



VIII Jornada del Aula de Derecho Parlamentario

Seminario
internacional sobre
Derechos sociales:
aplicación
y eficacia.

*Una perspectiva
comparada España-
Latinoamérica.*

Pamplona,
viernes 25 de
noviembre de 2011

Sala de profesores
(Rectorado).
Edificio Central

La situación en Argentina Documento de trabajo-Working Paper

Prof. Dr. D. Alfonso Santiago

Profesor de Derecho Constitucional

Vicerrector de la Universidad Austral de Buenos Aires

Martín Oyhanarte

LL.M. Harvard Law School



Universidad
de Navarra



PARLAMENTO DE NAVARRA
NAFARROAKO PARLAMENTUA

A. Reconocimiento constitucional

I. ¿Cómo se regulan los derechos sociales en la Constitución de su país? ¿Se regulan como los demás derechos fundamentales o poseen características propias? ¿Se configuran como derechos subjetivos o más bien como normas de principio, mandatos al legislador, normas programáticas, etc?

En la doctrina argentina no existe unanimidad en torno a una definición de los derechos sociales. Existe, no obstante, coincidencia en caracterizarlos como derechos que dependen de una “prestación positiva del Estado”¹, enfocados a resolver lo que se conoce como “cuestión social” e integrados por un abanico más o menos definido de derechos que “corresponden a las personas en cuanto partes de una comunidad”.²

No se considera dentro de este catálogo, como es natural, a los derechos civiles y políticos de primera generación, que fueron incorporados y reconocidos tempranamente, en el texto constitucional de 1853/60. Así, fueron enunciadas en los arts. 14 a 20 y 33 las clásicas libertades de trabajar, ejercer una industria, profesar un culto, enseñar, aprender, publicar ideas por la prensa sin censura previa, expresarse, el principio de igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, las garantías de defensa en juicio, el principio de legalidad, el derecho a la privacidad, etc.

Con posterioridad, en el año 1957, fue incorporado al texto de la Constitución Nacional lo que se conoce como el art. 14 “nuevo” o “bis”³, en donde se incorporaron los derechos del trabajador, desde un punto de vista individual y colectivo, así como la protección de la familia y derechos fundamentales de la seguridad social. Se ha dicho que “cuando en 1957 se agregó a la Constitución de 1853 el artículo 14 bis, se le inyectó a ésta los principios del llamado derecho social”⁴.

¹ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. I, 2ª ed., Ediar, 1994, p. 561.

² Ivanega, Miriam M., “Derechos sociales y presupuesto público”, JA 2007-III-1193.

³ El art. 14 bis de la Constitución Nacional dice: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagadas; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: Concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna para vivir”.

⁴ Ramella, Pablo “Los derechos sociales en la Constitución argentina”, Boletín del Instituto de derecho comparado de México, Año 17, n° 50, Universidad Autónoma de México, México, 1964, p. 321.

En el año 1994, se amplía todavía más el catálogo de derechos explícitos del texto constitucional, incorporándose nuevos artículos con derechos de tercera generación, que van desde el medio ambiente, protección del consumidor, hasta el reconocimiento de los pueblos originarios. Y a este catálogo, ya de por sí generoso, de derechos reconocidos por la Constitución Nacional propiamente dicha, se suma el conjunto de derechos sociales reconocidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que gozan de “jerarquía constitucional” por imperio del art. 75 inc. 22 de la Constitución.

En particular, los documentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional originaria son: 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 y la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin lugar a dudas, en relación al reconocimiento constitucional de los derechos sociales, tiene particular relevancia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, particularmente su Parte III donde se enuncian los derechos sociales específicos (derecho al trabajo, a la seguridad social, a la salud, a la educación, a la protección de la familia, etc)

Asimismo, en el párr. 3° de ese inciso 22 del art. 75, citado, se ha previsto el procedimiento para que el Congreso de la Nación adjudique “jerarquía constitucional” a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos (naturalmente, luego de aprobarlos), más allá de los que la Constitución consagró en el año 1994. Sobre la base de tal atribución se le otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Cabe también mencionar que a través de lo dispuesto en el art. 75 inc. 23 el Constituyente encomendó al Congreso la sanción de leyes y la adopción de medidas de acción positivas que hicieran efectivas los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales, entre ellos los derechos sociales⁵.

