

2

SLADI.LASIL

SOCIEDAD LATINOAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL
SOCIEDADE LATINO AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL
SOCIÉTÉ LATINO-AMÉRICAINNE DE DROIT INTERNACIONAL
LATIN-AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW



SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
SOCIEDAD LATINOAMERICANA DE DERECHO
INTERNACIONAL

La influencia recíproca del derecho nacional y el derecho internacional. El caso de los derechos económicos sociales y culturales en el contexto argentino y latinoamericano

Liliana Ronconi

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. La Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional es una asociación académica creada para la articulación de la academia internacionalista, para la promoción y la producción del debate académico del derecho internacional.

Los Documentos de Trabajo SLADI/Externado de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación de la SLADI, así como las ideas de sus miembros y de los profesores y estudiantes invitados.

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento, la Universidad o la SLADI.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n°2
***La influencia recíproca del derecho nacional y el derecho
internacional. El caso de los derechos económicos sociales y
culturales en el contexto argentino y latinoamericano***
Liliana Ronconi

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del Autor y la Editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del Autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la Editora y la editorial.

© 2016, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 No. 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá Colombia
<http://www.icrp.uexternado.edu.co/>

Presentación

Los *Documentos de Trabajo de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional* (DT-SLADI) son un espacio para la reflexión y el debate. Esta colección servirá especialmente para circular los trabajos en progreso de los grupos de interés de la SLADI y las reflexiones de cualquier de sus miembros.

A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

Aquellos que estén interesados en publicar sus textos en esta colección pueden enviarlos a Paola Andrea Acosta al correo paola.acosta@uexternado.edu.co

Pese a que se trata de documentos inacabados, el texto debe contar con un mínimo de desarrollo, debe ser un escrito con una estructura coherente que cumpla con las reglas mínimas de argumentación, redacción y ortografía. En todo caso, cuestiones tales como las notas a pie de página, las referencias externas, las tablas, diagramas o cuadros pueden estar en construcción.

Cada documento debe contar con un resumen en español e inglés de no más de 200 palabras y un sumario. Así mismo, se debe indicar el correo electrónico de contacto del autor o autores y el título en inglés del documento. Una vez remitido el texto, el grupo editorial, previa evaluación, decidirá si lo somete al proceso de publicación.

JORGE VINUALES

Director General

PAOLA ANDREA ACOSTA A

Coordinadora General GI-SLADI.

Editora

La influencia recíproca del derecho nacional y el derecho internacional. El caso de los derechos económicos sociales y culturales en el contexto argentino y latinoamericano.

Este documento fue uno de los seleccionados tras el desarrollo de la convocatoria pública y el proceso de evaluación adelantado por el Grupo de Interés sobre *las nuevas relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno* de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (SLADI-GIReDIN). Esta iniciativa se desarrolló bajo la dirección de Juana Acosta de la Universidad de la Sabana y Paola Andrea Acosta de la Universidad Externado de Colombia.

SUMARIO

Introducción. Jerarquía constitucional del derecho internacional en el derecho interno argentino. Influencia del derecho internacional en lo que respecta a la exigibilidad de los DESC en el ámbito nacional. La exigibilidad de los DESC en el ámbito internacional, con especial referencia a la Corte IDH. Conclusiones. Bibliografía

RESUMEN

En este trabajo, me interesa demostrar cual ha sido la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en lo que respecta a la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) en el ámbito nacional. Asimismo, pretendo cuestionar como esa influencia fuerte del derecho internacional en el ámbito nacional no ha corrido la misma suerte en los tribunales internacionales, en especial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Así, pretendo demostrar que

*Profesora Adjunta Regular de Derechos Humanos, Universidad Nacional de JCPaz, auxiliar docente Universidad de Buenos Aires. Becada de doctorado CONICET. Correo de contacto: ironconi@derecho.uba.ar

La autora agradece a HORACIO ETCHICHIRY Y LAURA CLÉRICO los valiosos comentarios a este trabajo.

la utilización de la jurisprudencia local puede ser una herramienta potente que permita avanzar en el reconocimiento de los DESC en el ámbito internacional.

PALABRAS CLAVES: *Derecho Internacional- Derecho Nacional- Derechos Sociales- Avances- Influencia*

KEYWORDS: *International Law- Domestic Law- Social Rights- Progress-Influence*

INTRODUCCIÓN.

En Argentina el problema de la jerarquía normativa en cuanto al valor del derecho internacional quedó zanjado luego de la reforma constitucional del año 1994, específicamente en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (en adelante, CN). A partir de allí, los jueces y las juezas han recurrido a la normativa y jurisprudencia internacional para avanzar en el reconocimiento de derechos. En este trabajo, me interesa demostrar cual ha sido la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en lo que respecta a la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) en el ámbito nacional. Asimismo, busco cuestionar como esa influencia fuerte de la normativa internacional en el ámbito nacional no ha corrido la misma suerte en los tribunales internacionales, en especial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Así, pretendo demostrar que la utilización de la jurisprudencia local puede ser una herramienta potente que permita avanzar en el reconocimiento de los DESC en el ámbito internacional.¹ En este sentido, la interacción argumentativa debería ser explorada en el sentido *down top*, pues en materia de derechos sociales varios tribunales de la región presentan en sus sentencias mejores alcances (en el sentido de reconocimiento) de derechos que los Tribunales Internacionales. Así, el “diálogo constructivo y cooperativo entre los diferentes órganos jurisdiccionales como componentes de una misma comunidad de intérpretes, es requerido por una visión del derecho que lo entiende como emprendimiento conjunto de todos aquellos que contribuyen con su lectura a darle significado (...) todos aquellos que contribuyan a la

¹ En este trabajo me voy a referir a los derechos sociales pero en forma limitada. No pretendo abordar la cuestión de los “derechos sociales clásicos”, entendiendo por tales aquellos que vinieron de la mano del constitucionalismo social, vinculados a los derechos del trabajador y su familia, y que se encuentran reconocidos en Argentina en la CN en el art. 14 bis (ver nota al pie nro. 15) y en diferentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos (en adelante, TIDH). Por el contrario, me voy a referir específicamente a los derechos sociales que le corresponden a todos/as los/as ciudadanos/as por el solo hecho de serlo y que no se encuentran vinculados con el trabajo/salario (por ejemplo, derecho a la salud, educación y vivienda).

deliberación global sobre el significado de un derecho, deben considerar su interpretación como parte de ese emprendimiento colectivo y no como si fuera la *primera* interpretación que se realiza”.² Esto permitiría avances en el reconocimiento de DESC en la región.

El trabajo será estructurado de la siguiente manera: en primer lugar (1) hacer una breve referencia a las implicancias de la jerarquía constitucional del derecho internacional en el derecho interno argentino. Luego (2) analizar la influencia normativa del derecho internacional en lo que respecta a la exigibilidad de los DESC en el ámbito interno. Esto me permitirá afirmar (3) que en el ámbito nacional el reconocimiento jurisprudencial de los derechos sociales, ha sido más amplia que en ámbito internacional, en especial en la Corte IDH. Por último (4), pretendo arribar a algunas conclusiones relativas a los avances producidos a nivel nacional y que pueden ser tomados como herramientas argumentativas potentes en el ámbito internacional.

1. JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO ARGENTINO

En Argentina el problema de la jerarquía normativa en cuanto al valor del derecho internacional quedó zanjado luego de la reforma constitucional del año 1994 en la que se dispuso en el art. 75 inc. 22 de la CN que ciertos *instrumentos de derechos humanos* “gozan de jerarquía constitucional”.³ Esto

² SABA, ROBERTO “El principio de igualdad en el diálogo entre el derecho constitucional y el derecho internacional” en CAPALDO/SIECKMANN/CLÉRICO (comps.) *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

³ Art. 75 Corresponde al Congreso...inc. 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. 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. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Utilizo para referirme a este conjunto de normas, la expresión Tratado Internacionales de Derechos*

implica, que los instrumentos allí enumerados tienen el mismo rango que la Constitución, no derogan norma alguna sino que son complementarios de la misma.⁴ Así, se habla hoy de que la CN junto con las normas del 75 inc. 22 constituyen el “*bloque de constitucionalidad federal*”. Por debajo del bloque de constitucionalidad, y con jerarquía superior a las leyes, se encuentran los demás tratados y concordatos celebrados por el país. Este bloque de constitucionalidad, sin embargo, no es cerrado pues los instrumentos de derechos humanos pueden adquirir jerarquía constitucional con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara (Senadores y Diputados).⁵

1.1 Los TIDH rigen en las condiciones de su vigencia.

Rigen además en las condiciones de su vigencia, esto implica, tal como han sido interpretados en el ámbito internacional. En el fallo “Giroldi”⁶ la CSJN sostuvo que la afirmación “en las condiciones de su vigencia”, implica “*tal como la Convención efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación...jurisprudencia que debe servir de guía para la interpretación de*

Humanos (en adelante, TIDH). Antes de la reforma la cuestión estaba regulada por los arts. 31 y 27. Al respecto, v. BIDART CAMPOS, Germán *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998; MANILI, Pablo *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

⁴ En cuanto al posible conflicto normativo entre ambos sistemas (nacional/ internacional) la CSJN en el fallo *Chocobar Sixto c. Estado Nacional y otros* (Fallos 319: 3241, de 1996) sostuvo que el constituyente realizó un juicio de compatibilidad entre ambos ordenamientos al momento de otorgar jerarquía constitucional a los tratados. La verdad es que aun así los posibles conflictos existen.

⁵ Al momento de presentar este artículo, han adquirido jerarquía constitucional 3 instrumentos internacionales. A saber: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (adquirió jerarquía constitucional en 1997); Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (en 2003) y la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (en 2014).

⁶ Sentencia del 7 de abril de 1995 (Fallos 318-514). En el caso Horacio Giroldi había sido condenado a la pena de un mes de prisión en suspenso, como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa. Al recurrir la sentencia, para lograr la admisibilidad de su recurso, Giroldi sostuvo la inconstitucionalidad del artículo 459, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación (en cuanto vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena), por contrariar lo dispuesto en el artículo 8º, inc. 2º, ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga a toda persona inculpada de delito el derecho "...de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

los preceptos convencionales, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH” (cons. 11). De esta manera, reconoce, la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH en la aplicación de la normativa internacional por los tribunales locales.

En este sentido ha reafirmado, en reiterada jurisprudencia, que las decisiones de la Corte Interamericana son de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino, por lo cual dicha Corte debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional. A lo que agregó que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.⁷

Más recientemente sostuvo, que además “*las condiciones de su vigencia*” implican también tener en cuenta los pronunciamientos (informes, observaciones) de los distintos organismos internacionales (Comité de DESC, Comité de los Derechos del Niño, entre otros),⁸ en cuanto otorgan un sentido más específico a la normativa internacional.

1.2 Diálogos inter-jurisdiccionales.

Luego de la reforma, los jueces y las juezas han recurrido a la normativa y jurisprudencia internacional para avanzar en el reconocimiento de derechos. En este sentido, existe un diálogo (interacción argumentativa/ retroalimentación) entre la jurisprudencia de los tribunales locales e

⁷ MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios, 20 de junio de 2006.

⁸ V. por ejemplo, CSJN. F.A.L. s/ medida autosatisfactiva. 13 de marzo de 2012.

internacionales.⁹). Específicamente, en el caso Mazzeo¹⁰ la CSJN sostuvo que el Poder Judicial debe ejercer no solo un *control de constitucionalidad* de las normas que aplica sino además un *control de convencionalidad* teniendo en cuenta las normas del tratado como asimismo la interpretación que del instrumento ha realizado la Corte IDH.

La utilización del derecho internacional en el derecho interno se ha realizado mediante la aplicación directa de normas de derecho internacional, la utilización de normas internacionales como pautas de interpretación de normas locales, consideraciones de las interpretaciones de órganos internacionales de protección de derechos humanos para definir el alcance de normas locales y/o internacionales, entre otras.¹¹

En Argentina esto principalmente se verificó en lo que respecta a causas de lesa humanidad, violaciones al debido proceso, entre otras. En estos casos, existe entonces una influencia potente de la normativa internacional y de la interpretación que de ella ha realizado la Corte IDH en la aplicación de los TIDH en el ámbito local. Es posible visualizar una fuerte interacción *top down* de los tribunales internacionales, en especial de la Corte IDH, hacia los tribunales locales. Además,

respecto de la situación de la Corte IDH y el diálogo con los tribunales locales (*dwon top*) pareciera que la postura cambia a partir del caso “Gelman”,¹² ya que en esta sentencia la Corte IDH da cuenta que la jurisprudencia de los tribunales (no solo superiores sino también inferiores) de varios Estados que conforman el Sistema Interamericano es de relevancia para alumbrar la interpretación de las normas de la Convención.¹³

⁹ BOGDANDY/ FERRER MAC GREGOR/ MORALES ANTONIAZI (comps.), *La Justicia Internacional y su Constitucionalización. ¿Hacia un ius constitutionale comune en América Latina?*, México, 2010.

¹⁰ Sentencia del 13 de Julio de 2007. Mazzeo fue sobreseído en su imputación por la presunta participación en hechos de homicidio, privación ilegítima de la libertad, torturas, lesiones y violaciones de domicilio, en distintas épocas y con la concurrencia de personas que formaban parte de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado (hechos ocurridos durante la última dictadura militar en Argentina), con sustento en que había sido indultado por decreto 1002/89. Diecisiete años después, el juez federal actuante declaró la invalidez constitucional del decreto y privó de efectos al sobreseimiento. La CSJN rechazó el recurso extraordinario federal confirmando la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad del indulto.

