

**DERECHOS FUNDAMENTALES: CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS DENOMINADOS
“DERECHOS SOCIALES”**

Dra. Miriam Mabel Ivanega

I. De los derechos

a. Derechos humanos y fundamentales

La cultura de los derechos humanos y el lenguaje que la significa, no permite encontrar una definición unívoca. Derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos fundamentales son algunas de las nociones que parecen aproximarse a una idea común. Desde un principio, el término “derecho humano” expresa por lo menos dos cosas diferentes: una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna y un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica¹.

Estos derechos son consecuencia -y por ende protegen- de la dignidad y existencia del ser humano.

Constituyen una referencia ineludible de la modernidad, que muestra la evolución del género humano hacia un estado de mayor desarrollo y bienestar. De ahí que en los Estados democráticos los derechos se convirtieran “en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos”².

La universalidad que presuponen – y que encontró su punto de partida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948³- implica que corresponden a todos los seres humanos, sin perjuicio de que los destinatarios de los derechos no sean solo ellos individualmente sino también los grupos y el Estado, por ello dejan de ser un tema interno de los países para ocupar un terreno internacional que trasciende las

¹ Peces-Barba Martínez Gregorio, Curso de derechos fundamentales, Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid...p. 21 y ss. y Mugerza Javier y otros, El Fundamento de los derechos humanos, Edit. Debate, Madrid, 1989.

² Carbonell Miguel, Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México, UEC – Temas de Derecho Público, N° 65, Bogotá, 2001

³ Señala Pérez Luño que la Declaración sigue siendo “una bella promesa incumplida para importantes sectores de la humanidad todavía no emancipados de la dominación, el temor, el hambre o la ignorancia” Pérez Luño Antonio E., La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional, p.21

fronteras⁴.

Con esa dimensión, la protección de los derechos humanos y en consecuencia su violación no son ámbitos reservados de los Estados pues afectan a toda la humanidad. La universalidad es un rasgo decisivo para definirlos⁵

La Declaración y el Programa de Acción de Viena⁶ señala que *todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

Se entiende que una teoría de los derechos fundamentales que aspire a la generalidad no puede soslayar el tratamiento de las cuestiones de validez y de fundamentos⁷.

La estructura de la noción es triple: un sujeto, un objeto y su fundamento. Es así como en primer lugar existe un titular y por lo menos un obligado y que éste puede ser un particular (persona individual o colectiva) o el Estado.

A su vez se presenta un objeto de los derechos, es decir “aquello sobre lo que el derecho recae” distinguiéndose: derechos a algo; libertades; competencias. El objeto es

⁴ En esa línea se ubica la llamada *internacionalización* del derecho, que en la doctrina argentina ha tenido como máximo representante al profesor Agustín Gordillo, quien a través de sus obras desarrollo la supremacía del derecho supranacional sobre el derecho constitucional interno. Entre otros, ver su obra *Derechos Humanos*, FDA, Buenos Aires, 1999

⁵ Perez Luño Antonio E., op.cit. El autor señala que son una categoría histórica, con inspiración de las revoluciones liberales del siglo XVIII; por ello son una de los más decisivos aportes de la Ilustración en el terreno jurídico y político. indica que en esa formación histórica la idea de los derechos humanos reconoce dos direcciones doctrinales: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo. El primero postula que todos los seres humanos desde su propia naturaleza posee derechos naturales derivados de su racionalidad, rasgo común de todos los hombres y que por ende deben ser reconocidos por el poder político mediante el derecho positivo. Por su parte el contractualismo, considera que las normas jurídicas y las instituciones políticas son el resultado del consenso o voluntad popular y no del arbitrio del gobernante. Ambas concepciones reconocen facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres, por lo que el rasgo que marca el origen de estos derechos en la modernidad es la universalidad.

⁶ Aprobados el 25/06/93 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos

⁷ Cianciardo Juan, *El ejercicio regular de los derechos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007

siempre una acción del destinatario⁸

Por último, el fundamento; en relación al cual admitimos que por estar en presencia de derechos humanos existe un bien humano básico cuyo respeto se exige con sustento en la dignidad humana.

De esos elementos, desde el punto de vista jurídico el decisivo es el objeto, es decir el bien jurídico fundamental. Esa particularidad viene dada por su condición de exigencia básica de la naturaleza humana⁹

La extensión de los derechos involucra a todos aquellos inherentes a la personalidad humana, es decir a la vida, el honor, la libertad, la seguridad, el trabajo, la propiedad y los derechos cívicos, económicos y sociales¹⁰

Es evidente que no existe uniformidad doctrinaria en cuanto a la distinción entre las categorías de derechos humanos y derechos fundamentales, incluso se las suelen utilizar como sinónimos.

Pérez Luño señala que no significan lo mismo, sin perjuicio de la profunda interrelación entre ellas. Los derechos humanos tienen una insoslayable dimensión deontológica, son facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidos por el derecho positivo. Una vez producido el reconocimiento aparecen los derechos fundamentales “cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho¹¹.”

De esa distinción surge que no todos los derechos humanos son recepcionados en los ordenamientos jurídicos estatales; incluso los reconocidos como derechos fundamentales pueden gozar de diversos mecanismos de garantías. De ahí que “el

⁸ Cianciardo indica que la acción del destinatario puede ser negativa dando lugar a los derechos de defensa, o positiva, que da lugar a derechos a acciones positivas. Frente al Estado los derechos pueden ser de ambos tipos. Los derechos de defensa se dividen a su vez en derechos a que el Estado no impida, obstaculice acciones del titular del derecho (libertad de movimiento); derechos que el Estado no afecte propiedades o situaciones del titular (inviolabilidad del domicilio) y derechos a que el Estado no elimine posiciones jurídicas del titular del derecho. A su vez los derechos a acciones positivas se dividen en derechos cuyo objeto es una acción fáctica (derecho a una subvención) y derechos cuyo objeto es una acción normativa (protección de la vida mediante el dictado de leyes penales) p. 220

⁹ Cianciardo Juan...op.cit., Cap. 3. Como indica el autor, los criterios positivistas fundan los derechos humanos exclusivamente en las normas de derecho positivo, es decir que dependen de la voluntad del legislador, lo que apareja como consecuencia el conflictivismo jurídico.

¹⁰ Brito Mariano R... op.cit

¹¹ Pérez Luño Antonio E., op.cit.

carácter de la universalidad se postula como condición deontológica de los derechos humanos, pero no de los derechos fundamentales”¹²

Por su parte, Peces Barba indica que la preferencia por el término “derechos fundamentales” se funda en que es más precisa que la expresión derechos humanos y es menos ambigua y puede abarcar las dos dimensiones en las que parecen los derechos humanos, sin necesidad de “incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista”. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica¹³

En ese sentido, y no obstante estar constituidos por una pluralidad de derechos específicos y autónomos, son considerados en toda su unidad, como un elemento que caracteriza la forma de Estado, desde el momento en que pertenecen a los valores superiores que fundan la Constitución de un determinado país¹⁴.