De este modo, es posible afirmar que los Derechos sociales se encuentran reconocidos explícitamente y enumerados en un “bloque” de constitucionalidad integrado por el texto de la Constitución Nacional (Preámbulo, 129 artículos, incluyendo el art. 14 bis) y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, párrs. 2° y 3°, CN).

En este punto, interesa precisar que en nuestra opinión, en la pirámide jurídica argentina, el texto de la Constitución Nacional tiene preeminencia respecto de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, a pesar de que ambos

⁵ Establece el mencionado art. 75 inc. 23, que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

ordenamientos integran por igual el "bloque de constitucionalidad" al que aludimos más arriba.

Establecido lo anterior, cabe señalar que no existe en nuestro país una diferencia *a priori* o una distinta categoría derivada de la naturaleza de los distintos Derechos sociales y el resto de los derechos consagrados en la Constitución y los Tratados. Al respecto, puede citarse la opinión de Bazán, quien afirma que “entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y de ninguna manera media separación antinómica”.⁶

Las diferencias de tratamiento que pudieran observarse por parte de los tribunales, no responden, entonces, a una diversa naturaleza o categoría jurídica de los derechos sociales. En todo caso, esta diferencia parte de la premisa de que, por los bienes jurídicos a los que se apunta, el sistema judicial tradicional adversarial se reconoce ineficaz, y se plantea la necesidad de poner en práctica políticas públicas coordinadas, que escapan a lo que tradicionalmente se ha considerado como la órbita de competencia del Poder Judicial.

En cuanto la configuración de estos derechos como derechos subjetivos, y su conceptualización como derechos operativos o programáticos, cabe observar que la cuestión fue expresamente discutida al reformarse la Constitución en el año 1994 y resuelta a favor de su consideración como derechos subjetivos operativos de los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. En efecto, la decisión de otorgar jerarquía constitucional a ciertos tratados de Derechos Humanos reforzó la idea de la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales, premisa que de no ser acatada acarreará la responsabilidad internacional del Estado. Se debatió, así, en la Convención Constituyente si debía establecerse en forma expresa la presunción de operatividad de esos derechos, decidiéndose finalmente suprimir dicha presunción del texto constitucional por considerarla sobreabundante. Se dijo en la oportunidad: “la doctrina del derecho internacional de derechos humanos, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia jurisprudencia de la Corte argentina han declarado la presunción de operatividad”⁷. Presunción ésta que los tribunales suelen complementar con la invocación de que los por imperio de tales tratados, los derechos sociales son exigibles aun sin reglamentación (conf. arts. 25 CADH y 1 y 2 PIDSEyC), sin perjuicio de la pauta que concede la posibilidad de una realización paulatina de estos derechos, que tiene en cuenta las restricciones derivadas del carácter limitado de los recursos disponibles.

Vinculado al carácter operativo de los derechos constitucionales, parte de la doctrina ha remarcado el carácter progresivo de su tutela. De tal modo que, alcanzado un cierto nivel de protección de un derecho social, no es posible otorgar hacia el futuro una menor tutela o retrotraerse a situaciones previas.

Por último, debe señalarse que al ser la Argentina un país federal, es necesario completar lo hasta aquí dicho diciendo que las constituciones de las veinticuatro provincias también reconocen diversos derechos sociales de modo complementario a

⁶ Bazán, Víctor, “Acerca de ciertos desafíos temáticos de la justicia constitucional en Latinoamérica”, SJA 10/2/2010.

⁷ Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa A. (dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Ed. Astrea, 1996, p. 43

lo establecido en el orden federal. Como podremos ver al responder a las otras preguntas, algunas constituciones provinciales han reconocido con mayor amplitud y concreción algunos de los derechos sociales ya contemplados en la Constitución Nacional.