¹¹ ROSSI, J./ FILIPPINI, L. “*El Derecho Internacional en la justiciabilidad de los Derechos Sociales en Latinoamérica*”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, disponible en <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf>

¹² Corte IDH, Caso “Gelman c. República Oriental del Uruguay”, sentencia de 24 de febrero de 2011.

¹³ Al respecto, v. NASH ROJAS, CLAUDIO “*Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos*”, in CAPALDO/SIECKMANN/CLÉRICO (comps.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

La ventaja entonces de la utilización de estos diálogos inter-jurisdiccionales es que permiten a los tribunales hacer interactuar los avances producidos en el plano nacional- internacional con las situaciones concretas que se están resolviendo. En materia de diálogo *top down* permite que la jurisprudencia local no solo realice aplicación directa de normas internacionales sino también, y sobre todo, aplicar estándares de derecho internacional de manera “hablada” con los casos. Al revés, en lo que respecta al diálogo *down top* las ventajas consisten en permitir a los tribunales internacionales, en particular la Corte IDH, identificar las formas en que los países de la región han resuelto casos similares.¹⁴

Ahora bien, cuando se analiza la situación de los DESC nos encontramos frente al siguiente panorama: a) en el ámbito interno, en especial en Argentina, abundan casos sobre reconocimiento a violaciones de DESC (vivienda, salud, educación, entre otros) donde el derecho internacional ha tenido una fuerte influencia; b) en el ámbito internacional, en especial en la Corte IDH, los casos que se han resuelto alegando una violación directa a derechos sociales son escasos. A esto me dedicaré en lo que sigue.

2. INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LO QUE RESPECTA A LA EXIGIBILIDAD DE LOS DESC EN EL ÁMBITO NACIONAL

En el plano internacional, las normas que protegen los DESC son el art. 26 de la CADH, el PIDESC, y otras que se refieren a grupos específicos (mujeres, personas con discapacidad), entre aquellas que gozan de jerarquía constitucional en Argentina. Asimismo, el Protocolo de San Salvador viene a complementar este entramado normativo sobre derechos sociales. Ahora bien, en el plano local estas normas han sido ampliadas. Si bien la CN carece de gran normativa sobre este punto,¹⁵ las reformas en el plano de las constituciones de los Estados locales¹⁶ han superado incluso el “piso federal”,

¹⁴ Aún cuando este diálogo no esté exento de problemas. Al respecto, v. NIEMBRO ORTEGA “Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales” en BOGDANDY/ PIOVESAN/ MORALES ANTONIAZZI *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*, ELSEVIER, Rio de Janeiro, 2013.

¹⁵ Los derechos sociales fueron incorporados a la Constitución liberal clásica en el año 1949. La reforma constitucional del año 1949 se enmarca en el movimiento universal llamado *constitucionalismo social*. Su principal objetivo es la búsqueda de la justicia social incorporando “derechos” que superen los reconocidos por el constitucionalismo liberal clásico: vivienda, salud, educación, función social de la propiedad, entre otros. Esta reforma fue dejada sin efecto en forma total por la reforma constitucional del año 1957. En esta oportunidad, se incorpora al texto constitucional el actual artículo 14 bis en la CN referido específicamente a los derechos del trabajador y su familia.

¹⁶ Argentina es un país federal (art. 1 CN), compuesto por 24 estados locales (23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Estos estados pueden dictarse su propia Constitución siempre que se respete el “piso federal”. En este sentido, pueden ampliar el reconocimiento de derechos y esto será plenamente exigible en el plano local. Al respecto, v. GONZALEZ

compuesto por los TIDH con jerarquía constitucional y las normas constitucionales. Un claro ejemplo en este sentido lo constituye la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que reconoce en forma expresa el derecho a la vivienda,¹⁷ a la educación,¹⁸ a la salud¹⁹ y establece obligaciones concretas a cargo del Estado. Por ejemplo, en materia de derecho a la educación establece que el Estado está obligado a garantizar la educación desde los 45 días de vida.

Ahora bien, en base a esta normativa, es posible sostener que luego de la(s) reforma(s) constitucional(es), los DESC han entrado por la puerta grande a los tribunales de justicia y su justiciabilidad se ha consolidado en la jurisprudencia. De esta manera, es posible encontrar tres (3) enfoques en lo que se refiere a la influencia del derecho internacional en el reconocimiento de los DESC. Veamos:

2.a) Primer enfoque:²⁰ los DESC no son reconocidos en forma directa sino por medio de otros derechos (civiles).

En este primer enfoque los tribunales de justicia resolvieron casos vinculados a derechos sociales (derecho a la salud, en mayor cantidad) utilizando o bien argumentos legales o buscando apoyo en otros derechos constitucionales (art. 33 CN sobre derechos implícitos,²¹ art. 19 autonomía personal, entre otros).²² Además, corresponde aclarar que son escasos los casos reclamando un

BERTOMEU, Juan "Notas sobre Federalismo" en GARGARELLA, Roberto *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Abeledo Perrot*, Buenos Aires, 2008; SCIOSCIOLI, Sebastián *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal, Eudeba*, Buenos Aires, 2015.

¹⁷ Específicamente art. 31.

¹⁸ Específicamente en los Arts. 23, 24 y 25.

¹⁹ Específicamente en los Arts. 20, 21 y 22.

²⁰ En general, coincide con la etapa anterior a la reforma constitucional del 1994.

²¹ CLÉRICO, LAURA "Los derechos no enumerados". Comentario al art. 33 de la Constitución Nacional" en SABSAY/ MANILI (coord.) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp 1222 – 1261.

²² Por ejemplo, en el caso "Saguir y Dib" (CSJN, 6/11/1980, Fallos 302:1284) la CSJN resolvió que la normativa que impedía la donación de órganos entre hermanos vivos por ser uno de ellos menor de edad (pero que solo le faltaban unos pocos meses para alcanzar la mayoría de edad). Afirmó que la normativa era contraria al derecho a la vida e integridad personal y protección de la familia, recurriendo básicamente a argumentos relativos a la interpretación de la ley. En este fallo el tribunal no expresa ningún agravio relativo al derecho a la salud, cuando el mismo se encontraba comprometido respecto del hermano enfermo sino que resuelve en clave del derecho a la vida del receptor e integridad física de la hermana donante. Algo similar sucede en un caso sobre transfusión de sangre a un testigo de Jehová (v. CSJN, "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", 6/4/93).

derecho social sino que en general se los entendía como casos de derechos civiles.

De esta manera, existe un reconocimiento del derecho social de manera indirecta, sosteniéndose en forma principal la violación de un derecho civil clásico. Se utilizaba el argumento de la conexidad entre los derechos. Sin duda, la razón se encontraba en la falta de normativa constitucional o internacional (con jerarquía constitucional) que garantizara los DESC, punto que se alcanzó recién con la reforma del año 1994.