Así, los derechos fundamentales son derechos constitucionales, es decir tienen una fuente jurídica común: la Constitución¹⁵. Producto del cambio permanente que presentan los intereses de la sociedad, las normas constitucionales receptoras de esa modificación se van adaptando incorporando derechos que reciben la connotación de derechos fundamentales¹⁶

Sin embargo no significa que sólo sean fundamentales los derechos incluidos en la Constitución como tales, ni que todos los derechos que se incluyan sean fundamentales, ni que todos los derechos denominados de otra forma, dejen de ser fundamentales. La condición de “fundamental” que atribuye la Constitución, implica prevalencia sobre toda norma precedente o sobrevenida, que obligan a todos los poderes estatales, que en ausencia de desarrollo legal puedan ser impuestos o aplicados directamente y que deben considerarse criterios hermenéuticos preferentes en la

¹² Perez Luño Antonio E., op.cit.

¹³ Peces-Barba Martínez Gregorio, Curso de derechos fundamentales, Teoría General, UCarlos III, Boletín Oficial del estado, Madrid, 1995

¹⁴ Rolla Giancarlo, La Administración en el Estado democrático de Derecho, en Cuadernos de Derecho Público, Septiembre-Diciembre 2002

¹⁵ Correa Henao Magdalena, Limitación de los derechos fundamentales, UEC, Bogotá 2003, p. 19

¹⁶ En ese sentido ver Rincón Córdoba Jorge Iván, Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública, UEC, Bogotá, 2004

creación o aplicación del Derecho¹⁷

Por su posición en el sistema del derecho como normas jurídicas supremas, son presupuestos de validez material para la creación, interpretación y aplicación de otras normas infraconstitucionales¹⁸

En esa línea argumental, los derechos humanos involucran la dimensión moral y los derechos fundamentales, la juridicidad, es decir se vinculan con su reconocimiento den la Constitución¹⁹.

El profesor Mariano Brito al reflexionar acerca de la dimensión constitutiva de estos derechos, afirma que ellos hacen a la perfección del hombre “Son debidos a todos los hombres y a cada hombre por razón de perfección”²⁰

Lo relevante es que el ser humano se convierte en el centro de razonamiento del derecho y a sus derechos fundamentales en la razón último de lo político y lo jurídico. El principio democrático está presente en su reconocimiento y en las normas que dicta el legislador en consecuencia, en la medida que lo limitan y que las leyes encuentran legitimidad en aquellos²¹.

b. De las generaciones de los derechos

La historicidad de los derechos -en el sentido que éstos tienen una edad, por así permitirlo las condiciones sociales e ideológicas, originan una “especificación” de los derechos²².

Tradicionalmente, la evolución del Estado de Derecho ha permitido identificar tres épocas vinculadas al reconocimiento de los derechos del hombre: la primera etapa fortaleció los derechos civiles y políticos (o individuales); luego devienen los denominados sociales, y por el último el grupo de los más nuevos, como al ambiente sano, de usuarios y consumidores, a la paz, a la comunicación²³.

¹⁷ Correa Henao Magdalena, op.cit.

¹⁸ Correa Henao Magdalena, op.cit.

¹⁹ Perez Luño Antonio E., Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 1995

²⁰ Brito Mariano R., Derecho Administrativo su permanencia, contemporaneidad, prospectiva, UM, Montevideo, Uruguay, 2004, p.54

²¹ Correa Henao Magdalena, op.cti

²² Carbonell Miguel...op.cit.

²³ Bidart Campos Germán, Las tres generaciones de derechos, LL 2003-F-1485

Sin embargo, advertimos que los derechos categorizados como de primera, segunda y tercera generación están comprendidos en el concepto de “derechos humanos”

Son derechos del hombre que se diferencian por sus orígenes históricos y la forma en que se incorporaron a las Constituciones. Y a nuestro entender, como tales, son el fundamento de la limitación del poder público.

El constitucionalismo clásico afianzado en las Revoluciones francesa y norteamericana, reconoció y tuteló los derechos relacionados con la libertad y la igualdad, contenidos en la Constitución de Filadelfia de 1787 y la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 se desarrolló un movimiento que plasmó la reacción contra el poder absoluto de la monarquía, dando lugar a la división de los poderes y que consecuentemente reconoció al hombre como un ser independiente con goce de su libre albedrío y de derechos que no podían ser alterados por el Estado que bajo un régimen abstencionista a quien no le estaba permitido intervenir en la esfera de los ciudadanos.

Los derechos tutelados durante esta época se denominaron de primera generación, propios de la etapa del liberalismo²⁴.

La revolución industrial y los cambios generados por la primera guerra mundial produjeron un cambio en la concepción de la relación entre el hombre y el Estado. No alcanzó con los derechos a la vida o a la propiedad, resultaba necesario contrarrestar los efectos de la pobreza, la explotación del hombre y la falta de atenciones básicas como la salud²⁵

El movimiento liberal que caracterizó a la etapa anterior debía ceder y dar lugar a una mayor intervención estatal para subsanar las desigualdades sociales.

Por ello, fue necesario el reconocimiento de derechos que, complementando a los ya recogidos por las Constituciones, brindaran protección al hombre en otros órdenes de la vida. Surgen paulatinamente los derechos sociales.

La prioridad en esta etapa fue la justicia social y la igualdad real no solo formal.

²⁴ Frias Pedro, Las promesas del constitucionalismo actual en RAP 302, p. 311

²⁵ Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T-I; III-22 yss, FDA, Buenos Aires, 2003, 8va. Edición.

Es paradójico pero los gobiernos que con mayor fuerza impulsaron el reconocimiento de estos derechos fueron bastante diferentes desde el punto de vista ideológico: Alemania, Italia, Inglaterra y Francia, desde finales del 1800 comenzaron a dirigirse hacia el reconocimiento de tales derechos. Paralelamente las fuerzas sociales que impulsaron el llamado Estado Social tuvieron diversas motivaciones y respondieron a diferentes intereses, incluso opuestos²⁶.

Si bien muchos derechos sociales fueron reconocidos y garantizados por leyes ordinarias desde finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, su constitucionalización generalizada se produce sólo con las cartas constitucionales europeas después de la Segunda Guerra Mundial, incluso su racionalización jurídica se produce en la década de los años 60²⁷.

Por eso podemos comprobar que luego de una larga evolución en el reconocimiento de los derechos sociales y mientras se consolidaban y definía su contenido, comenzaba a diseñarse una nueva categoría de derechos, principalmente, producto de la violación de los derechos del hombre durante aquella Gran Guerra. Debía entonces constituirse un sistema jurídico supranacional que impidiera la reiteración de hechos aberrantes: es así como la Organización de las Naciones Unidas dio impulso a la celebración de tratados de derechos humanos.

