pronunciamientos de la Corte argentina lleva a concluir que, si bien la historia en algunas oportunidades da muestras de precedentes en los que, podían verificarse referencias al ordenamiento internacional, la respuesta jurisdiccional no revistió con suficiencia el carácter tuitivo,<sup>194</sup> en otros casos, cuyas líneas presentan mayor actualidad, el notorio avance en torno a la operatividad de los derechos sociales se ha visto nutrido y solventado con profundas raíces en el orden internacional —el caso “Aquino”, citado precedentemente, es un claro ejemplo de ello—. No puede dejar de mencionarse que, en otras oportunidades, se han proyectado líneas sumamente positivas, solventadas en argumentos de control de constitucionalidad, tales como la idea de “fuerza normativa de la constitución”, sin hacer referencia a elementos internacionales —como el caso Badaro I—.

En síntesis, dentro de este escenario, en líneas generales puede concluirse en que el impacto de los productos de los órganos del orden regional e in-

<sup>194</sup> Véase Chocobar, Fallos: 319: 3241.

ternacional en miras a la operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales merece un juicio positivo, y el diálogo existente entre la jurisdicción constitucional y ellos contribuye hacia la consolidación de líneas de interacción fructíferas en miras a garantizar la tutela judicial efectiva de los sectores más vulnerables.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH COSARÍN, 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 Voilo Jiménez*, San José, Costa Rica, IIDH, Editora Lorena González Voilo, 1998.
- ABRAMOVICH, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en ABRAMOVICH, Víctor *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, 2006*.
- y COURTIS, Chirstian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en ABREGÚ, Martín, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Centro de Estudios Legales y Sociales, 2004.
- y COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *Revista Hechos y Derechos*, 2000, t. 7.
- ABREGÚ, Martín, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”, en ABREGÚ, Martín, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Centro de Estudios Legales y Sociale, 2004.
- ALVES PEREIRA, Antonio Celso, “El acceso a la justicia y los derechos humanos en Brasil”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, t. 20, julio-diciembre de 1994.
- 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*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1997.

- , “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, año 2005.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho a la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- , “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en BAZÁN, VÍCTOR, *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1997.
- , “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994”, *Revista Hechos y Derechos*, 2000, t. 7.
- , “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, Buenos Aires, E.D., U.C.A., t. 78.
- y PÍZZOLO, Calógero (h), *Derechos humanos*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. II.
- BOLIVAR, Ligia, *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. V, serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, 2000.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “Hacia el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno”, *Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez*, San José, Costa Rica, IIDH, Editora Lorena González Voilo.
- BUERGENTHAL, Thomas *et al.*, *La protección de los derechos humanos en las américas*, 2a. ed., Madrid, IIDH, Cívitas, 1994.
- CEPAL-IIDH, “Informe del seminario sobre la propuesta de transformación productiva con equidad y los derechos económicos, sociales y culturales”, puntos 33 y 34, *Revista IIDH*, t. 20, julio-diciembre de 1994.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. OEA/Ser.L./V/II.132 Doc. 14, 19 de julio de 2008, original: español.
- CONTARINI, Eugenia *et al.*, “Investigación en Argentina”, *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, 1999.

- CUÉLLAR, Roberto M., *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- CURTIS, Cristian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL y CELS, Editores del Puerto, 2006.
- DARANAS PELÁEZ, Mariano, *Las Constituciones europeas*, Madrid, Editora Nacional, 1979, t. II.
- DULITZKY, Ariel E., “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en ABREGÚ, Martín, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Centro de Estudios Legales y Sociales, 2004.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Apuntes sobre las dificultades existentes para la protección de los derechos sociales en el modelo de jurisdicción constitucional español”, en BIDART CAMPOS, Germán, *Economía, Constitución y derechos sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997.
- FAIRSTEIN, Carolina y ROSSI, Julieta, “Comentario a la observación general núm. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, núm. 0, 2001.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, en BAZÁN, Víctor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1997.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión. Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica”, en BAZÁN, Víctor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1997.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Corte Suprema de Justicia reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio”, *L.L.*, 9 de septiembre de 2010.
- GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos*, Madrid, IIDH-Cívitas, 1988.
- HITTERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1993, t. II.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, “Atribuciones de los Superiores Tribunales de Justicia”, *Derecho público provincial*, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Política, 1991, t. II.
- MÉNDEZ, Juan, “El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales-Cels, 2004.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, t. II: *Constituição e inconstitucionalidade*, 3a. ed., Coimbra Editoria Limitada, 1991.
- MORELLO, Augusto M., *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t. I.
- , *El rol de los tribunales en las sociedades modernas*, E. D., 118-939.
- NIKKEN, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, *Estudios de Derechos Humanos*, t. I, disponible en [http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.1%20DEFINICIONES%20%20TEORIAS%20CARACTERISTICAS/2.1.11%20El%20concepto%20de%20ddhh\\_Nikken.pdf](http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.1%20DEFINICIONES%20%20TEORIAS%20CARACTERISTICAS/2.1.11%20El%20concepto%20de%20ddhh_Nikken.pdf), consultada en fecha 10 de noviembre de 2009.
- OJEDA QUINTANA, Tomás, “El problema de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Hechos y Derechos*, 2000, t. 7.
- PINA, Rolando E., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
- PINTO, Mónica, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en ABRAMOVICH, Víctor *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales-Cels, 2006.
- SAGÜÉS, María Sofía, “Aproximación a la retroalimentación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad a la luz de un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina”, *Revista Jurídica El Dial*.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1997.

- , El sistema de derechos, magistraturas y procesos constitucionales en América Latina, México, Porrúa, 2004.
- , “El «control de convencionalidad», en particular sobre las constituciones nacionales”, *L.L. LA LEY*, 2009-B.
- , *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- , *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I.
- , “Las cláusulas programáticas sociales de la Constitución Nacional y su eficacia jurídica”, *El Derecho*, t. 108.
- , “El control de convencionalidad”, en particular sobre las Constituciones nacionales, *L.L.*
- THOMPSON, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad*, San José, Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos (IIDH y BID), 2000.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- VILCAPOMA, Ignacio, Miguel Pedro, “Los derechos fundamentales. La encrucijada de los derechos económicos, sociales y culturales y su exigibilidad”, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, 16-19 de septiembre de 2009, t. I.