Resolver casos donde se encuentran afectados derechos sociales como casos de violación de derechos civiles por conexidad implica el no otorgamiento del carácter de verdaderos derechos de los primeros. Esta no es una cuestión menor. El reconocimiento directo de la violación a un derecho social se convierte en una herramienta potente no solo para otorgarles el carácter de verdaderos derechos y fomentar un mayor rol del poder judicial en su efectivo cumplimiento sino principalmente para determinar las obligaciones del Estado en la materia, principalmente en lo que respecta a la elaboración de las políticas públicas.

2.b) Segundo enfoque:²³ los DESC son reconocidos como un derecho individual

Ahora bien, luego de la reforma constitucional los tribunales de justicia comienzan a reconocer el carácter de “verdaderos derechos”²⁴ de los derechos sociales y comienzan a resolver casos relativos a estos. En la Corte Suprema de Justicia de la Nación son varios los casos en este sentido, principalmente en lo que respecta al derecho a la salud²⁵ y al derecho a la vivienda.²⁶ En el

²³ Que en general, se verifica luego del año 1994.

²⁴ Sobre el punto v. ABRAMOVICH V./ COURTIS C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trota, Madrid, 2002. Debe quedar en claro, que el camino no ha sido lineal, sino todo lo contrario, se han producido marchas y contramarchas. Al respecto, por ejemplo, la posición que mantiene el Tribunal Superior de Justicia de la CABA sobre el derecho a la vivienda es contrario a la posición de la CSJN, e incluso la propia CSJN ha delimitado su posición al respecto. CLÉRICO L./ ALDAO, M. “La Igualdad “Des-Enmarcada”: A veinte años de la Reforma Constitucional argentina de 1994” en *Revista Electrónica del Instituto Gioja*, Año VIII, Número 13, 2014, pp. 6-30

²⁵ ARIZA CLERICI, RODOLFO, “El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en *Revista Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, Número 80, Año 2004, pp. 285- 327.

²⁶ Al respecto, v. trabajos y documentos en Defensoría del Pueblo de la CABA, *El fallo Quisberth Castro y el Derecho a una vivienda adecuada en la Ciudad de Buenos Aires*, Documento de trabajo N° 11, disponible en <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/papeles11.pdf> (fecha de consulta: febrero 2015).

ámbito local de la CABA esto se refuerza en materia de derecho a la educación.²⁷

En estas sentencias, pueden leerse argumentos que consolidan la plena operatividad de los TIDH en cuanto a la exigibilidad de los derechos. Vemos:

*“Que, a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22. En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad....”*²⁸

*“Que ese último tratado [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad...”*²⁹

*“Que el derecho a una vivienda digna se encuentra reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, tanto en su art. 14 bis, como en varios de los tratados incorporados a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 (art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)...”*³⁰

Y en cuanto a determinación de las obligaciones del Estado en materia de DESC:

“Que el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el

²⁷ Sobre las distintas sentencias dictadas en la CABA en materia de educación v. RONCONI, LILIANA “El principio de igualdad educativa en la jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, UNLP, 2013, pp. 37 – 56.

²⁸ CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional”, 01/06/2000. Fallos 323:1339 Cons. 10.

²⁹ CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Estado Nacional”, 24/10/2000. Fallos 323:3229. Cons. 18.

³⁰ Cons. 8 del voto de Petracchi en el fallo “C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 24/04/2012.

interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño)”.³¹

“garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tomada en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional”.³²

Así las cosas, los casos de derechos sociales comienzan a ser resueltos reconociendo la violación al derecho a específico en juego (salud, vivienda, educación) y determinando las obligaciones del Estado en la materia. Para esto los tribunales han utilizado normativa local, nacional, internacional e incluso interpretaciones logradas por organismos internacionales (como por ejemplo, el Comité DESC). Estas han jugado un rol muy importante en el camino de mayor reconocimiento de los derechos sociales en el plano nacional. Principalmente, en lo que respecta a la mayor determinación del contenido de cada uno de los derechos. En este sentido, uno de los argumentos en contra del carácter de verdaderos derechos de los derechos sociales esta(ba) vinculado a la generalidad de los enunciados. Las determinaciones más concretas que existen por ejemplo en las distintas Observaciones Generales del Comité de DESC, se presentan como una herramienta argumentativa potente para evaluar la violación o no a un derecho.³³

Sin embargo, considero que esta segunda etapa es aún insuficiente. Los casos se resuelven sólo desde visión individual, es decir, como situaciones que se afectan sólo a una persona y que se trata de un hecho puntual. En este sentido, no existe una mirada estructural.³⁴ La falta de entrega de medicamentos, la falta de acceso a la vivienda o a la educación suelen mostrar que lo que existe de fondo es un incumplimiento de las obligaciones del Estado en la materia. No hay una sola persona sin medicamentos, o sin

³¹ CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Estado Nacional”, 24/10/2000. Fallos 323:3229. Cons. 21.

³² CSJN, “C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 24/04/2012. Cons. 10.

³³ ROSSI/FILIPPINI, *op. cit.*

³⁴ Sobre la distinción entre concepción de igualdad individual y estructural. Y su vinculación con los DESC, v. ETCHICHURY, HORACIO *La Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013.

Su influencia en un caso concreto, v. CSJN, “Reyes Aguilera, D. c. Estado Nacional”, 04/09/2007.

vivienda o sin escuela accesible sino que existen una pluralidad de afectados que no ven satisfechos sus derechos. La judicialización “caso por caso” se torna insuficiente desde diferentes aspectos.³⁵ En primer lugar, todos tienen acceso al servicio de justicia, ya que en Argentina el acceso a la justicia representa no sólo conocimiento de la posibilidad de efectuar el reclamo sino también costos (dinero y tiempo).³⁶ De esta manera, la falta de acceso a la justicia se traduce en una práctica discriminatoria institucionalizada,³⁷ pues los sectores con mayores recursos son los que pueden acceder a la justicia para canalizar sus reclamos y, lograr el reconocimiento de su derecho, pero no así los sectores más pobres y marginales.

El “caso por caso” involucra, además, un aumento de la litigiosidad y, allí, comienza un debate sobre cuestiones más complejas (por ejemplo, relativas al manejo del presupuesto, diseño de políticas públicas, entre otras).³⁸

2.c) Tercer enfoque: Los DESC como derechos colectivos/estructurales

Una tercera etapa, cuyas características han comenzado a delinearse hace muy poco tiempo, es aquella en la que comienzan a identificarse los derechos sociales como derechos colectivos, concretamente como derechos cuya violación no afecta solo a una persona determinada sino a un grupo quizá indeterminable de sujetos. En este sentido, la CSJN ha resuelto casos donde lo que se reclamaba era la falta de suministros,³⁹ las condiciones deplorables en las que se encontraba una comunidad indígena en el norte argentino,⁴⁰ las condiciones de contaminación en la que se encontraba el Río Matanza – Riachuelo y las afecciones que sufrían quienes viven a sus alrededores.⁴¹

En forma similar, los tribunales locales de la CABA han comenzado a dictar sentencias en causas donde se reclama la falta de vacantes para niños y

³⁵ En Argentina el control de constitucionalidad no produce efectos *erga omnes* hacia todos/as afectados/as, sino solo entre las partes.