En síntesis, en el sistema jurídico argentino los derechos sociales están consagrados tanto en el texto constitucional como en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Son considerados derechos subjetivos constitucionales directamente operativos, en igualdad de tratamiento con las restantes categorías de derechos humanos.

2. ¿Incluye su Constitución un catálogo específico de derechos sociales? ¿Se refiere sólo a los derechos económicos o incluye también derechos de tercera generación?

Tal como se ha dicho en la respuesta anterior, el bloque de constitucionalidad argentino contiene un vasto y explícito catálogo de derechos humanos, que reconoce derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y toda la gama de derechos de tercera generación.

En efecto, el art. 14 *bis* CN contiene tres tipos de derechos de esta índole:

- 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 proteger.

A su turno, la reforma constitucional de 1994 incorporó dentro del Capítulo de Nuevos Derechos la protección a nivel constitucional:

- a) de los derechos del medioambiente en todas sus manifestaciones (art. 41)⁸;
- b) del consumidor y de los usuarios de servicios públicos (art. 42)⁹;
- c) contra toda forma de discriminación (art. 43);

Los tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, CN, en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

⁸ “Art. 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

⁹ “ Art. 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Culturales, también contienen un catálogo específico de derechos sociales. Sin perjuicio de las reiteraciones y superposiciones, se destacan los siguientes grupos específicos: 1. Derecho del trabajo; 2. Derechos sindicales; 3. Derechos de la seguridad social; 4. Protección de la familia, la niñez y adolescencia; 5. Derecho a la salud física y mental; 6. Derecho a la educación y la participación de la vida cultural; 7. Derecho a un ambiente sano; 8. Derecho a una vivienda digna.

Hemos mencionado que la Argentina es un Estado federal, en donde existen Constituciones provinciales que también contienen derechos sociales y enunciados de principios que han de inspirar las políticas públicas en materia social. Así, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996 es paradigmática en este sentido; por ejemplo, el art. 17 establece que "*La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades*". El título II contempla una serie de políticas especiales que van desde el derecho a la salud integral vinculado con la satisfacción de necesidades de 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 íntegra, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral; la seguridad pública como deber propio e irrenunciable del Estado; entre otros. En el Anexo I de este Informe se puede ver el texto completo del Título II.

3. ¿Son todos los derechos sociales plenamente justiciables en su Constitución? ¿Hay algún tipo de gradación en cuanto a la justiciabilidad según el tipo de derechos? ¿Existe alguna clasificación al respecto?

En este punto, puede decirse que el Poder Judicial argentino ha seguido un modelo que no hace depender la "justiciabilidad" de los derechos en juego, de su naturaleza, en este caso "social". Por tanto puede decirse que la justiciabilidad de los derechos sociales, es plena y dicha doctrina "*está consolidada*"¹⁰.

No obstante, también cabe señalar que la cuestión sobre el grado de injerencia o activismo del Poder Judicial en materia de derechos sociales, se resolvió en nuestro país durante mucho tiempo por la negativa, con herramientas dogmáticas tales como las "la discrecionalidad legislativa o administrativa", la "limitación de los recursos públicos", la falta de legitimación de los accionantes", "las interpretaciones esgrimidas en ocasiones sobre el carácter programático sobre los derechos sociales" o la doctrina de la "emergencia pública". Pero en ningún caso se ha desarrollado jurisprudencia que distinguiera específicamente a los Derechos sociales como "no justiciables".

En épocas más recientes, a partir de la década de 1990, la deferencia judicial mencionada comenzó a revertirse. Se manifestó políticamente una vocación de integración internacional que llevó a dotar de plena operatividad y jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos. A su turno, la reforma de 1994 incrementó sustancialmente el catálogo de los derechos de jerarquía constitucional y amplió los mecanismos procesales para hacerlos valer en juicio. Entre ellos consagró en el art. 43.2 el amparo de los llamados "derechos de incidencia colectiva". Finalmente, en la última década, el Poder Judicial ha venido dando muestras claras de

¹⁰ Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos. 2005/2007*, Bs. As, 2008, p. 480.

una tendencia interpretativa general asociada a una concepción cada vez más activista del rol judicial y más robusta en cuanto al contenido y exigibilidad de los derechos fundamentales.

