

Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales*

Por Víctor Bazán

1. Encuadre de la cuestión y consideraciones preliminares

Resulta innegable el fuerte impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha producido la reforma constitucional de 1994 en el ámbito de los derechos humanos.

Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo alguno de taxatividad, pueden computarse: la ampliación del plafón de derechos explícitos (v.gr., arts. 37, 41 y 42 de la Const. nacional); la literalización de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data¹ (art. 43); el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 16) con la *igualdad material* (arts. 37 y 75, incs. 2º, 19 y 23), y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2º), que hacen que la antigua figura de la “pirámide” en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de “trapecio” en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante retroalimentación la ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Este último factor (adjudicación de valencia constitucional a los instrumentos internacionales sobre la materia mencionada²) a su vez ha generado no pocos (tampoco insignificantes) efectos directos y colaterales, entre los cuales pueden mencionarse: la amplificación cuantitativa y cualitativa del cartabón de derechos implícitos y explícitos; la instauración del principio *pro homine* o *favor libertatis*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura, interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; la vigorización de la pauta que determina la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales, y la ineludible responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de éstos.

Pero avanzando en el razonamiento, si añadimos algunos otros ingredientes a la cuestión, tales como que el aludido compacto de elementos está envuelto y recorrido por el caudal axiológico que le suministra el imperativo preambular de “afianzar la justicia”; que la Carta Magna entroniza un postulado trascendente de autoafirmación de su fuerza normativa (art. 36); que la atribución de tenor constitucional no se ha detenido en los instrumentos enumerados en el art. 75, inc. 22, párr. 2º, sino que

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Aunque, en este último caso, sin verbalizar expresamente la denominación “hábeas data”.

² En lo atinente a los derechos económicos, sociales y culturales, y además de referencias colaterales contenidas en otros documentos de igual rango, son beneficiarios de jerarquía constitucional los siguientes instrumentos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

el Congreso ha ampliado *ex post* la nómina de ellos³ y el Estado argentino ha dado nuevas señales de un compromiso explícito en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁴; que el plexo de instrumentos con jerarquía constitucional (ya originaria, ya derivada) se adosa al texto y al espíritu constitucional para conformar junto a éstos un remozado parámetro de control de constitucionalidad, ya *poco espacio queda* para consentir o tolerar violaciones en el ámbito de tal sector de derechos o para justificar omisiones en éste al calor de su pretendida falta de justiciabilidad o de su minusvalía jurídica *vis-à-vis* los derechos civiles y políticos.

Y aquí queda perfilado condensadamente el objeto de este trabajo: analizar el impacto que la reforma constitucional ha provocado en el segmento de los derechos económicos, sociales y culturales y el consecuente estrangulamiento de las posibilidades del Estado de desentenderse de sus compromisos en ese marco; poner en tela de juicio la tesis de la escisión generacional de los derechos; discurrir sobre la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; argumentar en favor de un concepto sustentable acerca de su “progresividad efectiva”; recorrer los pliegues jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de algunos tribunales inferiores; buscar nuevos caminos para justificar su vocación de operatividad e identificar algunas estrategias alternativas para lograr su eficacia, tanto en el escenario interno como en el interamericano.

2. Ratificación del Protocolo de San Salvador

Sin duda, a la clara impronta obligacional que la reforma constitucional ha erigido sobre el Estado argentino en materia de derechos humanos en general, y de derechos económicos, sociales y culturales en particular, viene a sumarse el hecho de que en fecha relativamente reciente, en concreto el 23 de octubre de 2003, nuestro país ha procedido a depositar en Washington el instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado “Protocolo de San Salvador”, que fuera suscripto en 1988.

Como lo recordaba el entonces secretario general de la OEA, César Gaviria Trujillo, en la ceremonia de depósito del instrumento de ratificación por parte de Argentina, nuestro país se convertía en el Estado número trece en adoptar tal tempe-

³ La nómina primigenia plasmada en el art. 75, inc. 22, párr. 2º, incluye –además de los cuatro instrumentos mencionados en la nota anterior– a los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. A tal registro (que en total suma once documentos) se han añadido, con idéntica alcurnia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la ley 24.820) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la ley 25.778).

⁴ Es que, como tendremos ocasión de señalar *infra*, en octubre de 2003 el Estado argentino ha procedido a depositar el instrumento ratificatorio del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscripto en 1988.

ramento⁵, pues vino a seguir a Suriname (que lo hizo el 10 de julio de 1990), Panamá (el 18 de febrero de 1993), Ecuador (el 25 de marzo de 1993), Perú (el 4 de junio de 1995), El Salvador (el 6 de junio de 1995), Uruguay (el 2 de abril de 1996), México (el 16 de abril de 1996), Brasil (el 21 de agosto de 1996), Paraguay (el 3 de junio de 1997), Colombia (el 23 de diciembre de 1997), Costa Rica (el 16 de noviembre de 1999) y Guatemala (el 5 de octubre de 2000).

La falta de ratificación de tal instrumento por nuestro país, mantenida durante casi quince años (recuérdese que lo firmó el 17 de noviembre de 1988⁶), constituía una clara asignatura pendiente que se mostraba a contrapelo de la tendencia que —desde una perspectiva genérica— aquél registra en la órbita interna en torno del derecho internacional de derechos humanos. Por ejemplo, y como anunciábamos, al brindar valía constitucional a una serie de tratados sobre dicha materia; mostrar en líneas generales una jurisprudencia permeable a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas internacionalmente, y adecuar su normativa interna a los lineamientos contenidos en las exhortaciones formuladas en tal sentido por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericanas).

De más está mencionar que la ratificación del Protocolo de San Salvador supone un importante refuerzo jurídico y axiológico del plexo de derechos económicos, sociales y culturales allí contenidos, incorporando un elemento adicional a la exigibilidad y la justiciabilidad de los mismos en la dimensión local como paso previo a una potencial articulación reclamatoria en sede transnacional.

En consecuencia, cabría esperar —por esta vía— un progreso cuantitativo y cualitativo de la labor de custodia de tales derechos por parte de los órganos competentes de control en el contexto interno, para luego, y en caso de no obtener respuesta favorable, procurar recabarla en el ámbito transnacional, que —aunque sobreabundante recordarlo— es de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho vernáculo, abriéndose la posibilidad de acudir a aquélla cuando la cobertura tuitiva proporcionada intraestatalmente no exista, sea intrínsecamente deficitaria o simplemente fracase en el caso concreto.

Finalmente, vale evocar que el modelo interamericano de protección en materia de derechos económicos, sociales y culturales recepta una cierta plusvalía en relación con su par en el plano universal, es decir, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante “Comité”)⁷: *la posibilidad de denunciar ante la Comisión Interamericana a los Estados mediante la vía de las peticiones individuales sobre la base normativa directa del Protocolo en cuestión*⁸, bien

⁵ Fuente: <http://www.oas.org/speeches/speech.asp?sCodigo=03-0145>, 10/12/04.

⁶ Por su parte, el Estado argentino aprobó dicho Protocolo por medio de la ley 24.658.

⁷ Dicho Comité es el órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este instrumento internacional no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados partes. Frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de supervisión y vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la res. 1985/17, del 28/5/85.

⁸ Contarini, Eugenia - Fairstein, Carolina - Kweitel, Juana - Morales, Diego - Rossi, Julieta, *Argentina*, en “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío imposter-gable”, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 135.

que en casos limitados temáticamente: cuando se trata de violaciones a la libertad sindical (art. 8.1, a, del Protocolo) o al derecho a la educación (art. 13)⁹.

Sin perjuicio de tal restricción en cuanto a la materia reclamatoria, para fundar una denuncia podría también apelarse a una interpretación dinámico-evolutiva e interrelacionada del contenido normativo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. VI y VII, además de las normas que se extienden entre los arts. XI a XVI); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 26 y 42), y de la Carta de la OEA¹⁰ (arts. 30 al 52).

3. La juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales y su vocación de justiciabilidad

En un escenario de la magnitud y el calibre descriptos en los apartados anteriores, tanto desde el plano jurídico cuanto desde el axiológico, no cabría disimular que el Estado argentino ha asumido con contundencia y claridad un compromiso sustancial frente a los derechos humanos en general y, en lo que aquí interesa, en particular ante los derechos económicos, sociales y culturales. Tal situación resulta determinante y traza una clara impronta para los órganos del poder constituido, los que quedan vinculados por la fuerza normativa de la Constitución, su supremacía y la de los tratados internacionales con jerarquía homóloga a la de la ley fundamental.