El nacimiento de un modelo social caracterizado como post-industrial, de la mano de un fuerte desarrollo tecnológico que incidieron en la vida del hombre, permitió valorizar otros derechos: los vinculados a la protección de los usuarios y consumidores, al medio ambiente, la paz, el desarrollo, etc. El Estado asumió un rol activo pues debió crear un conjunto de condiciones que favorecieran la realización de esos derechos. Por ello a contrario de los denominados de primera y segunda generación que, en primer lugar, fueron objeto de reconocimiento normativo; en esta última etapa los derechos se

²⁶ Baldasarre Antonio, op.cit. , quien expresa claramente los diferentes actores de esta evolución: empresarios y empleadores propensos a descargar en las instituciones públicas la carga de las prestaciones sociales ignorando que ello hubiese reducido los costos del trabajo, prevenir la conflictividad social y regular el acceso y salida del mercado laboral; los sindicatos del sector industrial que requerían respuestas inmediatas sobre los servicios y derechos de los trabajadores; los directivos de las administraciones públicas cada vez más potentes y eficientes., etc.; p. 24/25

²⁷ Baldasarre Antonio, op.cit

reconocen, primero, a nivel internacional para luego incorporarse al derecho interno²⁸

Estamos frente al Estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, es indudable que esta división temporal e histórica no se produjo en forma automática sino que tuvo una evolución que impide definir con certeza los contornos de cada etapa.

De ahí que resulte equívoco identificar la época actual exclusivamente con el respeto de determinados derechos, por ejemplo los del usuario y del consumidor. La circunstancia de que se hayan incorporado en las últimas décadas a las normas constitucionales y legales, no implica el desplazamiento de los otros derechos, cuya violación o falta de tutela obliga a la permanente interpretación de sus límites y contenidos. Además es indudable que no ha sido uniforme la evolución producida en cada país, cuyas realidades, políticas, sociales y económicas influyen directamente en el reconocimiento y respeto de los derechos.

En los términos de Bidart Campos las tres generaciones de derechos se complementan y acumulan: unos se suman a los otros hasta “componer la tríada indivisible y subsistente”. Hay ampliación no disminución de derechos “En el plexo global de derechos nacidos y subsistentes de y en las tres generaciones, el ingreso y la adición de un derecho o de varios es irreversible”²⁹.

En cada momento histórico, las sociedades necesitaron superar lo que de su pasado valoraron como escaso, negativo o como pernicioso, por eso se produjo una evolución que tradujo el dinamismo propio de la percepción de nuevas necesidades y valoraciones sociales³⁰.

Los derechos muestran una matriz expansiva, pues el desarrollo histórico se realizó de manera acumulativa³¹

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales -Protocolo de San Salvador,

²⁸ Raggio Martín Heriberto Protección jurisdiccional de los derechos sociales. Aspectos procesales (1era.Parte) en eIDial - DC6DE. En tres entregas el autor realiza un profundo análisis acerca de la evolución, contenido y tutela judicial de estos derechos

²⁹ Bidart Campos Germán, ...op.cit.

³⁰ Bidart Campos Germán, ...op.cit

³¹ Carbonell Miguel...op.cit.

suscripto el 17 de noviembre de 1988, enfatiza “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

II. De los derechos sociales

Como ya señalamos, los derechos sociales son también derechos humanos, al igual que los individuales, civiles o políticos; por lo tanto su significado y contenido se vincula a la relación del hombre con el Estado en diferentes épocas³²

La primera definición jurídica que encontramos de estos derechos está presente en la Constitución de Weimar de 1919, aún cuando la yuxtaposición entre éstos y los clásicos derechos fundamentales originó dos concepciones doctrinarias, que en la práctica no diferían pues no se reconocía que estos derechos pudieran tener una tutela inmediata y ser accionables directamente; además de depender de la intervención legislador.

Una de las concepciones, identificaba a los derechos sociales como premisas o directivas sin un significado constitucional propio. El legislador discrecionalmente podía dictar normas que los reconociera como derechos legales (no constitucionales y fundamentales como el de libertad). El otro criterio entendía que los derechos sociales eran normas de principios que vinculaban al legislador y que por lo tanto estaba obligado a desarrollarlas. Por ser tales eran jurídicamente relevantes en la interpretación de valores constitucionales traducidos en leyes ordinarias³³.

En definitiva, los derechos sociales no podían estar en el mismo plano que los derechos de libertad clásicos, aquellos estaban en un nivel inferior desde el punto de vista de la tutela como de su rango (legislativo y no constitucional)

³² Ugolini Daniela Los derechos sociales y la emergencia, en LL 2004-C-1519

³³ Baldassarre Antonio, Los derechos sociales, publicado por la Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho N° 20, Bogotá, 2004

En la década del 20 la relación entre los derechos clásicos y los sociales traducía un “mal compromiso”: que entre el liberalismo y el socialismo se presentaba una contradicción insoluble que obligaba a reconocer a los primeros como fundamentales y a los segundos como programáticos. Las constituciones democráticas partieron de estándares de juicio prevalecientes en Weimar aunque la oposición entre los dos géneros de estos derechos se sustentaba en el Estado liberal de derecho y en Estado social de derecho, como forma histórica de los sistemas democráticos-pluralistas. Era una tensión entre libertad e igualdad social, entre derechos liberales y sociales. La necesidad de encontrar una justificación de que los derechos sociales sólo podían ser principios programáticos se difundió en Alemania Occidental, Francia e Italia en los orígenes de la experiencia constitucional democrática³⁴

Esta concepción llevó a que la posibilidad de exigirlos se redujera a que el legislador desarrollara las normas constitucionales para fijar las prestaciones sociales y reconocer los derechos subjetivos de ellas³⁵.

Por eso, fue necesaria la superación de la contradicción entre Estado Liberal y derechos sociales como consecuencia de la transición del Estado de Derecho formal al Estado de Derecho material o constitucional. En realidad, la justificación de estos derechos se encuentra en la síntesis entre libertad e igualdad, es decir libertad igual³⁶

La disputa entre ambas garantías es ideológica y no puede constituir un argumento válido para desestimar el valor e importancia de los derechos sociales. Es imposible como señala Rincón Córdoba referirse a la libertad aislada del carácter social interno de cada país; de ahí que coincidimos con el criterio de que los derechos sociales “hacen parte de una ampliación de los principios de libertad”.³⁷ Lo relevante es que los textos constitucionales preserven el equilibrio de forma tal, de evitar las desigualdades

³⁴ Baldassarre Antonio, op.cit.. El autor señala la incapacidad de esta época de superar los límites tradicionales del Estado de derecho (liberal) y de reinterpretar esta fórmula a la luz de las transformaciones objetivas que implica la aparición de los sistemas de democracia pluralista. En definitiva, critica la percepción de que una democracia de cuño liberal no puede estar en condiciones de desarrollar constitucionalmente un principio de justicia social.

³⁵ Rincón Córdoba Jorge Iván...op.cit.

³⁶ Baldassarre Antonio, op.cit.

³⁷ Rincón Córdoba Jorge Iván...op.cit.

sociales, sin desmedro de la libertad³⁸.

Los derechos sociales son derechos fundamentales, por eso su carácter objetivo y subjetivo surge del texto constitucional en el que están incorporados: por un lado, constituyen un conjunto de valores positivos útiles como criterios de interpretación, de aplicación del derecho y límite a la actividad de los poderes públicos. A su vez tienen el calificativo de derechos subjetivos, pues el solo hecho de su reconocimiento constitucional implica un deber de las autoridades públicas; tienen la fuerza vinculante que surge de las propias Constituciones³⁹.