Una noción conceptual que sí podría mencionarse como elemento de atenuación a la “justiciabilidad” de los derechos sociales, es la que deriva del requisito de “legitimación” para promover la actuación de la rama judicial. En tal sentido, nuestro ordenamiento constitucional exige que el Poder Judicial actúe en el marco de un “caso o causa” judicial, entendiendo por tal únicamente a aquellos que son promovidos por sujetos que tienen un interés personal, directo y diferenciado del resto de la comunidad. Este requisito, sumado a la indeterminación legislativa sobre la configuración de los derechos de incidencia colectiva y de los elementos que constituyen un caso colectivo ha sido la fuente más significativa de rechazos, limitaciones y obstáculos a la justiciabilidad de casos en donde se plantea la violación colectiva de derechos sociales¹¹. En los últimos años, parece existir no obstante una tendencia a fijar desde el Poder Judicial las bases para superar estos obstáculos procesales, en especial en lo que hace a la protección de los derechos de incidencia colectiva. En ese sentido, cabe mencionar la doctrina consagrada en el reciente caso “Halabi”.¹²

4. ¿Qué recursos existen en su país para defender los derechos sociales? ¿En qué medida pueden ser invocados en un proceso?

Los derechos sociales consagrados en la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional son exigibles jurisdiccionalmente por las mismas acciones previstas para la protección de los demás derechos humanos, particularmente la acción de amparo. Su principal garante es el Estado (conf. arts. 116 Constitución Nacional, arts. 1 y 2 PIDESC y 1, 2, 25 y CADH). Como se ha dicho ya, por mandato constitucional los derechos sociales gozan de una presunción de operatividad y son –al menos en el plano conceptual- exigibles aun sin reglamentación (conf. arts. 25 CADH y 1 y 2 PIDSEC).

En la Argentina, desde un punto de vista dogmático, los derechos sociales son derechos de jerarquía constitucional como cualquier otro, y la tutela frente a su violación puede ser amparada jurisdiccionalmente por un recurso sencillo y rápido denominado “amparo” (o “habeas corpus”, si es que el derecho violado involucra a la libertad física), según lo prescriben el art. 43 Constitución Nacional, y en sentido coincidente art. 25 y 29 CADH. Es decir, los Derechos sociales deben ser tutelados judicialmente de manera inmediata y efectiva aun cuando la legislación procesal nacional o provincial no previese un forma específica de tutela.

Dicho lo anterior, cabe agregar que por la naturaleza de los derechos sociales, suele ocurrir en varias situaciones que los planteos judiciales tienen un perfil “colectivo”, y no meramente individual. Esta necesidad pone en crisis los moldes tradicionales del sistema procesal. Por ello, han proliferado variantes procesales que han buscado suplir estas limitaciones, fundamentalmente a partir del art. 43 de la Constitución Nacional, que admite el amparo “*contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al*

¹¹ Conf. Maurino, Gustavo y Sigal, Martín “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, SJA 22/4/2009

¹² Fallos 332:111, 2009.

consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Sin perjuicio de su falta de reglamentación a nivel legislativo, infraconstitucional, la jurisprudencia ha registrado una notable evolución, permitiendo la viabilidad de estas acciones de amparo colectivo. Enfocando la faz colectiva de ciertos derechos, queda claro que la Corte Suprema identifica la efectividad de estas declaraciones con la superación de los moldes adversariales individuales clásicos del acceso a la justicia y la legitimación procesal, y afirma que estos nuevos derechos demandan nuevas vías de acceso a la justicia y nuevos alcances de la decisiones judicial, tales como los que derivan de dotar de eficacia “*erga omnes*” a determinadas sentencias (ej. caso “Halabi”¹³) o poner en práctica “remedios estructurales” (ej. caso “Mendoza”¹⁴, en donde se procura sanear el daño medioambiental de de la cuenca Matanza-Riachuelo).