³⁶ DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta, Madrid, 2009.

³⁷ Cfr. Observación general N° 4 Párrafo 19. *Asimismo v. Observación General N° 20*.

³⁸ Ver ETCHICHURY, *op. cit.*; RODRÍGUEZ GARAVITO, C./ RODRÍGUEZ FRANCO, D. *Cortes y cambio social –Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Anatóropos, Bogotá, 2010.

³⁹ CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional”, 01/06/2000. Fallos 323:1339

⁴⁰ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, 18/09/2007.

⁴¹ CSJN, “Mendoza Beatriz Silvia y Otros C/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios”, 20/06/2006.

niñas en ciertas zonas de la ciudad (zonas más pobres),⁴² o la falta de adecuación de los edificios escolares y curricula para el ingreso de personas con discapacidad.⁴³

En estos casos comienza a vislumbrarse el entendimiento de los derechos sociales como derechos colectivos donde existe un problema estructural cuyo incumplimiento afecta a una pluralidad de sujetos (sujetos que en la generalidad de los casos no pueden recurrir a la justicia a fin de lograr la actividad del Estado en lo que respecta al cumplimiento de derechos) y cuya resolución involucra a una pluralidad de sujetos, organismos, entre otros. En todos ellos, ha tenido un efecto directo el derecho internacional de los derechos humanos, ampliando no solo el reconocimiento normativo de derechos sino principalmente reconfigurando el rol que deben asumir los tribunales de justicia en la operacionalización de los DESC. En este sentido, “la debilidad de las instituciones democráticas de representación, así como el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política, han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales”.⁴⁴

Entonces, este enfoque nos pone a las claras que en el ámbito local, y dada la influencia del derecho internacional los DESC son plenamente exigibles tanto de manera individual como colectiva, sin embargo, en estos casos el rol de los tribunales de justicia no es tan pacífica. Este es el principal punto de conflicto en la actualidad.⁴⁵

3. LA EXIGIBILIDAD DE LOS DESC EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA CORTE IDH

Algunas de los enfoques que se han identificado en el plano nacional se identifican también en el sistema interamericano. En este sentido, en la jurisprudencia de la Corte IDH se encuentra desarrollada, y fuertemente arraigada, la primera etapa, esto es el reconocimiento de los DESC pero solo

⁴² “ACIJ c/ GCABA”. Juzgado Nro. 3 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario (en adelante, CAYT) de la CABA, confirmado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA el 19 de marzo de 2008.

⁴³ “Fundación Acceso Ya contra GCBA y otros s/ amparo”, 23728/0 (Justicia Contencioso Administrativo de la CABA).

⁴⁴ ABRAMOVICH, V. “*Líneas de trabajo en Derechos Económicos, Sociales y Culturales: herramientas y aliados*” en sur – revista internacional de derechos humanos, Año 2 • Número 2 • 2005, p. 212.

⁴⁵ Si bien este punto, excede los límites de este trabajo corresponde aclarar algunas cuestiones. El rol de los jueces y las juezas puede ser visto como el de meros aplicadores normativos o por el contrario deben tener una función constructiva, con más o menos intervención en la adopción y diseño de políticas públicas mediante sus sentencias. Al respecto, v. ROSSI/ FILIPPINI, *op. cit.*, RODRÍGUEZ GARAVITO/ RODRÍGUEZ FRANCO, *op. cit.*

de manera indirecta. Su protección se logra por medio de un derecho civil (derecho a la vida “digna”, a la integridad personal, entre otros) sin embargo no existe, sino hasta hace muy poco un reconocimiento directo de la violación de un derecho social. En el camino recorrido pueden identificarse:

3.a) *Primer enfoque: reconocimiento indirecto por vía de otros derechos*

El surgimiento del sistema interamericano se caracterizó en sus inicios por atender cuestiones vinculadas a las grave violaciones de derechos humanos originadas en las dictaduras militares que estaban sufriendo muchos de los países de la región, las leyes de impunidad dictadas posteriormente y las irregularidades en los procesos judiciales llevados a cabo en la investigación de delitos como por ejemplo los vinculados con las desapariciones (sistemáticas o no) de personas, homicidios en manos de agentes del Estado, entre otros.⁴⁶

Sin embargo, de un tiempo a esta parte la Corte IDH se ha encontrado frente a casos de otra naturaleza.⁴⁷ Casos que en forma clara involucran derechos sociales. Incluso, en el año 2003 la Corte IDH se expidió a favor de la justiciabilidad de los DESC en forma autónoma por violación del art. 26 de la CADH.⁴⁸ Específicamente de la obligación que le corresponde al Estado de garantizar condiciones mínimas del derecho, de adoptar providencias para lograr la plena efectividad de la vigencia de tales derechos (principio de

⁴⁶ CANTÓN, SANTIAGO “*Los cuatro pilares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los debates sobre su fortalecimiento*” en Pensamiento Propio *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: actores, reformas, desafíos* N°38, Año 18, CRIES, Julio- Diciembre 2013, pp. 255-286.

⁴⁷ Sin duda, esto se relaciona con la situación política, económica y social de los países de la región. En general, las dictaduras militares han llegado a su fin, sin embargo aparece la cuestión de la desigualdad social y económica como nota característica de la situación de estos países.

⁴⁸ En este sentido, se podría argumentar que la Corte carece de competencia para analizar la violación de tales derechos ya que el PSS establece que solo tiene competencia en los casos relativos a educación y derechos sindicales (Art. 19). Sin embargo, considero que tal objeción se ve saldada por aplicación del art. 26 de la CADH y la plena competencia que tiene la Corte IDH al respecto, y que ella misma ha reconocido. Al respecto, v. Corte IDH “Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú”, Sentencia de 28 de febrero de 2003- “Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú”, Sentencia de 01 de Julio de 2009. El objetivo del artículo no es hacer una retrospectiva de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales. Al respecto, entre otros, v. ROSSI, J./ ABRAMOVICH, V. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” En Revista Estudios Socio-Jurídicos, abril, año/vol. 9, Universidad de Rosario, Bogotá, 2009, pp. 34-53; KRSTICEVIC, Viviana “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano” en YAMIN A. (coord.) *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, IDRC/ APRODEH, México, 2006, pp.171-194;

progresividad) y, correlativamente, del “deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas regresivas”.⁴⁹

Sin embargo, nunca se ha reconocido la violación directa de un derecho social, aun cuando las sentencias han sido positivas, en el sentido de dar razón a los/las peticionantes.