Al ser fundamentales comparten con éstos determinadas características: son irrenunciables, inalienables, indisponibles, intransmisibles y tienen un rango que los hace inviolables⁴⁰.

Según se sostuvo anteriormente, bajo el concepto "derechos sociales" se engloban categorías muy heterogéneas cuyo único punto de encuentro es la finalidad de dotar a aquellos sectores desfavorecidos de la sociedad de ciertas condiciones materiales mínimas que se traducen en la búsqueda de la igualdad real⁴¹

³⁸ Vale recordar el Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, oportunidad en la que sostuvo: *...se ha ido reconociendo la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. Teniendo en cuenta esa indivisibilidad de los derechos humanos (...) la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos. En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión. Una persona con escaso o deficiente acceso al sistema de salud verá disminuido en diferentes niveles, o violado de un todo, su derecho a la vida. Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos. En este contexto, una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará una máxima violación de los derechos civiles y políticos. Ello es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema*³⁸

³⁹ Rincón Córdoba Jorge Iván...op.cit..

⁴⁰ Baldassarre Antonio, op.cit

⁴¹ Rincón Córdoba Jorge Iván, op.cit. p. 117. Ver también Christie, Graciela E., Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LL 2004-A, 626La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Capítulo III (derechos económicos, sociales y culturales), instrumento incorporado al plexo constitucional en el Art. 75 inc. 22 del texto reformado, establece en el Art. 26 el compromiso de los Estados a adoptar providencias, en el orden interno como mediante la cooperación internacional en especial económica y técnica, para lograr en forma progresiva la plena actividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos

Lo cierto es que, en general, se identifican con el trabajo, la salud, la vivienda digna, la alimentación, cultura, educación, seguridad. Como puede comprobarse a la variedad de derechos, se suma que el reconocimiento y la evolución de cada uno de ellos se suele operar en épocas diferentes.

Ahora bien, su titularidad no es privativa de los grupos sociales, es decir no constituyen solamente derechos de incidencia colectiva, pues corresponde también a cada ser humano, para que no se vean marginados del bien colectivo⁴².

En cuanto a los sujetos obligados es importante señalar que estos derechos son exigibles frente al Estado y a los particulares, según el caso. Prueba de ello es el derecho a la salud, cuando el prestador es una empresa privada y así lo interpretó, en varias oportunidades, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al considerar que la operatividad de ese derecho se puede hacer valer frente al Estado, a las obras sociales y a las entidades de medicina prepaga⁴³

En ese sentido, el Alto Tribunal sostuvo que la legislación nacional estipula que corresponde a las empresas prepagas asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legales, máxime que no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles "en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (artículos 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios", que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677)"⁴⁴

Aires, ello "en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Entre ellos menciona los derechos a la seguridad social, a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, a los beneficios de la cultura, a la constitución y protección de la familia, de la Niñez, a la protección de los minusválidos, entre otros.

⁴² Christie, Graciela E.. op.cit.

⁴³ Fallos: 324:3569

⁴⁴ CSJN, causa Cambiaso Péres de N., Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas del 28/08/2007. En la resolución del caso, tres miembros del Tribunal votaron en disidencia con sendos argumentos vinculados a que, cabía interpretar que el texto de la Ley N° 24.901 (que instituye un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de las personas discapacitadas, disponiendo que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter

Estos derechos son operativos, aun cuando pueda argüirse que su concreción depende de los recursos públicos⁴⁵. Sobre ello volveremos más adelante

III. El reconocimiento constitucional y la interpretación judicial en la República Argentina de los derechos sociales. Algunos casos emblemáticos

a. En la República Argentina la reforma constitucional de 1994 provocó un notable giro en la prelación de las fuentes del derecho interno, el cual se vio impactado no sólo por la vigencia directa y de rango constitucional de diversos cuerpos normativos, sino también por la interpretación y aplicación que de los mismos realizan los diversos órganos supranacionales instituidos para garantizar su respeto⁴⁶.

El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional expresa: *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

obligatorio la cobertura total de las prestaciones enunciadas en la ley) no se refería a los contratos de medicina privada.

⁴⁵El derecho es operativo cuando no requiere para su aplicación de disposición que lo reglamente. Cuando es programáticos requiere de la sanción de normas para que puedan ser efectivamente gozados por los individuos

⁴⁶ Gutiérrez Colantuono Pablo, Derechos económicos, sociales y culturales, omisiones estatales y nuevos contornos del federalismo en Revista La Ley, Suplemento derechos sociales, agosto 2007

El nuevo bloque de constitucionalidad ha provocado un trastrocamiento del sistema de las fuentes del derecho⁴⁷, convirtiéndose éste en un tema de principalísimo orden en el sistema jurídico argentino⁴⁸.

Como primer punto de partida de corte histórico, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional incorporó –luego de la reforma de 1957- tres tipos de derechos de la índole de los analizados: a) los personales del trabajador en relación de dependencia; b) los colectivos del trabajo, propios de las asociaciones gremiales y c) los de seguridad social atribuidos a la persona humana y a la familia, entidad social a proteger⁴⁹.

El avance en la interpretación de los derechos a la luz de los tratados y convenciones internacionales, ha producido la denominada “*internalización*” de los mínimos estándares incluidos en aquellas normas, a nuestro sistema jurídico-político, en diversas materias (asistencia social, protección alimentaria, régimen carcelario, garantía de la imparcialidad, entre otros). Ello provoca la revisión de las categorías del derecho, en particular las del derecho público, las que deben amoldarse a los nuevos esquemas de protección que surgen de la interconexión normativa de los derechos humanos. Todo ello, como consecuencia del fenómeno de la internacionalización⁵⁰ del derecho que ha sido plasmado en la Constitución de 1994.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde los casos Ekmekdjian⁵¹ y Cafés La Virginia S.A⁵² en adelante, trazó una línea de interpretación que con la reforma constitucional de 1994 se reafirmó, dando muestra de ello precedentes, tales como Verbitsky⁵³, Astorga⁵⁴, Simon⁵⁵, Galli⁵⁶, Sánchez⁵⁷, Llerena⁵⁸, Casal⁵⁹, Rodríguez Karina⁶⁰, Lavado⁶¹, Madorrán⁶²

⁴⁷ Ver especialmente Gordillo, Agustín, Tratado..., T.I, op.cit., capítulos VI y VII. Del mismo autor, Derechos humanos, 4º edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.

⁴⁸ Ver Lorenzetti, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2006.

⁴⁹ Gelli, María A. Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, La Ley, Buenos Aires 2003, p.116 y ss.

⁵⁰ Ver Salomoni Jorge, Acerca del fallo Simón de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rev.Jur. La Ley, Buenos Aires, 04/08/2005.