El primer supuesto tendrá lugar cuando la petición tiene por objeto la tutela de un bien colectivo, entendido como aquel perteneciente a toda la comunidad, indivisible, insusceptible de apropiación o titularidad individual y que no admite exclusión de su goce. Estos bienes colectivos son, según la Corte, pertenecientes a la esfera social y responden a una lógica distinta de la que es propia de los derechos subjetivos individuales clásicos, de ahí que el fundamento de la legitimación colectiva para su defensa. El segundo supuesto, en donde se habilita la puesta en marcha de remedios gerenciales o estructurales, parte de la necesidad de suplir la omisión administrativo-burocrática que se revela como incapaz de dar una respuesta adecuada.

Esta tendencia, a su vez, se proyectó a la acción de habeas corpus. En tal sentido, resultan de interés las causas “Mignone”¹⁵ y “Verbitsky”¹⁶ en donde la Corte Suprema admitió hábeas corpus colectivos. En el primer caso, se declaró la inconstitucionalidad de la disposición que impedía el sufragio a los detenidos bajo prisión preventiva. En el segundo, la Corte se pronunció en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

Paralelamente, existe la posibilidad de recurrir a otras vías judiciales o administrativas de reclamación o de impugnación de la actividad estatal, tales como las acciones ordinarias de inconstitucionalidad, declarativas de certeza, de impugnación de actos administrativos de alcance individual o general, de daños y perjuicios, entre otras. Se destaca aquí que, dada la organización federal del Estado Argentino, existen en las provincias leyes locales que organizan los procedimientos judiciales. Es por ello que, además de las acciones citadas, existen sistemas que organizan acciones abstractas (ej. Ciudad de Buenos Aires) y directas de inconstitucionalidad (ej. Prov. de Buenos Aires), que además pueden tener por efecto la derogación de la norma o su efecto vinculatorio *erga omnes*.

Todas estas variantes de protección procesal cuentan, a su vez, con la posibilidad de ser complementadas con medidas cautelares. El carácter urgente de esta

¹³ Fallos 332:111, 2009.

¹⁴ Fallos 329:2316, 2006.

¹⁵ Fallos 325:524, 2002.

¹⁶ Fallos 328:1146, 2005.

herramienta procesal la hace particularmente atractiva a la hora de evitar el agravamiento de ciertas condiciones sociales, o incluso dar un remedio veloz para situaciones que no admiten demora. Es por ello que se ha considerado que “adquiere cada vez mayor relevancia la medida cautelar como medio de protección de los derechos sociales”.¹⁷ Estas últimas medidas, son llamadas “innovativas” o “autosatisfactivas”. Al decir de Gozáini, configuran éstas variantes de la llamada “tutela anticipada”, cuya finalidad estriba en adelantar total o parcialmente la pretensión contenida en la demanda cuando de la no satisfacción de tal pretensión urgente deriva un perjuicio irreparable¹⁸. Las medidas cautelares innovativas o autosatisfactivas integran un importante mecanismo procesal de defensa de derechos sociales, en donde esté en juego la vida, la salud o la subsistencia digna del sujeto. Integran de este modo lo que la doctrina ha denominado “los procesos urgentes”, y proveen, en casos extremos, una especial tutela, sin sustanciación, que adelanta la satisfacción de ciertas necesidades a la espera de la sentencia de mérito.

Para terminar, vale la pena recordar que en el ejercicio de todas estas vías procesales (autónomas o cautelares), puede tener lugar un elemento de singular relevancia: el control judicial difuso de constitucionalidad, que se complementa actualmente con lo que se denomina “control de convencionalidad”, y que permite al juez inaplicar leyes u otros actos estatales en el caso concreto. Esto significa que cualquiera de estos formatos procesales, el juez está habilitado (y en cierta medida, obligado) a llevar a cabo un *test* de concordancia del accionar estatal con la Constitución, con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país, el *ius cogens* y, en cierta medida, la jurisprudencia que emana de la órganos de aplicación de esos tratados.