Por su parte, nos apresuramos a reiterar aquí nuestra posición personal respecto de la vinculación entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales. Estos últimos *no son menos derechos* que los civiles y políticos. La necesidad de corregir la presunta *imperfeción* de los derechos económicos, sociales y culturales resulta un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos a su respecto como al ser éstos resueltos por los órganos competentes¹¹.

⁹ Naturalmente, sería conveniente que se aprobara un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para implementar el mecanismo de reclamaciones individuales o de grupos que venga a complementar el sistema de informes que constituye el núcleo básico del funcionamiento del Comité. Al respecto, es justo aclarar que ya en su séptimo período de sesiones –desarrollado en 1992–, el propio Comité puso de manifiesto “una preferencia firme y clara por un procedimiento de denuncia individual” (E/1993/22, anexo IV, párr. 66).

¹⁰ Como se expresa en el párrafo final del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) donde se aprobó la incorporación a la Carta de la OEA de normas amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, de las cuales entre los arts. 29 a 42 se extendían las cláusulas económicas; en los arts. 43 y 44 estaban contenidas las sociales y, por último, del art. 45 al 50 se encontraban los preceptos sobre educación, ciencia y cultura. Es del caso aclarar que, actualmente (esto es, con las reformas introducidas por los Protocolos de Buenos Aires –1967–, Cartagena de Indias –1985–, Washington –1992– y Managua –1993–), en el capítulo 7 de la primera parte de la Carta, las disposiciones sobre el particular han sido aglutinadas bajo el rótulo de “Desarrollo integral”, desplegándose desde el art. 30 al art. 52.

¹¹ Ver, por ejemplo, Bazán, Víctor, *Justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Especial referencia, en el ámbito internacional, a los marcos universal y americano y en el orden interno, al argentino*, relato de la sección de derechos humanos en “Justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, libro de ponencias, XVII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional Dr. Luis María Drago, t. 3, Catamarca, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional

En el sentido apuntado, la idea que debe rescatarse consiste en aprehender, como con acierto lo plantearan también la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos¹², que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”¹³. Indudablemente, cabe convenir con Pinto en que la señalada Declaración de Viena impulsó decididamente la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad¹⁴.

Convergentemente, la observación general n° 9 del Comité pone de manifiesto que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos (refiriéndose a los derechos económicos, sociales y culturales y a los civiles y políticos) son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”¹⁵.

Juzgamos indispensable superar la suerte de brecha dicotómica que artificialmente se supone separa a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, la que probablemente haya sido facilitada por lo que conspícua doctrina denomina la “fantasía de las generaciones de derechos”¹⁶.

Ahondando en el tema que nos ocupa, Cançado Trindade sostiene que, mientras en relación con los seres humanos se verifica la sucesión generacional, en punto a los derechos se desarrolla un proceso de acumulación, lo que le permite aseverar gráficamente que *los seres humanos se suceden, los derechos se acumulan y se sedimentan*¹⁷.

Además, y como el mismo autor tuviera ocasión de expresar, desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional en este campo, la analogía de la “sucesión generacional” de los derechos no parece ser correcta en términos históricos, ya que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no parecieran haber sucedido *pari passu*, porque si bien en el derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no ocurrió lo mismo en el plano internacional, como queda demostrado por las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– en

de Catamarca y Asociación Argentina de Derecho Internacional, 23 a 25 de octubre de 2003, p. 1 a 64.

¹² Viena, 25/6/93. A/CONF.157/24, part. I, cap. III.

¹³ Parte II, párr. 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

¹⁴ Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997, p. 57.

¹⁵ Nos referimos a lo sostenido en el ap. 10 *in fine* de tal observación general, bajo el epígrafe de “justiciabilidad”.

¹⁶ Así la denomina Cançado Trindade, Antônio A., *Derechos de solidaridad*, en Cerdas Cruz, Rodolfo - Nieto Loayza, Rafael (comps.), “Estudios básicos de derechos humanos”, t. I, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 64.

¹⁷ Cançado Trindade, *Derechos de solidaridad*, en Cerdas Cruz - Nieto Loayza (comps.), “Estudios básicos de derechos humanos”, t. I, p. 64 y 65.

1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos¹⁸.

Sea como fuere, la idea que intentamos rescatar es que la utilización léxica de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar la unidad conceptual de éstos, puesto que ellos imbrican en la dignidad humana que, obvio es decirlo, es sólo una también. En palabras de Cançado Trindade “a la integridad del ser humano corresponde en definitiva la integralidad de sus derechos”¹⁹.

Esa percepción late con fuerza en los Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que claramente se reconoce que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se desprenden o derivan *de la dignidad inherente a la persona humana* (respectivos párrs. 2° de los Preámbulos de ambos instrumentos).

Remitimos a Rabossi, quien se ocupa de desvirtuar la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, una de cuyas críticas contra ésta consiste en afirmar que la consecuencia más dañina que origina es que implica y brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial, pero en realidad –aclara– no hay nada en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas, puesto que las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda que el autor sintetiza diciendo que *sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos y los derechos económicos, sociales y culturales son, en el mejor de los casos, programáticos*²⁰.

El propio Rabossi pasa a demostrar la vacuidad de este último planteo, asegurando que ni la distinción derechos negativos *versus* derechos positivos, ni la de derechos estrictos *versus* ideales utópicos, ni la de derechos genéricos *versus* derechos específicos, logran identificar clases excluyentes de derechos puesto que, en verdad, la garantía de la vigencia de un derecho humano supone siempre una política positiva del Estado al diseñar y estatuir el marco institucional y político necesario²¹.

Como resumen y balance provisorios de la cuestión, creemos que, cuanto menos, es factible coincidir en que la estereotipada fórmula de las “generaciones de derechos humanos” no puede ser aceptada en forma acrítica, sino que merece ser

¹⁸ Cançado Trindade, Antônio A., *Para ONG n° 8*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, p. 42 y 43.

¹⁹ Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Jurídica de Chile, 2001, p. 133.

²⁰ Rabossi, Eduardo, *Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché*, en “Lecciones y Ensayos”, n° 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, p. 49 y 50.

²¹ Rabossi, *Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché*, p. 50.

seriamente reexaminada, verificando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación arbitraria²² o “caprichosa”²³.

En efecto, la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de ellos parecieran conspirar contra la pulcritud semántica de la expresión “generaciones de derechos humanos”. Tampoco debería soslayarse la circunstancia de que, bajo el pretexto de una división de los derechos humanos en generaciones, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el plano de los derechos económicos, sociales y culturales, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y en la falta de disponibilidad de medios materiales para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos –civiles y políticos– no justifica la denegación de otros –económicos, sociales y culturales– (v.gr., la Declaración de la ONU sobre el Derecho al Desarrollo –1986–).

Por último, dado que ideológicamente concebimos a la democracia como un sistema de inclusiones, no de exclusiones²⁴, y porque compartimos con Scheinin la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales son una parte esencial del código normativo internacional de los derechos humanos²⁵ (además de que así ha sido inequívocamente establecido en los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶), juzgamos de real valía que se concrete el pasaje de la *progresividad simbólica* a la *progresividad efectiva y real* de tal tipología de derechos²⁷, principio de progresividad

²² Rabossi concluye su trabajo señalando que en él ha expuesto las implicaciones teóricas y prácticas más importantes de la tesis que impugna, intentando demostrar que la misma “está basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferencia categorial de los derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales” (*Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché*, p. 41 y ss. y especialmente p. 51).

²³ Pinto subraya que son múltiples las objeciones que encuentra a tal tesis y, entre otros cuestionamientos, pone de manifiesto que la elección de la variable en que se sustenta es “caprichosa” (*Temas de derechos humanos*, p. 56). Tal autora añade que la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la doctrina de las generaciones de derechos (p. 57).

²⁴ Cfr. Valadés, Diego, *Constitución y política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 23 y 24.

²⁵ Scheinin, Martin, *Economic and social rights as legal rights*, en Asbjørn, Eide, “Economic, social and cultural rights”, Boston, Dordrecht, 1995, citado por Rodríguez Pinzón, Diego - Martín, Claudia - Ojea Quintana, Tomás, *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo-American University, 1999, p. 362.

²⁶ Aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, y convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados partes conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la consideración por parte del –por entonces– recientemente constituido Comité, de los informes presentados por los Estados partes, y la cooperación internacional en la parte IV del Pacto.