En materia de educación la Corte se enfrentó al caso Yean y Bosico.⁵⁰ En este caso el Estado negó la nacionalidad de las niñas Yean y Bosico, solicitada mediante el procedimiento de declaración tardía, a pesar de haber nacido en territorio dominicano.⁵¹ La falta de reconocimiento de la nacionalidad ponía a las niñas en una situación de peligro inminente de ser expulsadas del país; además, no podían ingresar a la escuela ni acceder a servicios de salud y asistencia social por carecer de un documento de identidad. La Corte resolvió que el estado dominicano violó los derechos a la adopción de medidas de protección, a la igualdad y no discriminación, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y al nombre de las niñas al negarse a emitir los certificados de nacimiento e impedirles el ejercicio de derechos de ciudadanía debido a su ascendencia. En ese caso, sostiene Abramovich que “si bien éste era un caso individual, el análisis que hace la Corte sobre la falta de razonabilidad de los criterios administrativos y la arbitrariedad de la práctica administrativa del Estado pasó por analizar no sólo la situación de estas dos niñas de manera individual sino por poner en contexto la situación de estas dos niñas en relación con la situación de los migrantes haitianos en República Dominicana. Es decir, vincula la situación individual con la situación de un grupo subordinado o vulnerable, que son los migrantes haitianos en República Dominicana. Esto es importante porque implica incorporar en el análisis de igualdad una dimensión colectiva, y es una forma de cambiar la visión tradicional de igualdad, incluso dentro del Sistema Interamericano”.⁵² De esta manera, la Corte IDH reconoce la situación estructural de desventaja del grupo

⁴⁹ COURTIS, Christian “Artículo 26. Desarrollo progresivo” en STEINER C./ URIBE P. (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Chile: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 660.

⁵⁰ Corte IDH, Caso de las “Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”, sentencia de 8 de Septiembre de 2005.

⁵¹ Las madres haitianas suelen dar a luz a sus hijos en sus casas en República Dominicana, dada la dificultad que tienen para trasladarse desde los bateyes hasta los hospitales de las ciudades, la escasez de medios económicos, y el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía “pedánea” y ser deportadas.

⁵² ABRAMOVICH, Victor “La utilización del Sistema Interamericano para garantizar el derecho a la educación” en ADC *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación: posibilidades y obstáculos*. Buenos Aires, 2008, p. 50 Disponible en www.adc.org.ar (fecha de consulta: noviembre 2015)

pero mediante un argumento de igualdad no desde el argumento del incumplimiento del Estado de sus obligaciones en materia de DESC.

Años más tarde, la Corte resolvió el caso “Artavia Murillo”,⁵³ en el cual se cuestionaba una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica por la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S que autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La sentencia de la Sala Constitucional implicó que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos y una clara violación de las obligaciones que le corresponden al Estado y que se desprenden del art. 26 de la CADH (progresividad y no regresividad) en materia de derecho a la salud. Sin embargo, en el caso el argumento fuerte aparece vinculado al derecho a la no violación de la vida privada y la no discriminación, pero no aparece el argumento relativo a la obligación que tiene el Estado de no volver hacia atrás en el reconocimiento de derechos (no regresividad).

En ambos casos lo que estaba en juego era un derechos sociales, educación y salud respectivamente, sin embargo estos no aparecen en el argumento de la Corte IDH. En ambos casos, se trataba de un incumplimiento del art. 26 de la CADH, pues implicaban una violación al principio de “no regresividad”.⁵⁴

3.b) Segundo enfoque: reconocimiento directo (o no tanto) y estructural

El segundo enfoque en el reconocimiento y efectividad de los DESC, comienza a vislumbrarse, con matices, en la jurisprudencia de la Corte IDH. El caso “Gonzales LLuy”⁵⁵ fue paradigmático en este sentido. En este caso se

⁵³ Corte IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica”, sentencia de 28 de Noviembre de 2012. Respecto del derecho a la salud y la situación anterior a este fallo, v. PARRA VERA, Oscar “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en CLÉRICO/ RONCONI/ ALDAO *Tratado de Derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

⁵⁴ Incluso la Corte IDH ha aplicado estándares de DESC en las medidas reparatorias de ciertas sentencias, aun cuando no considera la violación directa a los mismos. Al respecto v. MELISH, Tara “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano” en AA.VV *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, México, 2005.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Gonzales LLuy c. Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2015.

reclamaba por la violación de diversos derechos de Talía Gabriela Gonzales Lluy y su familia. Cuando Talía tenía tres (3) años de edad fue contagiada con el virus de VIH al recibir una transfusión de sangre, proveniente de un banco de Sangre de la Cruz Roja, en una clínica privada de salud. Se determinó que la sangre transfundida a Talía estaba contagiada con el virus y no había sido (suficientemente) analizada en el banco de sangre ni en la clínica. Más allá de las idas y venidas judiciales, la vida de Talía y su familia sufrió un fuerte impacto desde el contagio de VIH a la niña. A saber: a) *Afectación en la salud de Talía y en la de su familia*: luego de contraer la enfermedad Talía debía realizarse estudios, tomar medicación, asistir a visitas médicas en hospitales y/o lugares alejados de su domicilio donde no recibía ningún tipo de trato especial por su situación. Su familia, debido a los esfuerzos para sobrellevar la situación, padece enfermedades crónicas, entre otras afectaciones; b) *Situación de pobreza de la familia*: la situación económica de la familia era crítica. La madre, cuando se hizo pública la enfermedad de Talía, fue despedida de su trabajo. La falta de entrega de medicamentos y pago de tratamientos obligó a la familia a vender sus pocas pertenencias. Fueron obligadas a mudarse en múltiples ocasiones, debido a la exclusión y el rechazo del que fueron objeto, a lugares alejados donde pudieran encontrar una vivienda o una escuela que aceptara a la niña; y c) *Derecho a la educación de Talía*: cuando las autoridades (maestra, director) conocieron la enfermedad de la niña se decidió que Talía no asistiera más a clases. Se alegó “un inminente riesgo en contra de los educandos”.

El caso fue celebrado desde diversos ámbitos de los derechos humanos (activistas, académicos) ya que fue la primera vez que la Corte IDH reconoce la violación de un derecho garantizado en el Protocolo de San Salvador (en adelante, PSS) (art. 13, educación). Sin embargo, las críticas pueden dirigirse en dos sentidos:

a) Si bien en el caso, existe un reconocimiento de la violación al derecho a la educación (art. 13 PSS) esta se otorga en función de su fuerte vinculación con el principio de igualdad y la razonabilidad (proporcionalidad) de la distinción efectuada por las autoridades educativas. La aplicación del examen de proporcionalidad en este caso, hace pensar que se analiza como un caso puntual de discriminación cuando la descripción de los hechos nos dicen que la situación de Talía podría ser padecida por cualquier otro/a niño/a pobre. Abordar el caso solo por trato discriminatorio parece mostrar que se trata de un caso aislado de violación de DESC, cuando en el contexto latinoamericano la falta de acceso o goce de los derechos sociales para las poblaciones más vulnerables (como por ejemplo las personas portadoras de VIH) indica que es necesario reforzar el reconocimiento de estos derechos y las obligaciones del Estado en la materia. Como la propia Corte reconoce, en el caso no sólo existió discriminación por ser una persona con VIH sino principalmente por falta de

acceso a los derechos sociales básicos por parte de Talía (salud, educación, vivienda) y su familia (salud, vivienda, derechos laborales, entre otros). No se trata entonces de un caso individual de violación sino de la situación en la que se encuentran los DESC en la región.