5. ¿Hay alguna vía de control ante la falta de regulación legislativa de las previsiones constitucionales?

En el sistema jurídico argentino no hay ninguna vía específica de control respecto de las omisiones legislativas en materia constitucional, sino que cabe utilizar para su control las vías ordinarias de control constitucional.

En etapas anteriores, la jurisprudencia interpretaba que los derechos sociales sólo podían tener operatividad y vigencia a partir de consagraciones normativas que requerían de la formulación de programas a desarrollar por los poderes encargados de establecer y ejecutar las políticas públicas, para recién después tornarse exigibles. Ya hemos visto que este criterio jurisprudencial ha sido abandonado y se han protegido jurisprudencialmente esos derechos ante acciones u omisiones de la autoridad pública.

En los últimos años, la Corte Suprema no se ha limitado declarar la inconstitucionalidad de leyes y otros actos estatales que violan derechos constitucionales, sino que también ha procurado a través de distintos mecanismos exhortar a los Poderes Legislativo y Ejecutivo Nacionales, y aun a los provinciales, a que den cumplimiento de los mandatos afirmativos que contienen la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Esta tendencia jurisprudencial tiene su punto de arranque con el caso “Ekmekdján”¹⁹. En este paradigmático precedente, la Corte Suprema confirió

¹⁷ Asociación por los Derechos Civiles, ob. cit., p. 480.

¹⁸ Gozáini, Osvaldo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, t. I, p. 564.

¹⁹ Fallos 315:1492, 1992.

aplicación directa y operativa al art. 14, CADH, que contiene el derecho de rectificación o respuesta, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase internamente.

A partir de entonces, la Corte argentina ha ido lentamente abandonando la idea de que sólo puede moverse en el eje constitucionalidad-inconstitucionalidad. En los años recientes, y adoptando un perfil más activista, ha incorporado ciertas formulaciones que reflejan la vocación por suplir la falta de regulación normativa e invitar al diálogo institucional para dar respuesta a las modernas demandas sociales²⁰.