²⁷ En sentido análogo, ver Gialdino, Rolando E., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional*, Investigaciones, n° 2, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1999, p. 394.

que interactúa con el de no regresividad, y que nos tiende el puente hacia el punto que abordaremos a continuación.

4. Luces y sombras en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

Ciertamente, *progresividad* no implica letargo, inocuidad ni impunidad *sine die* para el Estado.

Sobre el particular, creemos que la Corte Suprema argentina, en algunos fallos, v.gr., “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua”²⁸, ha brindado una interesante pauta axiológica, haciendo operar la obligación estatal de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas, dentro de una dimensión *razonable* de la progresividad necesaria para lograr la plena efectividad de los mismos. Aunque, justo es mencionarlo, en otros ha evidenciado algunas “sombras” importantes en esta materia, por ejemplo, lo resuelto en el caso “Ramos”. Veamos:

a) “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua”

1) En la causa “Asociación Benghalensis”²⁹ las instancias de grado hicieron lugar a la acción de amparo articulada por la Asociación Benghalensis y otras entidades no gubernamentales³⁰ que despliegan actividades contra la epidemia del SIDA, condenando al Estado nacional –Ministerio de Salud y Acción Social– a dar acabado cumplimiento a la obligación a su cargo de asistir, tratar y –en especial– suministrar medicamentos –de modo regular, oportuno y continuo– a las personas enfermas de ese mal, registradas en los hospitales públicos y agentes sanitarios del país.

Contra tal decisorio el demandado interpuso recurso extraordinario que fuera concedido parcialmente (pues se lo acordó por encontrarse cuestionados el alcance y la interpretación de una norma federal, mas se lo denegó por la arbitrariedad alegada), el que fue admitido formalmente por la Corte aun cuando ésta se pronunció por la confirmatoria de la sentencia resistida.

²⁸ Tales precedentes se unen al elaborado en *Fallos*, 321:1684, en el que se condenó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a brindar a un menor el servicio de internación en terapia intensiva (por un período superior al establecido en el contrato por adhesión firmado con el servicio de medicina prepaga), entendiéndose de aplicación el art. 20 de la Const. porteña, que garantiza el derecho a la salud integral y determina que el gasto público en salud constituye una inversión social prioritaria.

²⁹ CSJN, 1/6/00, “Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social, Estado nacional s/amparo ley 16.986”, *LL*, 2001-B-126.

³⁰ Las restantes entidades actoras eran: Fundación Descida, Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer, Asociación Civil Intilla, Fundación RED, Fundación CEDOSEX, Fundación Argentina pro Ayuda al Niño con SIDA, y Asociación Civil SIGLA.

El detalle de la votación respectiva en el seno del máximo tribunal fue el siguiente: los doctores Belluscio, López y Bossert –de quienes puede decirse constituyeron la *mayoría*– propiciaron la solución mencionada, limitándose a un reenvío al tratamiento que, acerca de las cuestiones debatidas, concretó el procurador general de la Nación. Por su parte, los ministros Moliné O'Connor y Boggiano lo hicieron compartiendo un voto común (también por la confirmatoria triunfante). El doctor Vázquez emitió un voto individual (confluyendo a igual decisión que sus colegas mencionados anteriormente). Por último, los magistrados Nazareno, Fayt y Petracchi votaron en disidencia, sosteniendo que el recurso extraordinario parcialmente concedido resultaba inadmisibles de acuerdo con lo establecido en el art. 280 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

Interesa, entonces, referenciar brevemente los argumentos confirmatorios del fallo de los tribunales de mérito que esgrimió en su dictamen el procurador general de la Nación, opinión que –como dijimos– constituyó el material jurídico al que el voto mayoritario remitió expresamente para nutrirse y conformar el componente cuantitativamente prevaleciente del decisorio: en primer lugar, el dictamen se expidió por la legitimación de las entidades actoras para articular la acción de amparo que motivara el proceso, entendiendo que existe un perjuicio concreto, actual e inminente por la falta de provisión de los reactivos o medicamentos y, en especial, en relación con las consecuencias por la no detección y asistencia a los portadores, infectados y enfermos o por la interrupción de su tratamiento; luego de efectuar ciertas disquisiciones jurídicas respecto del derecho a la vida, puntualizó que desde el punto de vista normativo el derecho a la salud está consagrado en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, Const. nacional), citando –de ellos– los siguientes preceptos: art. 12, c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4º, inc. 1º, y art. 5º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y art. 6º, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a continuación, puso de relieve que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que, además, tiene el deber de realizar prestaciones positivas, para que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio. En tal marco, entiende fue dictada la mencionada ley 23.798 –de lucha contra el SIDA– de cuyos principios liminares extrae que pesa sobre el Estado nacional la obligación de proporcionar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, siendo aquél el responsable de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que ante él les quepa a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas (obras sociales o sistemas de medicina prepaga).

En definitiva, se confirmó la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (a su vez, ratificatoria de la de primera instancia) que declaró procedente la acción de amparo contra las omisiones del Estado por incumplimiento de las obligaciones impuestas en la ley 23.798 y su decr. regl. 1244/91. Además, la Corte efectuó una interpretación amplia en materia de legitimación activa; evitó que fuesen preteridos los deberes estatales en tan importante materia (salud pública como inversión social prioritaria) y que ellos quedarán *licuados* en una discusión (por supuesto, secundaria) acerca de la distribución competencial entre Nación y provincias en el cumplimiento de las imposiciones del citado plexo normativo.

2) Por su parte, en “Campodónico de Beviacqua”³¹ las instancias de mérito hicieron lugar al amparo articulado por la madre del niño A. S. B. (quien nació con un grave padecimiento en su médula ósea que reducía sus defensas inmunológicas y cuyo tratamiento dependía del suministro de un fármaco especial) condenando al Ministerio de Salud y Acción Social a entregar las dosis necesarias de la mencionada medicación, ya que el 2 de diciembre de 1998 el banco de drogas antineoplásicas –dependiente de aquél– manifestó a los padres de la criatura que les entregaba la medicación “por última vez”, circunstancia que movió a éstos a articular la aludida acción.

Contra la sentencia de la alzada interpuso la vencida el recurso extraordinario, cuya denegatoria motivara su queja, sustentando su principal agravio en que el fallo resistido había trasladado indebidamente a la Nación la responsabilidad de la atención del niño, liberando a la obra social y a la autoridad provincial de las obligaciones a su cargo. Con ello, entendía que se colocaba en entredicho la actuación subsidiaria del Estado, los derechos de propiedad y defensa en juicio y las facultades reservadas de las provincias en materia de salud.

Prácticamente la Corte en pleno, y con argumentos compartidos, declaró formalmente procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada. En efecto, así votaron los doctores Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez. Por su parte, el ministro Bossert no integró el acuerdo y el doctor Belluscio votó en disidencia, mocionando la desestimación de la presentación directa por resultar inadmisibile en los términos del art. 280 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

Constreñidos por la limitación de esta apretada síntesis, sólo reseñaremos brevemente algunas de las importantes consideraciones del Tribunal. Veamos:

En primer lugar, reitera la impostergable obligación de la autoridad pública de garantizar el derecho a la preservación de la salud –el que entiende comprendido dentro del derecho a la vida– con acciones positivas, sin perjuicio de los deberes que en tal sentido deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga³².

Pasa a reseñar los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º, Const. nacional) que contienen normas específicas que protegen la vida y la salud de los niños, entre los que incluye: art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25, inc. 2º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 4º, incs. 1º y 19, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Respecto de este último instrumento internacional, evoca la existencia del derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental y el deber estatal de procurar su satisfacción, señalando entre las medidas por adoptar para garantizar aquel derecho, la de desarrollar un plan de acción para reducir la

³¹ CSJN, 24/10/00, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c/Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, LL, 2001-C-32.

³² Reenvía a *Fallos*, 321:1684 y a lo resuelto en la aludida causa “Asociación Benghalensis”.

mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12). Vincula tales afirmaciones con lo dispuesto en el art. 2º, inc. 1º, en el sentido de 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 en él reconocidos.

Luego, y para justificar la responsabilidad del Estado nacional respecto de la cuestión que se ventila, en naciones de estructura federal como la nuestra, remite a algunas observaciones del Comité, y también a la “cláusula federal” prevista por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 28, incs. 1º y 2º) lo que conecta con la obligación estatal normatizada en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 23, 24 y 26).