⁵¹ Fallos 311:2497

⁵² Fallos 317:1282

⁵³ Fallos 328:1146

⁵⁴ Fallos 327:4185

⁵⁵ Fallos 328:2056

⁵⁶ Fallos 328:690

⁵⁷ Fallos 328:1602

Es que en ese sentido, que los principios derivados del régimen jurídico de los derechos humanos se insertan en los campos interpretativos internos, obligando a los jueces a su aplicación⁶³

Reconocidos los derechos sociales; su tutela y protección recaen principalmente en el Poder Judicial, guardián de los procesos democráticos y de la vigencia de la Constitución, aún cuando que no pueda concebirse en el actual Estado de Derecho que sólo este Poder se instituya como el responsable de garantizar la efectividad de aquellos. Los tres poderes del Estado, en el marco de sus competencias, tienen la obligación de propender al desarrollo de estos derechos y es por ello que es importante apuntar a la faz dinámica que el proceso de tutela efectiva de los derechos sociales produce en el plano de la división de poderes⁶⁴.

En el marco de reparto federal de competencias, la consagración de la exigibilidad directa de dichas prestaciones por parte del ciudadano frente a los tres niveles de gestión estatal (Nación, Provincias y Municipios) ha llevado a los tribunales judiciales a considerar la *inoponibilidad* de la distribución de facultades estatales frente a la invocación de derechos protegidos.

Por eso, la Corte Federal enfatizó que el ordenamiento internacional no permite que el Estado Nacional pueda relevarse de asegurar las prestaciones asistenciales invocando que delegó dicha materia a las Provincias⁶⁵.

En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que *“Ante la orden de esta Corte de adopción de medidas provisionales, cuyo objeto es la protección de la vida e integridad de las personas detenidas en aquellos centros penitenciarios y de quienes se encuentren al interior de los mismos, el Estado no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y*

⁵⁸ Fallos 328:1491.

⁵⁹ Fallos 328:3399.

⁶⁰ Fallos 329:553

⁶¹ Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza del 06/09/2006

⁶² Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación, del 03/05/07

⁶³ Gutierrez Colantuono Pablo, op. Cit.

⁶⁴ Gutiérrez Colantuono Pablo, op.cit.

⁶⁵ Ver CSJN Fallos 323:3229, 324:3569, 327:2127; Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo del 11/07/2006.

efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas, de modo que no se produzca ninguna muerte más. Tampoco puede el Estado alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales para evitar las muertes y actos de violencia que han continuado ocurriendo durante la vigencia de éstas. Más allá de la estructura unitaria o federal del Estado Parte en la Convención, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas provisionales compromete la responsabilidad internacional del mismo”⁶⁶.

b. Hemos de considerar en esta oportunidad algunas de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de salud pública como derecho fundamental⁶⁷.

Ese enfoque encuentra respaldo en la interpretación de los organismos supranacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁸, que delineó una serie de pautas centrales en la aplicación del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que asegura el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁶⁹.

Respecto a las omisiones estatales dicho órgano declaró que la norma referida contiene las siguientes *obligaciones básicas*⁷⁰:

⁶⁶ CIDH, Resolución del 30/03/2006. Medidas Provisionales. “Caso de las Penitenciarías de Mendoza”. Ese criterio fue seguido por la Corte Federal en la causa Lavado. Ver el comentario de Gutiérrez Colantuono Pablo, op.cit.

⁶⁷ En ese sentido ver: Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, 01/06/2000, Fallos 323:1339; Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24/10/2000, Fallos 323:3229; Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), 13/03/2001, Fallos 324:754; Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, 16/10/2001, Fallos 324:3569; Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar, 18/12/2003, Fallos 326:4931.

⁶⁸ Ivanega Miriam Mabel y Gutierrez Colantuono Pablo, El reconocimiento y la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales frente a las omisiones estatales. Los límites presupuestarios.

⁶⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 14 (2000). 22º período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

⁷⁰ Desde el plano jurídico, el valor de dichas directivas reside en que “*Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de*

a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;

b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;

c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;

d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud;

e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

En los términos del citado Comité le está impedido al Estado Parte justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas pues son inderogables.

Es por esta razón que esos deberes constituyen un piso mínimo de protección frente al cual el Estado no puede oponer cuestiones presupuestarias, criterios de discrecionalidad en la asignación de recursos o esquemas de distribución interna de

*recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas".*Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 14

competencias, para con ello pretender desinteresarse del aseguramiento real y concreto de esas prestaciones⁷¹.

El beneficio de gozar de determinados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales del ser humano sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica. Es un valor que se conecta pero no subordina a intereses internos. La jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 1994 brinda pautas importantes para ubicar la relevancia y alcance del derecho a la salud y el rol del Estado en su concreción. Es así como se configura como un derecho de protección y un derecho de prestación⁷².

La provisión fragmentada de los servicios de salud, con los subsistemas de hospital público, obras sociales, medicina privada, demostró impotencia frente a determinadas situaciones⁷³

Por ello, es una obligación estatal impostergable que implica la adopción de medidas adecuadas para su protección, dado que impacta directamente en la calidad de vida. Es como tal, "autónomo y su protección no se reduce a la abstención de daño sino a la exigencia de prestaciones de dar y hacer" No alcanza con el estado no interfiera, pues debe realizar prestaciones positivas de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio⁷⁴.

De los fallos dictados en esta materia, dos son paradigmáticos Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/amparo ley 16.986⁷⁵ y Campodónico de Beviacqua⁷⁶. En el primero, entidades no gubernamentales que desarrollan actividades contra la epidemia del S.I.D.A. presentaron acción de amparo (con sustento en fundado en los arts. 14, 20, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución

⁷¹ Gutiérrez Colantuono Pablo, op.cit.. La Observación General N° 14 indica también que *Los Estados también pueden conculcar el derecho a la salud al no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales. Entre las violaciones por actos de omisión figuran el no adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes.*

⁷² Cayuso Susana, op.cit.

⁷³ Ver en ese sentido Hockl María Cecilia, Las asimetrías sociales y la mediación del derecho; LL 2006-C, 1381

⁷⁴ Cayuso Susana, op.cit.

⁷⁵ Fallos: 323:1339

⁷⁶ Fallos: 323:3229

Nacional, la ley 23.798 (de lucha contra el S.I.D.A.) y su decreto reglamentario 1244/91) solicitando que en forma urgente se obligue al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por esa enfermedad y con el suministro de medicamentos. La Corte Federal ratificó la obligación estatal de realizar prestaciones positivas y reconoció que la responsabilidad estatal, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la ley 23.798 –norma que diseña el plan de distribución de los medicamentos- *no se agota con las entregas, sino que debe velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento médico*⁷⁷.