b) La Corte IDH reconoció la violación del Derecho a la vida y a la integridad personal de Talía y su familia sin embargo es poco lo que dice respecto de la violación del derecho a la salud. Solo reconoce la violación del derecho a la salud, pero por conexión con otros derechos. En este sentido, la Corte recordó la fuerte interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales, reconociendo que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos sino que además deben adoptar medidas positivas, en función de las particulares necesidades del sujeto de derecho. Asimismo, reconoce que los Estados no son responsables por los hechos de terceros pero afirma que tienen un deber de impedir que terceros interfirieran indebidamente en el goce de los derechos (deber de regular/ fiscalizar). Aquí existe entonces otra insuficiencia. Lo que estaba en juego era principalmente el derecho a la salud de Talía y su familia. Específicamente, la obligación que le corresponde al Estado (en virtud del art. 26 CADH) de: garantizar condiciones mínimas del derecho, de adoptar providencias para lograr la plena efectividad de la vigencia de tales derechos. El Estado no garantizó las condiciones mínimas para realizar transfusiones de sangre seguras y esto, es contrario a la obligación de progresividad. El reconocimiento de la violación directa al derecho a la salud (no vía un derecho clásico) requiere necesariamente la determinación de las obligaciones concretas del Estado en la materia.

Aun así, cuando no exista un reconocimiento directo a la violación de un derecho social, resultan interesantes las medidas reparatorias ordenadas por la Corte IDH. En este sentido, es interesante observar que si bien se trata de casos puntuales que llegaron a la Corte los remedios, en algunos casos, son estructurales y apuntan a dejar sin efecto algunas de las causas que generaron la denuncia contra el Estado. Así, por ejemplo, en el caso de las niñas Yean y Bosico la Corte ordenó al Estado adoptar en su derecho interno, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento, agregando que ese procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable y deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. Asimismo, respecto del derecho a la educación agregó que el Estado debe garantizar el acceso a la educación primaria y gratuita de todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen, que se deriva de la especial protección que se debe brindar a los niños. De esta manera, se trata de medidas que no solo apuntan a remediar la

situación de las niñas demandantes sino principalmente de todos/as aquellos/as niños/as que se encuentren en una situación similar.⁵⁶

3.c) Tercer enfoque: la plena justiciabilidad de los DESC en virtud del art. 26 de la CADH, una posibilidad latente

El voto del Juez Ferrer Mac-Gregor en el caso Gonzales Lluy parece marcar una diferencia con la situación hasta aquí descrita. El juez aclara que está de acuerdo con el voto de la mayoría, pero que sin embargo emite su voto porque considera necesario “enfatar y profundizar algunos elementos del caso, que consider[a] fundamentales para el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: (...) II) la posibilidad de haber abordado el “derecho a la salud” de manera directa y eventualmente haber declarado la violación del artículo 26 de la Convención Americana (...); y III) la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano (...)” (cons. 4).

Respecto de la posibilidad de haber abordado el “derecho a la salud” de manera directa sostiene que la Corte IDH tiene plena competencia para atender en el caso y declarar la violación de ese derecho en virtud del art. 26 de la CADH.⁵⁷ Afirma que, pese a los avances producidos en la protección de los DESC, la protección por vía indirecta “no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia” (cons. 15).

Este es el punto, la determinación de una violación directa de un derecho social (como por ejemplo, el derecho a la salud), se constituye en una herramienta orientadora de las obligaciones de los Estados en materia de DESC. En este sentido, “hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, (...). Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente

⁵⁶ Algo similar sucede en el caso Artavia Murillo.

⁵⁷ Al respecto, afirma que “es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José” (cons. 15).

al derecho a la salud” (cons. 15). La justiciabilidad directa “implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública” (cons. 102).

La manifestación de la Corte IDH de que existen violaciones directas a los DESC podría tener un alto impacto en la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito regional. Básicamente al mostrar que los Estados incurren en responsabilidad internacional cuando no cumplen con la garantía plena de los DESC. A su vez, esto sería un gran avance pues permitiría fijar “mínimos básicos” del cumplimiento y obligaciones de los Estados en materia de DESC.

CONCLUSIONES

En este trabajo abordé la influencia del derecho internacional en el derecho local argentino, con especial referencia a los DESC. A mi entender, es posible arribar a conclusiones en dos sentidos respecto de las cuestiones aquí abordadas. En primer lugar, aquellas vinculadas a la influencia del derecho internacional en el derecho interno y viceversa. En segundo lugar, algunas vinculadas a la importancia del reconocimiento directo de la violación de derechos sociales

En primer lugar en lo relativo a la influencia derecho internacional-derecho nacional. Sostuve que en el ámbito local esa influencia ha sido muy fuerte, por el contrario a lo que sucede en el ámbito de la Corte IDH, donde la influencia es leve.

Específicamente, en lo que refiere al reconocimiento de DESC, la influencia del derecho internacional en el ámbito local ha sido muy fuerte mediante la incorporación de las normas en el “bloque de constitucionalidad federal”, su utilización en la jurisprudencia e incluso mediante la utilización de otros estándares internacionales para lograr la interpretación de normas locales o internacionales. Sin embargo, esto no se ve reflejado en la Corte IDH. En este caso, la influencia del derecho local es casi nula. Entiendo que, la influencia entre ambos “derechos” debería ser recíproca, “entendiendo que no sólo es el sistema internacional el que aporta normas, estándares y principios a los ordenamientos jurídicos de cada Estado, sino que también, en el último tiempo, los aportes del derecho interno al sistema internacional han enriquecido [y podrán enriquecer] el desarrollo jurisprudencial de los órganos internacionales”.⁵⁸ Es por esto, que considero que los avances producidos a nivel nacional pueden ser tomados como herramientas argumentativas potentes en el ámbito internacional. En este sentido, tanto los tribunales internacionales, en especial la Corte IDH, debería ser receptiva de las

⁵⁸ NASH ROJAS, *op. cit.*

interpretaciones producidas por otros tribunales de la región al momento de fijar el alcance o contenido de los DESC.

Respecto de la importancia de reconocer violaciones directas a los DESC en virtud de la aplicación del art. 26 de la CADH. La aplicación de esta norma no es solo una cuestión dogmática sino que es una herramienta potente para la resolución de casos similares, en el ámbito regional y local latinoamericano. En este sentido, entiendo que este reconocimiento podría tener efecto en las acciones posteriores del resto de los Estados de la región, al conocer de antemano cuales son los parámetros con los que se evaluarán sus acciones (u omisiones), ya sea definiéndolos en el caso en concreto o bien mediante la aplicación de estándares elaborados por los distintos organismos internacionales (por ejemplo, Comités).