De tal cuadro normativo el Tribunal desprende que el Estado nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos en orden a promover y facilitar las prestaciones de salud requeridas por la minoridad, *deberes de los que no puede desligarse válidamente so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas*, sobre todo cuanto ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se encuentra en juego es el interés superior del niño³³, pauta que debe ser protegida prioritariamente por todos los departamentos gubernamentales (art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño).

En un tramo sustancial de la sentencia, la Corte enfatizó que, sin perjuicio de la existencia de normativa de derecho interno por la que se creó un sistema de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con discapacidad y se dejó a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura, el énfasis puesto por los tratados internacionales en preservar la vida de los niños hace que el Estado nacional³⁴ no pueda desentenderse “de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el *sub examine* a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación”³⁵.

Creemos que el decisorio reviste gran trascendencia, pues el máximo Tribunal argentino –en el voto mayoritario– efectuó un laudable razonamiento vinculando sustanciales cuestiones como las obligaciones asumidas internacionalmente por nuestro país, que adquieren plusvalía a partir de la jerarquización constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos; las medidas de acción positiva que debe el Estado adoptar; un concepto funcional de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y la inevitible obligación del Estado nacional de no desligarse de su deber de amparar la vida y la salud del menor, aseguran-

³³ Sobre el interés superior del menor como inevitible parámetro axiológico, ver, por ejemplo, Bazán, Víctor, *El interés superior del niño como criterio de atribución de la tenencia de los hijos*, LL, 1997-C-658, y *El interés superior del niño frente al contrapunto entre los derechos de los padres biológicos y los del matrimonio que ejerce la guarda preadoptiva del menor*, LL, 1998-F-64.

³⁴ Cabe recordar que la sentencia de alzada asignó a la demandada responsabilidad subsidiaria, sin liberar de sus respectivas obligaciones legales al gobierno provincial (de Córdoba) ni a la obra social.

³⁵ Subyace en ello una clara aplicación de la pauta contenida en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

do la continuidad del tratamiento contra la grave dolencia de éste (enfermedad de Kostman) en el marco de su responsabilidad subsidiaria y sin desembarazar al gobierno provincial de Córdoba ni a las obras sociales; todo lo que condujo a operativizar jurisdiccionalmente la relevante pauta que ordena priorizar el interés superior del niño frente al desamparo asistencial en que sumía a éste la decisión de interrumpir la provisión del fármaco, con lo que se salvó preventivamente en sede judicial una suerte de inminente omisión de la autoridad pública involucrada.

Por último, en esta reseña resulta también de interés recalcar que, para formar su razonamiento judicial, la Corte deja al descubierto su significativa tendencia a considerar la opinión de los órganos de supervisión de los derechos humanos implementados por los tratados internacionales de que se trate, aunque específicamente en el particular –como se anunciaba– debe reconocerse que el Comité fue instituido no por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sino por una resolución del ECOSOC. En la causa brevemente colacionada la Corte tomó en cuenta la labor del mencionado Comité, aun cuando –como se ha señalado³⁶– no hizo referencia a las observaciones generales n° 3 y 9 que constituían las fuentes interpretativas más autorizadas en relación con el punto que abordaba el fallo, sino que el Tribunal reenvió a la observación que el Comité formulara a un informe específico de Suiza³⁷, aunque justo es aclarar que intentaba referir analógicamente a tal país para luego extrapolar al nuestro las indicaciones del Comité, al tratarse de naciones con algún grado de proximidad en cuanto a sus respectivas estructuras estatales³⁸.

Sea como fuere, asignamos singular importancia al hecho de que el Tribunal consolide su propensión a remitir a los criterios interpretativos expuestos por los órganos que, como el Comité, receptan competencia para desarrollar la hermenéutica

³⁶ Abramovich, Víctor - Courtis, Christian, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, LL, 2001-D-33 y 34.

³⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas), observaciones finales al informe inicial de Suiza, en *Informe sobre los períodos de sesiones 18° y 19° (22/4 a 15/598 y 16/11 a 4/1298)*, Naciones Unidas, Consejo Económico Social, Ginebra, 1999, n° 2, p. 66 a 68, párrs. 342, 347 a 349, 351, y 362 y 363 (cfr. *Investigaciones*, año III, n° 1, 1999, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, p. 181).

Si bien es cierto que en el fallo señalado no existió referencia directa a la observación general n° 3, sí la hubo en forma indirecta, ya que en las observaciones finales al informe inicial de Suiza que la Corte cita, se trae a colación aquella observación general para sustentar el disenso que el Comité plantea frente a la posición de Suiza en punto a que las disposiciones del Pacto son principios y objetivos programáticos y no obligaciones jurídicas, lo que obsta a que se dé fuerza de ley a esas disposiciones (*Investigaciones*, p. 180).

³⁸ Para construir su argumentación, la Corte puso concretamente de manifiesto que si bien el Comité ha reconocido que la estructura federal exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Para comprobar que la Corte pretendía extraer de tal razonamiento ideas útiles para ser extrapoladas a nuestro país, inmediatamente a continuación de aquellas apreciaciones pasa a aludir a la “cláusula federal” prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar “de inmediato” las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (art. 28, incs. 1° y 2°).

autorizada de los instrumentos internacionales en juego, en el caso, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁹.

b) “Ramos”

Para finalizar y contrapesar los aspectos positivos que aporta el tándem de precedentes compuesto por “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua”, puede también colacionarse algún antecedente de la Corte para graficar las *sombras* que igualmente evidencia el camino jurisprudencial del Alto Tribunal en relación con los derechos económicos, sociales y culturales.

Se trata de un fallo en el que a través de una acción de amparo canalizada finalmente en jurisdicción originaria de la Corte se sometió a la decisión de ésta una serie de cuestiones muy interesantes vinculadas primordialmente con la vigencia y la operatividad de tales derechos, quedando al desnudo diferentes percepciones de los integrantes del Tribunal.

Aludimos al caso “Ramos”⁴⁰, en la que la demandante se presentó por derecho propio y en representación de sus ocho hijos menores y dedujo acción de amparo ante la justicia en lo civil y comercial federal, contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la provincia de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría Profesor Juan P. Garrahan. El juez federal se declaró incompetente y remitió los autos a la Corte Suprema, la que resolvió que la causa correspondía a su jurisdicción originaria.

Básicamente, y entre otros puntos, la acción perseguía que el Ministerio y la provincia mencionados respetaran los derechos que a la demandante y a sus hijos les asistían: a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna y que, como consecuencia de ello, le suministraran “de manera concreta, efectiva, continua y mensual, una cuota alimentaria” que les permitiera satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente; que los indicados codemandados proveyeran a sus seis hijos en edad escolar de las condiciones materiales (ropa, calzado, libros y útiles escolares y gastos de transporte) necesarias para concurrir a un establecimiento educacional; que todos los accionados otorgaran a su hija M. S. R. las prestaciones médicas necesarias de acuerdo con su estado de salud y se removieran los condicionamientos que habían impedido, hasta el momento de articular la acción, la plena y efectiva concreción de su derecho, y ya subsidiariamente, que se

³⁹ En la observación general n° 9, el Comité ha sostenido que “dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, *los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos*” (ap. 14).

En sentido afín, entendió que “generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, *cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última*” (ap. 15) (la bastardilla es nuestra).

⁴⁰ “Ramos, Marta R. y otros c/Provincia de Buenos Aires y otros s/amparo”, *Fallos*, 325:396.

declarara la invalidez constitucional de toda norma que impidiera la concreción de la medida consistente en que se proveyera a sus seis hijos en edad escolar de las condiciones materiales necesarias para concurrir a un establecimiento educacional, como así también la inconstitucionalidad del “accionar de los demandados, por omisión, por el no cumplimiento hasta el presente” de lo peticionado en la demanda; asimismo, pedían la declaración de constitucionalidad del derecho que les asistía a que se les suministrara una cuota alimentaria.