Reconoció que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está contenido en los tratados internacionales con rango constitucional - art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- y que extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva

En la causa Campodónico de Beviacqua vinculada con un menor residente en la Provincia de Córdoba que padecía una grave enfermedad cuyo tratamiento requería de una medicación específica que le proveía el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas -y en el cual ese organismo había manifestado a los padres del niño la suspensión de la provisión- el Máximo Tribunal de Justicia reiteró los fundamentos del fallo Asociación Benghalensis y señaló que constituía una obligación de la autoridad pública garantizar el derecho a la preservación de la salud con acciones positivas, *sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga...* La existencia de una obra social que deba cumplir el Programa Médico Obligatorio *no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, ya que si se aceptara la interrupción de su asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, amén de no*

⁷⁷ El fallo tiene trascendencia, también, en cuanto al reconocimiento de legitimación procesal a asociaciones y organizaciones no gubernamentales. Reconoce que en el caso la actora tienen por objeto la lucha contra el SIDA, *se encuentran legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la ley 23.798 y de su decreto reglamentario, fundando su derecho no sólo en el interés difuso en que se cumpla la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos de SIDA y sus patologías derivadas, además del derecho que les asiste para accionar en el cumplimiento de una de las finalidades de su creación.*

contar con prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, carecería absolutamente del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud.

Estos criterios se proyectan involucrando a todos los actores del servicio de salud: públicos y privados, nacionales, provinciales y municipales⁷⁸

Otro caso que merece mención, es el suscitado entorno a la constitucionalidad de la ley 24.754 que obligaba a las empresas de medicina prepaga a cubrir riesgos de compleja cobertura institucional, por ejemplo los derivados de la drogadicción y del contagio del virus H.I.V. El Hospital Británico de Buenos Aires⁷⁹, planteó una acción de amparo al entender que dicha norma era contraria a la Constitución Nacional pues implicaba un incremento en el costo de la contratación de los servicios de medicina, que colocaba a las prestatarias en una situación desfavorable para competir con las obras sociales que recibían de fondos estatales y una clientela virtualmente cautiva. Nuestro Máximo Tribunal insistió en que si bien la actividad que asumían las entidades de medicina prepaga presentaban características rasgos mercantiles, ello no podía obviar que tienden a proteger las garantías a la vida, la salud, seguridad e integridad de las personas, adquiriendo *un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocia*” Con fundamento en el poder de policía estatal, interpretó que “cuando se trata de sujetos obligados del derecho a la salud, incumbe a los mismos someterse a las regulaciones razonables que dicten los órganos del Estado”, criterio subyacente en el caso Cambiaso Pérez⁸⁰.

⁷⁸ Causas: Tartaroglu de Neto-Fallos 324:3074; Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina - Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo-Fallos 327:2127; Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo-Fallos 327:5210; F., S. C. c. Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, CAPIT. Ahorro s/inc. de apelación"-Fallos 328:4493; Ramos-Fallos 325:396; Echavarría-Fallos: 325:3380; Poggi, Santiago Omar-Fallos 327:5556; Albarracín, Esther-Fallos 327:5590; López, Miguel Enrique-Fallos 328:429; E., R. E. c/ Omint- Fallos 324:677; V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio-Fallos 327:5373; Peña de Marques de Iraola- Fallos: 326:2503; Neira, Luis Manuel y otra c/ Swiss Medical Group S.A-Fallos: 326:2906; Díaz, Brígida c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/ amparo-Fallos 326:970; Benítez, Victoria Lidia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo.-Fallos 326:1400; Sánchez, Enzo Gabriel c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo-Fallos 326:4981; Orlando-Fallos 328:1708

⁷⁹ Fallos 324:754

⁸⁰ Ver nota 42.

c. En materia de derechos sociales se impone la mención de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

A partir del artículo 10 que reconoce el principio general de protección, se suceden varias cláusulas que consagran que todas las personas son iguales ante la ley (artículo 11); que la Ciudad desarrolla políticas sociales para superar las condiciones de pobreza mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos, que asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menos posibilidades (artículo 17). Prevé los derechos a la salud integral, alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente; el reconocimiento del derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado; la protección al trabajo hasta la promoción y la protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral; la seguridad pública como deber propio e irrenunciable del Estado; entre otros. Se asume expresamente la responsabilidad de remover los obstáculos de cualquier orden que limiten la igualdad y la libertad, garantiza el derecho a la identidad, o sea, se regula constitucionalmente la asunción de acciones concretas. En particular, el artículo 56 fija la responsabilidad de los funcionarios de la administración pública de la Ciudad y sus entes por los daños que ocasionen por actos u omisiones cometidos excediéndose en sus facultades legales⁸¹.

Volviendo al artículo 10, es de destacar que introduce una fórmula destinada a asegurar los derechos sociales⁸², pues expresa que *los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos*.

De esta cláusula puede inferirse la operatividad de los derechos y las garantías, que se separan, se escinden de la reglamentación construyéndose una barrera pues “se está ante una cláusula limitativa de la reglamentación o cláusula de no-cercenamiento”⁸³.

⁸¹ Ver también Petrella Alejandra, Responsabilidad por omisión y derechos sociales en la Ciudad de Buenos Aires en JA-2005-II Supl.Derecho Administrativo, Lexis Nexis, junio 2005, p. 9 y ss

⁸² Sacristán Estela, Los derechos y garantías y la reglamentación ¿Significa el artículo 10 de la CCBA vencer la desconfianza hacia los poderes constituidos? En LL 2006-F, p.1047

⁸³ Sacristán Estela...op.cit.. Sacristán desarrolla con claridad el alcance del no-cercenamiento y los efectos de la limitación

La jurisprudencia del fuero contencioso administrativo a Ciudad y de su Tribunal Superior ha sido contundente en admitir la operatividad y establecer una doctrina que enfatiza el deber de los poderes públicos de cumplir con la manda constitucional.

Hemos de mencionar los criterios aplicados por la justicia local para interpretar el alcance del derecho a una vivienda digna. Este es, quizás, uno de los derechos que mayor incidencia tiene sobre las arcas estatales y que implica el diseño de políticas no siempre de corto plazo⁸⁴.

Las primeras sentencias en ese sentido, interpretaron este derecho en el marco de los programas sociales y frente al cuestionamiento de las condiciones de habitabilidad, la justicia ordenó una cobertura adecuada para superar la crisis en materia de vivienda⁸⁵.

Entendieron los tribunales de la Ciudad, con fundamento en los pronunciamientos del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las normas constitucionales de la Ciudad que *cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el Estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad. Este deber tiene vigencia aún en períodos de crisis, en especial cuando se trata de grupos en situación de extrema precariedad.* Ahora bien, considera que el deber constitucional de dar satisfacción del derecho a la vivienda, supone una cierta progresividad, pues su plena realización requiere un cierto lapso temporal. Ello implica progreso y mejoramiento de las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales, *en el marco de las posibilidades técnicas y presupuestarias del Estado. En consecuencia, es obvio que el Estado puede optar entre diversas alternativas para ejecutar la política habitacional, sin embargo, no*

⁸⁴ Rincón Córdoba señala respecto a la Constitución y legislación colombiana, que la vivienda digna es un derecho social frente al cual no se dispuso la estructura necesaria para lograr su cumplimiento; lo cual ha llevado a sostener –equivocadamente– que las normas constitucionales son programáticas olvidando que ese derecho goza del carácter de fundamental, independientemente de que falte definir el cómo y el cuando se va a garantizar en forma directa. Rincón Córdoba Jorge Iván, op.cit., p.118

⁸⁵ CACAYT-CABA, Sala I: SMG y otros c/GCBA s/amparo y de la Sala II: FSG y otros c/GCBA s/amparo, del 28 de diciembre de 2001 y de la Sala II: GRG c/GCBA s/amparo del 10/10/2003

*puede prescindir de planificar y poner en práctica una política de desarrollo habitacional en los términos que prevé la Constitución local*⁸⁶.