Este reconocimiento directo a las violaciones de DESC podría implicar también ampliar la mirada sobre cómo son iniciados y resueltos estos casos. Me refiero en particular a la necesidad de interpretar los casos de violaciones de DESC como casos estructurales, donde no se trata solo de una persona que no puede acceder al medicamento, educación o vivienda. Sino de la afectación a ciertos grupos (vulnerables) que no pueden acceder a la mayoría de sus derechos básicos. La mirada estructural tiene un efecto directo en las medidas reparatorias ordenadas por los tribunales de justicia. Dejan de ser individuales para convertirse en colectivas y/o estructurales, no atendiendo al caso en concreto sino a la generalidad del grupo afectado. Esto es particularmente importante para la región donde aún persisten altos índices de desigualdad en lo que se refiere al acceso al goce de derechos básicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH V./ COURTIS C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trota, Madrid, 2002.
- ABRAMOVICH, V. “Líneas de trabajo en Derechos Económicos, Sociales y Culturales: herramientas y aliados” en sur – revista internacional de derechos humanos, Año 2 • Número 2 • 2005, p. 212.
- ABRAMOVICH, Víctor “ La utilización del Sistema Interamericano para garantizar el derecho a la educación” en ADC *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación: posibilidades y obstáculos*. Buenos Aires, 2008, p. 50 Disponible en www.adc.org.ar (fecha de consulta: noviembre 2015).
- ARIZA CLERICI, Rodolfo, “El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en Revista Lecciones y Ensayos, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, Número 80, Año 2004, pp. 285- 327.
- BIDART CAMPOS, Germán *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- BOGDANDY VON/ FERRER MAC GREGOR/ MORALES ANTONIAZI (comps.), *La Justicia Internacional y su Constitucionalización. ¿Hacia un ius constitutionale comune en América Latina?*, México, 2010.
- CANTÓN, Santiago “Los cuatro pilares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los debates sobre su fortalecimiento” en Pensamiento Propio *El Sistema Interamericano de*

- Derechos Humanos: actores, reformas, desafíos* N°38, Año 18, CRIES, Julio- Diciembre 2013, pp. 255-286.
- CLÉRICO, Laura “Los derechos no enumerados. Comentario al art. 33 de la Constitución Nacional” en SABSAY/ MANILI (coord.) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp 1222 – 1261.
- CLÉRICO L./ ALDAO, M. “La Igualdad “Des-Enmarcada”: A veinte años de la Reforma Constitucional argentina de 1994” en *Revista Electrónica del Instituto Gioja*, Año VIII, Número 13, 2014, pp. 6-30
- COURTIS, Christian “Artículo 26. Desarrollo progresivo” en STEINER C./ URIBE P. (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Chile: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 660.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta, Madrid, 2009.
- DULITZKY, A./ ZIMMERMAN H. “Case Note: Indirect Discrimination, reproductive Rights and the In Vitro Fertilisation Ban”. *The Equal Rights Review*, 10, 2013, pp. 123-129.
- ETCHICHURY, Horacio *La Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013.
- GONZALEZ BERTOMEU, Juan “Notas sobre Federalismo” en GARGARELLA, Roberto *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Abeledo Perrot*, Buenos Aires, 2008.
- KRSTICEVIC, Viviana “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano” en YAMIN A. (coord.) *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, IDRC/ APRODEH, México, 2006, pp.171-194.
- MANILI, Pablo *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- MELISH, Tara “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano” en AA.VV *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, México, 2005.
- NASH ROJAS, Claudio “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos”, in Capaldo/Sieckmann/Clérico (comps.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.
- NIEMBRO ORTEGA “Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales” en BOGDANDY/ PIOVESAN/ MORALES ANTONIAZZI *Estudios Avanzados de Direitos Humanos*, ELSEVIER, Rio de Janeiro, 2013.
- PARRA VERA, Oscar “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en CLÉRICO/ RONCONI/ ALDAO *Tratado de Derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C./ RODRÍGUEZ FRANCO, D. *Cortes y cambio social –Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Anatropos, Bogotá, 2010.
- RONCONI, Liliana “El principio de igualdad educativa en la jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, UNLP, 2013, pp. 37 – 56.
- ROSSI, J./ ABRAMOVICH, V. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, abril, año/vol. 9, Universidad de Rosario, Bogotá, 2009, pp. 34-53.

- ROSSI, J./ FILIPPINI, L. “El Derecho Internacional en la justiciabilidad de los Derechos Sociales en Latinoamérica”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, disponible en <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf>
- SABA, Roberto “El principio de igualdad en el diálogo entre el derecho constitucional y el derecho internacional” en CAPALDO/SIECKMANN/CLÉRICO (comps.) *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.
- SCIOSCIOLI, Sebastián *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal*, EUDEBA, Buenos Aires, 2015.

JURISPRUDENCIA

CSJN

- Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional, 01 de junio de 2000 (Fallos 323:1339)
- Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar, 6 de abril de 1993.
- Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Estado Nacional, 24 de octubre de 2000 (Fallos 323:3229).
- Chocobar Sixto c. Estado Nacional y otros (Fallos 319: 3241, 27 de diciembre de 1996)
- C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 24 de abril de 2012.
- “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, 18 de septiembre 2007.-
- F.A.L. s/ medida autosatisfactiva. 13 de marzo de 2012.
- *Giroldi*, Horacio David y otro s/ recurso de casación, 7 de abril de 1995 (Fallos 318-514).
- Mazzeo*, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, 13 de Julio de 2007.
- Mendoza Beatriz Silvia y Otros C/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios, 20 de junio de 2006.
- Reyes Aguilera, D. c. Estado Nacional, 04 de septiembre de 2007.
- Saguir y Dib, 6 de noviembre de 1980 (Fallos 302:1284)

Corte IDH

- Caso Acedvedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, Sentencia de 01 de Julio de 2009.
- Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de Noviembre de 2012.
- Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003-
- Caso Gelman c. República Oriental del Uruguay”, sentencia de 24 de febrero de 2011.
- Caso de las “Niñas Yean y Bosico” Vs. República Dominicana, sentencia de 8 de Septiembre de 2005.
- Caso Gonzales LLuy c. Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2015.

Otros tribunales

- “ACIJ c/ GCABA”. Juzgado Nro. 3 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA (confirmado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA el 19 de marzo de 2008).
- “Fundación Acceso Ya contra GCBA y otros s/ amparo”, 23728/0 (Justicia Contencioso Administrativo de la CABA).

Otros documentos

- Observación general N° 4
- Observación General N° 20
- Defensoría del Pueblo de la CABA, *El fallo Quisberth Castro y el Derecho a una vivienda adecuada en la Ciudad de Buenos Aires*, Documento de trabajo N° 11, disponible en <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/papeles11.pdf> (fecha de consulta: febrero 2015).