Basándose normativamente en la Constitución nacional (arts. 18, 31, 33, 43, 75 y 116), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también en diversas normas de las leyes 27, 48, 16.986 y del Código Civil, como fundamento fáctico de la promoción de la demanda, la actora sostuvo –entre otras apreciaciones–: que habitaba en una humilde vivienda –que le había sido prestada gratuitamente– junto con los niños, cuyas edades oscilaban entre nueve meses y quince años; que había presentado sendas notas a la provincia y al Ministerio demandados, indicando que se encontraba sin trabajo y con ocho hijos, de los cuales M. S. R. debía ser intervenida quirúrgicamente por padecer de una cardiopatía congénita, añadiendo en tales notas que su hija enferma había sufrido desnutrición y en el pasado no había podido ser operada ya que al momento de tener un turno en el Hospital Garrahan la solicitante no había podido trasladarla por carecer de medios económicos ni tener dónde dejar a sus otros hijos, ya que vivía sin pareja ni familiares, y que se encontraban en un grado extremo de pobreza y a tal paupérrima condición económica se le sumaban sus carencias educativas, de manera que ella y sus hijos estaban inmersos en una pobreza estructural de la que no podían salir sin ayuda estatal. Agregó que la falta de formación le impedía su inserción laboral, lo que seguramente se repetiría con sus hijos, que ni siquiera podrían completar sus estudios y que, además, sufrían desnutrición por carencia de alimentación en cantidad y calidad adecuadas.

La Corte decidió mayoritariamente rechazar sin sustanciación la acción de amparo interpuesta. La distribución de los votos del Tribunal quedó configurada de la siguiente manera: la mayoría se integró con los ministros Moliné O'Connor, Belluscio y López; concurrentemente lo hicieron los doctores Petracchi y Bossert, en voto conjunto; y el ministro Vázquez, por medio de un voto individual, y en disidencia votaron los doctores Fayt y Boggiano.

Para intentar reconstruir intelectivamente el sentido en el que se expidieron la mayoría y la minoría de la Corte, y a partir de un corte transversal del decisorio, podría decirse que: la mayoría optó por rechazar sin sustanciación la acción de amparo articulada, en tanto la pretensión no reunía los recaudos necesarios para la procedencia de dicha acción y la vía intentada resultaba “manifiestamente inadmisibles”, indicando a la actora que es en el ámbito de la administración de los planes asistenciales del Estado nacional y del provincial donde debía acudir, en subsidio, para tratar de subvenir su afligente situación, canalizando sus apremiantes reclamos por las vías del sistema de seguridad social. Por último, señaló que el desamparo que expone la actora, en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático

cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, dado que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75, incs. 18 y 32, de la Const. nacional.

Por su parte, y sin perjuicio de juzgar igualmente improcedente la vía procesal seleccionada (y mocionar el rechazo sin sustanciación de la demanda), los votos concurrentes (conjunto de los doctores Petracchi y Bossert e individual del ministro Vázquez) coincidieron en señalar a la accionante un camino alternativo, al puntualizar que la situación de ésta encuadraba *prima facie* en las previsiones de la ley 23.746, reglamentada por el decr. 2360/90, que ha instituido una pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuviesen siete o más hijos, cualquiera fuese la edad y el estado civil.

Por último, la disidencia conjunta de los doctores Fayt y Boggiano se centró —a nuestro criterio, acertadamente— en que si bien la situación de la actora encuadraba *prima facie* en las previsiones de la ley 23.746, reglamentada por el mencionado decreto, ello no era obstáculo para que se diera curso al amparo, añadiendo que la existencia de ese remedio asistencial no podía ser considerada sin más y en la etapa liminar en que el proceso se encontraba, como suficiente para dar satisfacción a los derechos constitucionales en que se fundaba el reclamo, cuestión que imponía dar curso a la demanda de amparo. Además, y coincidiendo *ab initio* con la mayoría en cuanto a que la situación de desamparo que exponía la actora revelaba un dramático cuadro social que no podía ser resuelto por la Corte, dado que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado, pasa a matizar tal coincidencia preliminar sosteniendo que una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión no podía compartirse, por cuanto en el *sub lite* no se estaban requiriendo medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que a juicio de los peticionarios darían satisfacción a sus derechos más primarios⁴¹. Por tanto, juzgó que si bien en el estado en que el proceso se encontraba no procedía que la Corte se pronunciara sobre los alcances que cabría reconocer en el caso al derecho a la vida, la salud, la educación y la vivienda digna de los solicitantes y los deberes que en su caso pesarían en ese sentido sobre los Estados nacional y provincial, tampoco podía sin más negarse su existencia u operatividad.

A modo de breve síntesis, no podemos sino disentir con la solución mayoritaria, que dispuso rechazar sin sustanciación la acción de amparo instaurada. Sin perjuicio de ello, de tal posición —a la postre triunfante— cabe al menos rescatar los votos concurrentes (conjunto de los doctores Petracchi y Bossert e individual del ministro Vázquez) que, poniendo de manifiesto una actitud judicial docente y orientadora, le señalaron a la actora una suerte de camino alternativo, al indicarle que *prima facie* su situación podría quedar encuadrada en la hipótesis que prefigura la ley 23.746, re-

⁴¹ Aquí los ministros Fayt y Boggiano intercalan una importante apreciación, al puntualizar que dar curso a la acción de amparo tendería 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 conducirían eventualmente a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado.

glamentada por el decr. 2360/90, que implementó una pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuviesen siete o más hijos, cualquiera fuese la edad y estado civil. Obviamente, no se trata de una solución de fondo para el problema, pero sí, al menos, un paliativo para la acuciante situación expuesta por la petitionerante y su familia, que aunque duela decirlo, se repite en vastos sectores de nuestro país.

Finalmente, acordamos con el criterio subyacente en la disidencia de los doctores Fayt y Boggiano, pues al tiempo de indicarle a la interesada la posibilidad de solicitar la prestación diseñada por la mencionada ley 23.746, dejó en claro que la existencia de tal remedio asistencial no podía ser considerada en la etapa liminar del proceso como suficiente para satisfacer los derechos constitucionales invocados por la impetrante, postulando la adopción de una especie de solución transaccional que ni supusiera que en dicho estado inicial del proceso la Corte se pronunciara sobre los alcances que en el caso cabría adjudicar a los derechos alegados, pero que tampoco se negara sin más a éstos su existencia u operatividad.

5. Los principios de igualdad y de debido proceso como estrategias alternativas de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

a) Breve advertencia liminar

Más allá de las posibilidades de reclamación con enfoque directo en los derechos económicos, sociales y culturales que pueden intentarse en los contextos interno e interamericano, frente a potenciales actitudes díscolas, renuentes o prejuiciosas que nieguen o desconozcan suficientes dosis de exigibilidad judicial a tales derechos, no deja de ser conveniente tener presente determinadas estrategias alternativas para articularlos procesalmente vinculándolos con los derechos civiles y políticos o para servirse de éstos en aras de lograr una cobertura tuitiva indirecta.

Sobre el punto, y sin intención alguna de taxatividad, ofrecen útil materia prima los principios de igualdad y debido proceso, por lo que a continuación ambos serán brevemente colacionados.

b) Innovaciones relativas al principio de igualdad

Como anunciábamos, uno de los avances que ha experimentado la Constitución argentina al influjo de su última reforma (al menos desde el ámbito normológico) enraíza en el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* con la *igualdad material*. En otras palabras, como *igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato*, por citar una fórmula léxica aglutinante y sintetizadora del sesgo que el constituyente reformador de 1994 inoculó al torrente constitucional.

Graham ha puntualizado que la igualdad *de iure* se define como condición o *status* jurídico de cada ser humano, es decir, como igualdad ante la ley; al tiempo

que la discriminación *de iure* es la que surge de una norma o de su aplicación⁴². De tal sustento conceptual extrae que los tratados de derechos humanos que tienen como sujetos jurídicamente protegidos a determinados sectores de la humanidad, que sufren discriminación por diversos motivos, buscan la eliminación de la discriminación *de iure* y la observancia de la igualdad *de iure* para llegar a la eliminación de la discriminación *de facto* y a la igualdad real de oportunidades y trato. Ello la lleva a resaltar la relevancia del término “real” que se incluyera en el art. 75, inc. 23, de la Const. nacional, cuyo objetivo –destaca– es lograr la igualdad real, la igualdad social, que muchas veces desborda el cambio legislativo.

La citada autora prosigue su argumentación explicando que, a partir de la constatación de la existencia de actos de discriminación, por arraigadas pautas culturales, religiosas, o bien prejuicios raciales, sexuales, o de cualquier otra naturaleza, es que surgen normas del derecho internacional que, en primer lugar, reconocen la existencia de la discriminación, y en segundo lugar obligan a los Estados signatarios a remover los obstáculos de toda índole que producen tales exclusiones tomando medidas ya no sólo legislativas, sino de todo tipo que aseguren la igualdad *de facto*, en tanto igualdad *de iure* ineficaz e ineficiente. Ellas son, a su criterio, las *medidas de acción positiva* a las que se refiere el mencionado art. 75, inc. 23⁴³.