Se ha extendido al núcleo familiar del peticionante, el alcance de la sentencia que lo favoreció condenando al Gobierno de la Ciudad a garantizar en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada por entender que ello es la única manera de cumplir acabadamente la sentencia firme con relación a él. Lo contrario podría conducir finalmente a separar a la hija de su padre, *toda vez que éste vive en un hotel al amparo de la decisión firme recaída en autos, pero ha manifestado su imposibilidad de seguir haciéndose cargo del alojamiento de su familia. Esa consecuencia vulneraría la protección específica prevista a favor de los menores por el artículo 39 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y se apartaría ostensiblemente del interés superior del niño (arts. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y 2 de la ley 114), el cual constituye la consideración primordial que debe atender este Tribunal al resolver la cuestión*⁸⁷.

En la causa Asociación Civil por la Igualdad y la justicia c/GCBA s/amparo (ART. 14 CCABA)⁸⁸ se analizó el suministro de agua potable y su relación con el derecho a la vida, a la dignidad humana.

La actora dedujo acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se la condenara a adoptar con carácter urgente las medidas necesarias para cesar en su omisión de proveer del servicio de agua potable a los habitantes de las manzanas 11, 12, 13 y 14 de la Villa 31 bis. Existía en el barrio un precario sistema troncal de provisión de agua; que no llegaba a las citadas manzanas por lo que no contaban con ningún tipo de acceso a la red de agua potable. Las medidas provisionales adoptadas –a través del Instituto de Vivienda de la Ciudad (en adelante IVC)- habían sido suspendidas, agravándose notoriamente la situación de los vecinos.

La Cámara de Apelaciones consideró que en el caso se configuraba una situación de daño “inminente”, como consecuencia de las conductas estatales que ponían en riesgo derechos fundamentales. Los derechos en conflicto, en el marco del proceso, eran

⁸⁶ CACAYT-CABA, Sala I- Tarantino, Héctor Osvaldo y otros c/G.C.B.A. s/Amparo (artículo 14 CCABA)- Del voto de los Dres. Inés M. Weinberg de Roca y Carlos F. Balbín, 28/12/2001

⁸⁷ CACAYT-CABA, Sala I- Silva, Mora Griselda c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA. Del voto de los Dres. Carlos F. Balbín y Horacio G. A. Corti; 24/02/2003

⁸⁸ CACAYT-CABA, Sala I, sentencia del 18/06/2007

básicos en un Estado Social de Derecho, ya fuesen derechos individuales (derecho a la vida, a la dignidad, a la autonomía) o derechos sociales (derecho a la salud, a la mejor calidad de vida, al acceso y provisión de agua).

En esa línea argumental, sostuvo que la interdependencia de los derechos hacía que resultara difícil suponer la forma en que podía estar protegido el derecho a la salud si no se tenía acceso a un suministro mínimo de agua potable o si el agua se encontraba contaminada. Por ello, *todos los derechos vinculados a la protección de la vida, la dignidad, la salud se encuentran automáticamente vulnerados por el hecho de no encontrarse respetado el derecho al agua.*

Sustentado en la Declaración del Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 2002 al adoptar la “Observación General N° 15” sobre el acceso al agua como derecho humano recordó que el agua...*es fundamental para la vida y la salud. La realización del derecho humano a disponer de agua es imprescindible para llevar una vida saludable, que respete la dignidad humana. Es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos.* Y es obligación de los Estados respetar, proteger y atender el derecho de las personas a disponer de agua potable y saneamiento.

Con profusas citas doctrinarias, jurisprudenciales y documentos técnicos, el Tribunal reforzó su conclusión de que el derecho al agua es un derecho humano fundamental cuyo respeto por el Estado no puede ser obviado, pues constituye parte esencial de los derechos más elementales de las personas como el derecho a la vida, a la autonomía y a la dignidad humana; derechos que irradian sus efectos sobre otros de suma trascendencia para el hombre: el derecho a la salud, al bienestar, al trabajo.

IV. Gastos y recursos públicos. Límite de los derechos sociales

El artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica, establece que *Los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena actividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la*

Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2do. indica que *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

Veamos algunos conceptos básicos en la materia.

El presupuesto público despliega toda su eficacia jurídica respecto de los gastos públicos, cuya naturaleza implica al mismo tiempo una autorización y un límite al Poder Ejecutivo.

Tradicionalmente gasto público es toda erogación efectuada por el Estado para adquirir bienes intermedios y factores de producción, con el objeto de combinarlos adecuadamente para la producción de bienes y servicios públicos o para adquirir directamente bienes en el mercado con destino a asumir la función de bienes públicos, sin necesidad de transferencia para el Estado.

Este enfoque que aplica un criterio cuantitativo fue considerado incompleto y sufrió una adaptación cualitativa, priorizándose su carácter de instrumento de gobierno con un efecto directo o indirecto sobre la actividad económica-social de la colectividad⁸⁹.

Los límites y la aplicación del gasto público son cuestiones que involucran a técnicos, políticos y gestores.

Es referencia directa de la actividad interventora del Estado en la economía, de las políticas monetarias y reflejo de la expansión de la estructura de la Administración.

Constituye un factor relevante de redistribución del ingreso y del patrimonio nacional, de estabilización económica, de incrementos decisivos sobre aspectos tales como la plena ocupación, el consumo, el ahorro y la inversión. Por eso su noción y alcance está ligada con la nueva concepción sobre la misión del Estado.

⁸⁹ Giuliani Fonrouge Carlos, Derecho ...op.cit., p.185

Al igual que los impuestos, produce la afectación de: la distribución global del producto nacional entre consumo e inversión privados y públicos, la producción y el precio de sectores que producen bienes y las actividades macroeconómicas de la economía (las fluctuaciones de la producción agregada, los precios y el desempleo)⁹⁰

Es innegable que entre tantos fines, la meta social marca la importancia que un gobierno determinado le asigna a la satisfacción de este tipo de derechos.

El gasto estatal es atendido con recursos de índole patrimonial o de derecho privado y de derecho público -sin perjuicio de que algunos resultan difíciles de ubicar en una u otra categoría-

Recursos son “los ingresos que obtiene el estado preferentemente en dinero, para la atención de las erogaciones determinadas por exigencias administrativas o de índole económico-social⁹¹

Sin embargo, es una noción que también evolucionó de la mano de las nuevas concepciones del Estado y por eso ya no se lo limita a la función de asegurar la cobertura de los gastos indispensables de administración, sino que se lo considera como uno de los medios de que se valen las autoridades estatales para intervenir en la vida general de la nación. Si bien sigue siendo su finalidad principal cubrir los gastos públicos, se advierte que, además los recursos por sí mismos pueden ser instrumentos para que el Estado extienda su influencia sobre la economía general⁹²

Gastos y recursos públicos son determinados en la primera etapa del proceso presupuestario: la preparación o anteproyecto. En esta oportunidad se fijan las prioridades sociales para ser satisfechas en el ejercicio siguiente.

La preparación del presupuesto no es un fin en sí mismo, sino una de las formas de cumplir con los objetivos económicos y sociales de un país, una provincia, un municipio en un período determinado. Con esa etapa se abre el camino para alcanzar metas prefijadas y asignar los recursos en la forma más conveniente⁹³

⁹⁰ Samuelson Paul, Economía, 15º edición, McGraw-Hill, Madrid, 1996

⁹¹ Giuliani Fonrouge Carlos, Derecho...o.cit., p. 194

⁹² Villegas Hector, Manual de Finanzas Públicas, desalma, Buenos Aires, 2002., p. 156

⁹³ Kreis Eliahu S. El presupuesto en condiciones de inflación en aspectos presupuestarios (A. Premchand –ALAntonaya) FMI; Washington, 1998)

En las finanzas modernas la estimación de recursos y gastos sólo puede basarse en la prioridad de los objetivos, fines económicos, sociales y políticos que persigue el Estado⁹⁴.

Esta etapa es fundamental a la hora del reconocimiento de los derechos sociales; pues en ella se puede verificar los derechos que serán financiados durante el período presupuestario y qué recursos se destinarán a su concreción. Aquí se ven reflejadas las metas, las políticas que se pretenden alcanzar o cumplir.

Sancionado el presupuesto, durante su ejecución se pondrán en marcha el conjunto de operaciones o actos reglamentarios, tendientes a recaudar los recursos públicos y realizar las operaciones, acciones e inversiones previstas en el presupuesto⁹⁵

V. Reflexiones

En definitiva, entendemos que la operatividad de los derechos sociales no queda desplazada por la limitación de los recursos; pues ellos tienen vigencia, se ejercen y están tutelados con prescindencia de los presupuestos públicos.

No obstante, esta afirmación debe ser considerada en el contexto de las economías y las finanzas de los países y a partir del principio de que los recursos son limitados.

Se ha señalado que siempre que se hable de un derecho de segunda generación se estará en presencia de una actividad de carácter económico, pues las acciones desplegadas por el Estado para asegurarlos generan costos que condicionan de alguna manera las finanzas públicas⁹⁶.

Por lo tanto el conflicto entre reconocimiento y efectividad u operatividad de los derechos no se basa necesariamente en la escasez de recursos, sino en la forma en que éstos se distribuyen y en las medidas que los Estados adoptan para paliar las deficiencias.

⁹⁴ Giuliani Fonrouge Carlos, Derecho...op.cit., p. 211 con cita de Duverger.

⁹⁵ Giuliani Fonrouge Carlos M. Derecho...,op.cit., p.272. Villegas Héctor B., Manual...,op.cit., p. 425.

⁹⁶ Rincón Córdoba Jorge Iván..op.cit., p114

El tema que sin duda abre a un rico debate, hace pensar en que el Poder Judicial tiene el rol principal. Sin embargo no es posible hacer caer toda la responsabilidad en dicho poder: los poderes legislativo y ejecutivo tienen mandatos constitucionales vinculados en forma directa con la satisfacción de esos derechos. Uno de ellos es en la planificación y fijación del presupuesto público; otro es la organización y estructura de la Administración Pública que debe ser eficiente y eficaz.

La operatividad surge de la propia naturaleza de los derechos sociales, a más de su reconocimiento en los tratados y convenciones antes señalados. Por ello, a esta altura, es importante recordar las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo punto 9º se expresa que *Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina "una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]". Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza.* Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

En ese contexto, los procesos de formulación y ejecución presupuestaria resultan esenciales en términos del gasto público, por ser un claro indicador de la actividad desplegada por el Estado para cumplir con sus fines y satisfacer los imperativos constitucionales.

La atención por parte del Estado de las necesidades públicas mediante el gasto, presupone dos valoraciones previas: a) la selección de esas necesidades, aspecto variable y ligado a la concepción sobre el rol del Estado, b) la comparación entre la intensidad y urgencia de esas necesidades y la posibilidad material de satisfacerlas.

El gasto público, al poseer carácter económico y carácter jurídico debe ajustarse –en cuanto a su determinación– no sólo a las normas de procedimiento presupuestarias sino también a las disposiciones constitucionales.

A partir de la Convención Interamericana contra la Corrupción, no existe discrecionalidad en el manejo de los fondos públicos, pues el gasto innecesario o superfluo, el descuido en la administración de bienes públicos, la realización de proyectos inútiles, encuadran en las prohibiciones de dicha Convención⁹⁷

El cuadro es complejo y si bien excede el ámbito del presupuesto, es indudable que éste constituye un instrumento ordenador que permite limitar el actuar del gobierno y conocer la magnitud y el destino de los fondos.

El aumento del gasto público es una preocupación constante de los gobernantes con los efectos negativos que ello produce en la economía del país.

Por eso, reiteramos que en materia de derechos sociales el problema no reside exclusivamente en el monto de la erogación que involucran; son también de suma relevancia las *prioridades* que se fijaron en la preparación del presupuesto.

El razonable equilibrio entre el deber de garantizar los derechos constitucionalmente consagrados y la posibilidad de que sean satisfechos con los recursos públicos, implica siempre una elección, una opción, en el que se evalúan restricciones presupuestarias y necesidades a cubrir. A pesar de cierta apariencia utópica, la *distribución equitativa de los recursos* sigue siendo la vía aplicable.

Ni la falta de previsión presupuestaria original ni la insuficiencia sobreviniente de recursos durante la ejecución, pueden constituir un obstáculo para efectivizar los derechos humanos y la necesidad de superar el *Estado de derecho presupuestario*, en el cual los derechos se supeditan a que: “el gasto que demandan se encuentren presupuestado”; o: “si estaba incluido en el presupuesto, si los recursos resultan suficientes para afrontar la erogación”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reparó en lo aquí planteado y valoró los derechos por encima de las limitaciones presupuestarias⁹⁸.

⁹⁷ Gordillo Agustin, Tratado de Derecho Administrativo, 5ta. Edición FDA, Buenos Aires, 2009, T.I Parte general, P XVI-18

⁹⁸ “Rodríguez Karina” del 7 de marzo 2006; “Olmedo, Dominga Nieves c/ Provincia de Santa Fe” del 30 de mayo de 2006; “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo” y “Quiñone, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo” del 11 de julio de 2006; “Durante de Mondot, María Luján c/ ANSeS s/ reajustes varios” de fecha 15 de agosto de 2006, caso Badaro del 8 de agosto del 2006

En definitiva, cuando nos referimos a los derechos sociales en el actual Estado de Derecho no podemos soslayar que su concreción exige eficiencia en la gestión, racionalidad en la toma de decisiones y responsabilidad de los funcionarios públicos.