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

Como recuerda Carbonell, desde el punto de vista jurídico la igualdad no se limita a una serie de mandatos constitucionales dirigidos al legislador, sino que también sirve para vincular la conducta de los demás poderes públicos e incluso, en ciertos aspectos y bajo algunas condiciones, de los particulares⁴⁴.

Tal como lo pusieran de manifiesto los Principios de Limburgo, todos los Estados partes tienen la obligación de comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto (párr. 16). Además, aquéllos utilizarán todos los medios apropiados en el nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus

⁴² Graham, Marisa A., en Vega, Juan C. - Graham, Marisa A. (dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Bs. As., Astrea, 1996, p. 78.

⁴³ Graham, en Vega - Graham, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, p. 78 y 79.

⁴⁴ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 128.

obligaciones bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párr. 17). Sobre el particular, advierten que si bien las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir las obligaciones del Pacto, hacen notar que conforme al art. 2.1 de éste, a menudo será necesario adoptar medidas legislativas en casos en los que la legislación existente viole las obligaciones adquiridas bajo el Pacto (párr. 18).

Va de suyo que, como con acierto destaca Travieso, *los obstáculos a la igualdad son obstáculos a la libertad*, razón por la cual la democracia además de ser jurídico-política, debe ser económica, social y cultural o no será democracia. El citado autor plantea la necesidad de construir un nuevo camino mediante la articulación económica, social y cultural, senda que consiste en la creación y el desarrollo de espacios de libertad política en conjunción con el establecimiento de derechos económicos, sociales y culturales que instituyan la equidad a través de la educación como medio de fomentar el desarrollo y el crecimiento económico. Subraya, por último, que ese es el concepto que surge de la Constitución argentina al tratar el problema del desarrollo humano, perfectamente compatible con los tratados de derechos humanos a los que se ha atribuido jerarquía constitucional⁴⁵.

Y precisamente ligado a la problemática de la igualdad, no cabe olvidar que una estrategia sustancial de exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales radica en la *prohibición de discriminación* por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Sobre el punto, y al solo efecto ejemplificativo, cabe computar en nuestro país la existencia de una normativa genérica antidiscriminatoria: la ley 23.592, que sanciona civil y penalmente los actos y omisiones de ese carácter, reputándose tales aquellos basados precisamente en los motivos citados (art. 1º, párr. 2º), aunque –creemos– esa enunciación de posibles causas discriminatorias no es taxativa⁴⁶. Como prescripción general de cobertura protectoria, el párr. 1º del art. 1º de tal normativa dispone: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”⁴⁷.

Ligado a cuanto venimos manifestando, el Comité ha destacado en su observación general n° 9 que “las garantías de igualdad y no discriminación deben inter-

⁴⁵ Travieso, Juan A., *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, Bs. As., Eudeba, 1996, p. 148.

⁴⁶ *Mutatis mutandí*, cabe recordar que los Principios de Limburgo establecen precisamente que los motivos de discriminación mencionados en el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no son exhaustivos (párr. 36). Tales motivos de discriminación son: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴⁷ Los Principios de Limburgo también aconsejan que, en la aplicación del art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se debería dar la debida consideración a todos los instrumentos internacionales relevantes, incluidas la Declaración y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y las actividades realizadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establecido conforme a dicha Convención (párr. 41).

pretarse, en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales” (ap. 15).

Por lo demás, y como se afirmara, el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos, ya que asegurar el goce de éstos sin considerar el pleno ejercicio de aquéllos “conlleva discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza, del poder y que reproducen las inequidades sociales”⁴⁸.

Queda así de manifiesto, por tanto, un reflejo más de la interdependencia activa entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales.

c) El debido proceso como medio de transporte hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Algunas pautas jurisprudenciales

Aunque la presente reseña sea sólo liminar, no cabría omitir siquiera una apreciación en cuanto a que la exigencia de respeto por el *debido proceso* es otra de las estrategias que viabiliza la protección de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁹, por ejemplo, en el supuesto de excesos rituales manifiestos; de dilaciones indebidas en la tramitación de casos⁵⁰ sobre derechos previsionales viéndose oculta la posibilidad de arribar a una sentencia útil y fundada⁵¹; de menoscabos infligidos a la garantía de defensa en juicio⁵² de los peticionarios ante la articulación excepcional que el Estado suele oponer, también en materia previsional, fundada en la “limitación de recursos en el régimen de reparto”; o, en idéntico campo jurídico, de postergaciones en la instancia judicial al influjo de la conversión de la causa previsional al nuevo proceso (art. 24, ley 24.463) lo que supone retrotraer el estado procesal de ésta a la época en que se dictó la resolución administrativa.

⁴⁸ Cfr. Uribe Muñoz, Alirio, *Los derechos económicos, sociales y culturales en un mundo globalizado*, extraído del sitio: <http://www.cajpe.org.pe/guia/mat3.HTM>, 14/12/04.

⁴⁹ La cuestión se aprecia con nitidez cuando se ventilan derechos de naturaleza alimentaria (salarios o indemnizaciones por despidos o accidentes laborales, reajustes previsionales, etc.) aunque ello en modo alguno debe llevar a suponer que quedan excluidas hipótesis en las que entran en juego otros derechos económicos, sociales y culturales fundamentales.

⁵⁰ Desde antiguo la Corte Suprema tiene decidido que “una tramitación dilatoria es lo más parecido a una denegación de justicia y no se compadece con la garantía de la defensa en juicio” (*Fallos*, 244:34; 264:87; 249:399; 250:390; 265:147).

⁵¹ Por ejemplo, pretensiones encaminadas a lograr la movilidad de los haberes jubilatorios, una simetría proporcional entre las percepciones de los trabajadores activos y los que se encuentran en pasividad, etc. (art. 14 *bis*, Const. nacional; también, vinculados genéricamente con el derecho a la seguridad social, v.gr., arts. 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y art. 9° del Protocolo de San Salvador).

⁵² No debe perderse de vista que, como sostuvo la Corte en numerosos pronunciamientos, “la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de ‘afianzar la justicia’ enunciado en el Preámbulo de la Constitución nacional” (*Fallos*, 298:312; 300:1102; 302:299; 311:1644; 315:1779, voto del doctor Fayt).

Para ilustrar brevemente la cuestión, colacionaremos dos fallos de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social: “Ciampagna”⁵³ y “Hussar”⁵⁴, focalizando respecto de este último también el criterio de la Corte Suprema que refrendó lo decidido por la Sala sentenciante.

En el primero de ellos, básicamente se analizó la validez constitucional de un tándem de normas: los arts. 16 y 17 de la citada ley 24.463, paradójicamente llamada de “solidaridad previsional”⁵⁵, al tiempo de reivindicarse el carácter alimentario que ostenta el crédito previsional.

Es del caso recordar que el art. 16 de dicho dispositivo legal determina que, al contestar demanda, la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) puede articular en su defensa “la limitación de recursos en el régimen de reparto”⁵⁶ para atender el mayor gasto que se derivaría del acogimiento de las pretensiones del actor y su eventual extensión a los casos análogos. A su tiempo, el art. 17, señala que sólo se admitirán los medios probatorios documentales, testimoniales, periciales, de informes y los que el tribunal dispusiere para mejor proveer, salvo que la Anses articulara la mencionada defensa de “limitación de recursos”, en cuyo caso se admitirá también la prueba pericial correspondiente, a ser diligenciada por integrantes del cuerpo de peritos o funcionarios de la Auditoría General de la Nación, de acuerdo con la reglamentación que expida dicho organismo.

Luego de una rica y multifacética argumentación de los integrantes de la Sala sentenciante⁵⁷, se concluyó en la sinrazón de ambas normas, al tiempo de verificar que las mismas quebrantan –*inter alia*– las garantías constitucionales de los arts. 16 y 18 de la Const. nacional⁵⁸ y por lo tanto eran inconstitucionales. Cabe recordar que, con signo correlativo, la misma Sala ya había tenido ocasión de cuestionar constitucionalmente algunos aspectos de la ley 24.463 en la causa “Hussar”, confir-

⁵³ CNFedSegSoc, Sala II, 11/4/97, “Ciampagna, Rodolfo N.”, LL, 1997-D-230.

⁵⁴ CNFedSegSoc, Sala II, 27/9/95, “Hussar, Otto c/Anses”, LL, 1996-B-83.

⁵⁵ El art. 1° del señalado cuerpo legal establece, entre otras cuestiones que: los sistemas públicos de previsión de carácter nacional son sistemas de reparto asistido, basados en el principio de *solidaridad* (inc. 1°), y que el Estado nacional garantiza el otorgamiento y el pago de las prestaciones de dichos sistemas, *hasta el monto de los créditos presupuestarios expresamente comprometidos para su financiamiento por la respectiva ley de presupuesto* (inc. 3°) (énfasis propio).

⁵⁶ Presentada la cuestión en términos más coloquiales, se “legitima” al Estado-deudor a que se defienda diciendo que no paga porque *carece de fondos* y, además, se lo habilita a que la prueba pericial que acredite la “limitación de recursos”, insoslayable en el caso, sea diligenciada por integrantes del cuerpo de peritos o funcionarios de la Auditoría General de la Nación, lo que (al decir de uno de los jueces de la Sala –el doctor Etala–) “*prima facie*, parece un privilegio exorbitante que, frente a jubilados o activos con un potencial derecho previsional, sea el propio Estado el que confiere potestad a un organismo bajo su control para emitir dictamen pericial, oponible al administrado” (LL, 1997-D-239).

⁵⁷ Uno de cuyos componentes (el doctor Fernández) afirmó que el plexo normativo cuestionado resultaba contrario al art. 75, inc. 22, infringiendo las obligaciones asumidas por el Estado argentino con relación a derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la seguridad social reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVI), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 22 y 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 9° y 11) y el art. 14 *bis* y, precisamente, el mencionado art. 75, inc. 22, de la Const. nacional (LL, 1997-D-244 y 245).

⁵⁸ Ver el voto del doctor Herrero (LL, 1997-D-238).

mada por la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 10 de octubre de 1996⁵⁹.

Precisamente en “Hussar” se declaró la inconstitucionalidad del art. 24 de la ley 24.463, respecto de la conversión del procedimiento al régimen establecido en dicha ley y dispuso proseguir el trámite regular de la causa hasta el dictado de sentencia definitiva. Ante tal pronunciamiento, la Anses y el representante del Ministerio Público competente dedujeron sendos recursos extraordinarios, que fueron concedidos.

La Corte Suprema –por mayoría⁶⁰– confirmó el decisorio resistido, manteniendo la calificación de inconstitucionalidad de la mencionada norma al entender que ésta no constituye una reglamentación razonable de las normas superiores en juego: arts. 14 bis, 18 y 28 de la Const. nacional.

Para intentar decodificar el alcance de la “conversión del procedimiento” que anunciábamos en párrafos anteriores, vale traer a colación que la Corte sostuvo que ella “conduce a negar la existencia y validez del recurso de apelación deducido con arreglo a la legislación en vigor al tiempo en que el actor cumplió con esa carga procesal y le impone la exigencia de iniciar un nuevo juicio, mediante una demanda en la primera instancia, a fin de impugnar la misma resolución que antes había apelado ante la Cámara por el trámite de la ley 23.473⁶¹, lo que equivale a decir que la aplicación de esa norma configuraría un caso claro de retrogradación del proceso”, porque al haberse interpuesto “la apelación antes de que fuera sustituido ese recurso por una demanda contenciosoadministrativa, quedó consumada la facultad prevista en el procedimiento legal para ese acto y no cabe volver, sin afectar gravemente las reglas del debido proceso, a un estadio anterior a esa presentación”.

Ello lleva a la Corte a afirmar –entre otros argumentos– que “la postergación de la instancia judicial para imponer el replanteo del reclamo ante un tribunal de grado inferior, desbarata una situación consolidada a favor del recurrente y conduce a una privación de justicia respecto de derechos de naturaleza alimentaria que gozan de protección constitucional (art. 14 bis, Const. nacional)”.

Cerramos el examen del señalado caso rescatando una significativa reflexión de la Corte, cuya magnitud axiológica excede los contornos de la causa específica en la que fue realizada. El Tribunal reitera⁶² que, “*al tratarse de créditos de naturaleza previsional, su contenido alimentario exige una consideración particularmente cuidadosa a fin de que, en los hechos, no se afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables, ya que el objetivo de aquéllos es la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, que se hacen manifiestos en los momentos de la vida en que*

⁵⁹ Fallos, 319:2215.

⁶⁰ Tal mayoría estuvo conformada por los doctores Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert. Mediante un voto concurrente conjunto se expidieron los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez.

⁶¹ Por cuyo intermedio se creaba la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social.

⁶² Reproduce la doctrina de Fallos, 293:304; 294:94; 307:135 y 311:1644. En sentido convergente se expidió, por ejemplo, en Fallos, 318:1695 (reiterando la doctrina de Fallos, 290:288; 292:367; 303:857; 306:1312) puntualizando que “los jueces deben actuar con extrema cautela cuando deciden cuestiones que conducen a la denegación de prestaciones de carácter alimentario, habida cuenta de que en la interpretación de leyes previsionales el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de no desnaturalizar los fines que las inspiran”.

la ayuda es más necesaria, lo que no se compeadece con la posibilidad de que las sentencias dilaten sin término la decisión de las cuestiones sometidas a los jueces”.

6. Posibilidades reclamatorias ante los órganos del sistema interamericano por violación a los derechos económicos, sociales y culturales

Naturalmente que, para el supuesto de no encontrar respuesta a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito interno, y luego de cumplidos los requisitos estipulados normativamente para ello, podría acudir a la instancia transnacional, como dijimos, complementaria o coadyuvante de la local.

Si bien la posibilidad de articular denuncias individuales ante la Comisión Interamericana por conducto del Protocolo de San Salvador se encuentra temáticamente ceñida a los supuestos descritos en los arts. 8.1., a, y 13 de dicho instrumento (ver art. 19.6) tal como sostuviera García Ramírez cabe reflexionar sobre algunas hipótesis en las que pudiera plantearse un pronunciamiento sobre temas recogidos en otros preceptos, exclusivamente cuando lo haga ineludible o indispensable la conexión lógica entre aquéllos y éstos⁶³.

Desde tal perspectiva, y luego de expresar que el Protocolo contiene obligaciones generales para la adopción de medidas (arts. 1° y 2°) asimilables a los deberes del mismo signo que instaura la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que tales obligaciones pueden ser proyectadas hacia o contempladas desde los diversos derechos consagrados en el Protocolo, exactamente como sucede en la operación de la Convención y, así, bajo la lente que suministran los arts. 8° y 13, entiende que difícilmente la Corte podría ignorar aquellas obligaciones generales. Finalmente, precisa que el Tribunal podría entrar al conocimiento de casos de discriminación –prohibida por el art. 3°–, si ella se aplicara en puntos concernientes a la libertad sindical o a los derechos vinculados con la educación; lo que también ocurriría con la regla de interpretación que rechaza las restricciones de derechos reconocidos en la legislación interna o en convenciones internacionales bajo el pretexto de que el Protocolo no los reconoce o lo hace en menor grado (art. 4°); por último, acota que la Corte podría pronunciarse sobre restricciones o limitaciones indebidas adoptadas por medio de actos calificados como leyes, tema que aborda el art. 5° del Protocolo⁶⁴.

Pero además, y ya fuera de las posibilidades reclamatorias específicas que ofrece el Protocolo, se ha sostenido que el derecho a la protección judicial previsto en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que comprende el acceso a un recurso sencillo y rápido o a 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 mencionada Convención) concreta –además de la mentada remisión al derecho interno estatal– un reenvío a los instrumentos internacionales que consagran derechos económicos,

⁶³ García Ramírez, Sergio, *Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, “Cuestiones constitucionales”, n° 9, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 143.

⁶⁴ García Ramírez, *Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, p. 143 y 144.

sociales y culturales (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de tal modo que dicho art. 25 de la Convención establece un mecanismo de tutela de los precitados derechos⁶⁵.

Por su parte, la visualización de la labor de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos exhibe de qué manera va abriéndose paso una práctica que, de consolidarse, permitirá ensanchar las probabilidades de alegabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto interamericano, ya que se vislumbran ciertos signos que denotan –*inter alia*– la interpretación de los derechos civiles y políticos en “clave social”; el empleo de derechos “puente” o “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; el descubrimiento de ciertas facetas “sociales” de algunos derechos civiles y políticos, y la “reconducción social” del derecho individual a obtener ciertas reparaciones de índole patrimonial.

En resumen, para afianzar y acrecentar una incipiente tendencia aperturista que se visualiza en los órganos de supervisión del modelo interamericano, los peticionarios deberán formular planteos creativos y animarse a explorar nuevos caminos argumentales ante la Comisión, como vía de acceso al sistema. Así, y en tren de compendiar algunas de las posibles estrategias de exigibilidad ante ella, pueden ubicarse ejemplificativamente las siguientes⁶⁶: enfocar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en función de la protección de los civiles y políticos, por ejemplo, planteando el derecho a no ser discriminado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales; focalizar la consagración de éstos como límite al ejercicio de los derechos civiles y políticos; invocar el derecho a la protección judicial y la cláusula del debido proceso como medio alternativo de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, y alegar la obligación de no regresividad de los Estados en la materia.

7. Observaciones finales

a) Como acertadamente afirma Bidart Campos, desde el derecho internacional de los derechos humanos se *coadyuva* a tonificar la fuerza normativa de la Constitución con y por obra de una fuente heterónoma que auspicia, con carácter mínimo y subsidiario, conferir *completitud* al sistema interno de derechos y poner en movimiento una *retroalimentación* constante entre él y el derecho internacional; añadiendo que un derecho internacional imbuido de *personalismo humanista* ostenta finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo atinente al sistema de derechos cuanto en lo vinculado a la organización del poder estatal⁶⁷.

⁶⁵ Abramovich, Víctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en “Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez”, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 167.

⁶⁶ Contarini - Fairstein - Kweitel - Morales - Rossi, *Argentina*, en “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable”, p. 135.

⁶⁷ Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995, p. 468 y 469.

Desde tal perspectiva, resulta inocultable el gravitante impacto de la reforma constitucional de 1994 en el campo de los derechos humanos en general, y, ya en particular, en el de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es que la dotación de jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos; la instauración del principio *pro homine* o *favor libertatis*; el añadido de una dimensión material, complementaria de la formal, al principio de igualdad, que viene a intensificar el ingrediente de constitucionalismo social que compone la variada contextura ideológica de nuestra norma básica; la necesidad de su aseguramiento a través de acciones positivas, y la inexcusable implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, incluidos obviamente los magistrados judiciales, forman un compacto de factores envueltos y recorridos por el caudal axiológico que les suministra el imperativo preambular de “afianzar la justicia”, todo lo que fortalece la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, compromete al Estado argentino y lo impele a volcar todos los esfuerzos y recursos posibles en el cabal cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas en tal materia, compromiso que ha quedado incuestionablemente reforzado con la ratificación del Protocolo de San Salvador.

b) Entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación, de ninguna manera media separación antinómica.

Al ser unitaria la dignidad humana, la bifurcación de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas (para cuya configuración la tesis de las generaciones de derechos ha sido un pilar importante) sólo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

c) Los derechos económicos, sociales y culturales *no son menos derechos* que los civiles y políticos. Tampoco, meras declamaciones líricas, vacuas aspiraciones o simples expresiones de deseo. Sortear cualquier pretendida imputación de *imperfección* de aquéllos constituye un desafío para la imaginación y la creatividad de los operadores jurídicos, tanto al formular los planteos ante las autoridades competentes cuanto al ser ellos resueltos por éstas.

Agudamente, se ha precisado que las posiciones que niegan carácter operativo a los derechos sociales incorporados a la Constitución, pueden verse como técnicas o estrategias distractivas, funcionales a determinadas políticas del Estado, añadiéndose que “resulta claro que la positivación de los derechos humanos fundamentales, entendidos como necesidades básicas o radicales de carácter social, mediante su incorporación constitucional, los erige en títulos de exigibilidad jurídica en tanto dispositivos equivalentes al derecho subjetivo en el ámbito privado, en los casos concretos sometidos a la decisión judicial excepto situaciones excepcionales, y sin que sea precisa su explicitación legislativa”⁶⁸.

Endógenamente, adquiere singular importancia la intervención del Poder Judicial, cuya actuación –al fallar en hipótesis de incumplimiento o transgresión de los

⁶⁸ Christe, Graciela E., *Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, LL, 2004-A-633.

derechos económicos, sociales y culturales— produce un doble efecto: *directo*, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos, e *indirecto*, pues como *mutatis mutandi* se ha acotado, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encaramarse como importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente por medio de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria⁶⁹.

d) La compulsión de la praxis judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación indica que sería conveniente la profundización del criterio jurisdiccional de fondo evidenciado en “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua” (no así el de “Ramos”) dando apertura procesal a la discusión y al análisis de las pretensiones que persigan la viabilización de los derechos económicos, sociales y culturales en un marco sustentable de *progresividad efectiva* y que generen soluciones judiciales razonables, que logren compatibilizar armónica y equilibradamente las posibilidades económicas del Estado, el radio de acción de la magistratura y la existencia de legítimos derechos que reclaman operativización jurídica.

e) La obligación de progresividad en materia de derechos humanos, de la que no escapan los derechos económicos, sociales y culturales, interactúa y se complementa con la de prohibición de regresividad. Es que *los derechos humanos figuran en un catálogo siempre inconcluso, pero también irreductible*⁷⁰.

f) Como se precisara⁷¹, la interdicción de regresividad deriva del principio de no discriminación y del contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales asegurados constitucionalmente, lo que implica un núcleo mínimo e indisponible de los derechos tanto individuales como económicos, sociales y culturales, cuya preservación debe ser sometida a un escrutinio estricto⁷² de razonabilidad por parte de los operadores jurídicos.

Por su parte, la universalidad de los derechos humanos conduce a la igualdad, cuyo corolario es la no discriminación⁷³. Y, precisamente, una importante estrategia de exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales radica en la prohibición de discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos; enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

⁶⁹ Abramovich, Víctor - Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles. Hechos y derechos*, “Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos”, vol. 7, Bs. As., Ministerio del Interior, 2000, p. 26.

⁷⁰ García Ramírez, *Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, p. 128.

⁷¹ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, *El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales*, “Revista Foro Constitucional Iberoamericano”, n° 2, extraído del sitio: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-hna1.htm#top>, 14/12/04.

⁷² *Mutatis mutandi*, cabe recordar que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América el *test* del “escrutinio riguroso” o prueba de las “libertades preferidas” constituye una suerte de evaluación estricta que deben superar las leyes que discriminan en perjuicio de las “clases sospechosas” o invaden un derecho fundamental, en orden a determinar si las diferenciaciones que plasman son constitucionales o inconstitucionales. Una aproximación a tal problemática puede verse, por ejemplo, en Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Bs. As., La Ley, 2003, p. 137 a 139.

⁷³ Pinto, *Temas de derechos humanos*, p. 13.

Adicionalmente, otra de las alternativas dirigidas a operativizar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales radica en la exigencia del respeto por el debido proceso (algunas de cuyas irradiaciones están ordenadas a evitar demoras irrazonables en los litigios, cercenamientos de la defensa en juicio, etc.) para cuyo abastecimiento es dable exigir complementariamente una actitud no reduccionista en materia de legitimación, entendida ésta como llave de acceso a la jurisdicción, desechando posiciones excesivamente formalistas que impongan arbitrarias cortapisas a la apertura procesal.

g) Se impone la necesidad de fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, como paso previo a la articulación de los resortes transnacionales, dado que la jurisdicción internacional es complementaria o coadyuvante de la nacional.

En otras palabras, y al son de lo dicho, lo ideal sería que el Estado *previera y evitara* posibles incumplimientos, pero si igualmente éstos ocurrieran, los remedios nacionales le dan ocasión a repararlos localmente antes de que se activen en su contra las instancias transnacionales que pueden conducir a la determinación de su responsabilidad internacional, v.gr., ante la articulación de denuncias individuales presentadas en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que pueden luego trasladarse a la Corte Interamericana, órgano éste que exhibe una dosis de permeabilidad para analizar algunos derechos que operan como “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; examinar situaciones en las que entran en acción derechos de contenido económico, social o cultural o bien proyecciones de este carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos, lo que denota puntos de convergencia entre ambas “categorías”; y, por fin, abordar ciertos derechos civiles y políticos en “clave social”.

h) Para concluir, y a modo de mensaje envolvente de las diversas cuestiones tratadas en este trabajo, creemos que es imposible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en cuenta tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en el plano transnacional: *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*⁷⁴, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

© Editorial Astrea, 2005. Todos los derechos reservados.

⁷⁴ Instituto de Derecho Internacional, resolución sobre “La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”, adoptada en la sesión de Santiago de Compostela, el 13/9/89, aludida por Carrillo Salcedo, Juan A., en *Prólogo a Cançado Trindade, Antônio A., El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 11 y 12.