²⁰ Así en los consids 28-30 del voto del Dr. Fayt en el caso Bustos de 2004, hay una interesante reseña sobre algunas de las modalidades que puede adoptar las decisiones los tribunales a los que les corresponde examinar la constitucionalidad de las normas, según surge del derecho comparado y nacional: "El derecho comparado, bien que en sistemas tributarios de un control de constitucionalidad muy diferente al nuestro -como las de España, Italia, Alemania y Colombia- han ido desarrollando diversas técnicas que actúan sobre los efectos de las sentencias. En España se ha sostenido en términos generales que "la consecuencia más significativa que se deriva del principio de conservación de la ley es la posibilidad de que su enjuiciamiento no concluya exclusivamente con una simple declaración de conformidad o disconformidad de la ley con la Constitución. Entre uno y otro extremo existe un abanico de posibilidades que van desde las denominadas sentencias interpretativas de rechazo hasta las aditivas y manipuladoras, pasando por declaraciones de mera anulabilidad de la norma legal impugnada" (Caamaño Domínguez, Francisco; Gómez Montoro, Ángel J.; Medina Guerrero, Manuel y Requejo Pagés, Juan Luis, *Jurisdicción y procesos constitucionales* Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, p. 44). En Italia, la Corte Constitucional ha desarrollado en los últimos años instrumentos más refinados para abordar los problemas del control de constitucionalidad de las leyes y a fin de ajustar el impacto de las sentencias que declaran la invalidez de las normas impugnadas (Nardini, William J., "Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court", en 30 "Seton Hall Law Review" 1). En Alemania, se fijan plazos y pautas para que el Parlamento -*Bundestag*- corrija la norma inconstitucional y también se han elaborado otras técnicas a fin de "suavizar el impacto político de sus decisiones" o "evitar el caos político o económico que podría resultar de la declaración de inconstitucionalidad (Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2da edición, Duke University Press, Durham-London, 1997, p. 53). En Colombia, por último se ha considerado que "el juez constitucional no está atrapado en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad en forma inmediata (sentencia de inexecutableidad)". La Corte Constitucional de dicho país "debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. En tales circunstancias, no siempre la constatación de que una norma es inconstitucional acarrea inevitablemente su automática declaración de inexecutableidad, por la sencilla razón de que puede ocurrir que el retiro inmediato de la disposición del ordenamiento ocasione una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales" (Corte Constitucional de Colombia causa C-141/01, fallada el 7 de febrero de 2001, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero). Ya más cercana a nuestra tradición, la Suprema Corte de los Estados Unidos al decidir "*Brown v. Board of Education*" (349 U.S. 294) tras declarar que la discriminación racial en la educación pública era inconstitucional, señaló que "la implementación plena de estos principios constitucionales puede requerir la solución de variados problemas escolares locales". "Los tribunales -dijo- requerirán a los demandados que den un pronto y razonable inicio hacia el completo cumplimiento de la decisión" y que "una vez que tal comienzo haya sido efectuado, los tribunales pueden encontrar que es necesario un plazo adicional para llevar a cabo la decisión en forma efectiva". "La carga de la prueba para acreditar que ese plazo es necesario en el interés público y es compatible con un cumplimiento de buena fe practicable en la fecha más próxima posible -precisó- pertenece a los demandados. A ese fin, los tribunales pueden considerar problemas relacionados con la administración, que surjan de la condición física de los edificios escolares, del sistema de transporte escolar, del personal, o de la revisión de distritos escolares y áreas de asistencia en unidades compactas, para lograr un sistema de admisión a las escuelas públicas sobre bases no raciales, y la revisión de leyes y regulaciones locales que pueda ser necesaria para solucionar los problemas precedentes. Considerarán también la adecuación de cualquier plan que los demandados

En esta línea, se destacan las sentencias modulan temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza ("Itzcovich"²¹, "Rosza"²²), dando paso a una interpretación previsoras; generar relaciones dialógicas con otros poderes de los Estados Nacional o provinciales, dirigiéndoles comunicaciones, encargos o exhortaciones ("Badaro"²³, "Verbitsky"²⁴).

En particular, la primera sentencia recaída en el caso "Badaro"²⁵, sobre la actualización de los haberes jubilatorios, ilustra correctamente la posición de la Corte Suprema frente a la "inconstitucionalidad por omisión" en lo concerniente a la falta de elaboración de políticas públicas que hagan posible actualización de las jubilaciones. La Corte -mostrándose consciente de sus límites- advirtió que no era apropiado fijar ella misma sin más *"la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer"*. Por tanto, ordenó *"llevar a conocimiento de las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones necesarias que la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor ha llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley Fundamental"*, difiriendo su pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resulte suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes. Tiempo más tarde, la Corte dicta una segunda sentencia, dado que se había desoído el primer pronunciamiento. Frente a la continuidad de la omisión, dictó una resolución disponiendo el reajuste pedido, pero aclarando enfáticamente que los efectos del pronunciamiento son para el caso concreto.

Otro ejemplo de interés es el del caso "Mignone"²⁶, en el cual la Corte Suprema no se limitó a la declaración de inconstitucionalidad del art. 3, inc. d, Código Electoral Nacional, que excluía del padrón electoral a "los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad" sino que procuró subsanar la omisión inconstitucional manifestando que se debía *"urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados"*, y, en ese marco, consideró prudente *"disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses"*.

En el caso "Verbitsky"²⁷, a su turno, la Corte dictó un fallo relevante, diseñó un remedio jurisdiccional para combatir las omisiones en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultan violatorias de los arts. 18 de la Constitución (y concordantes de los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional).

Por último, en el reciente caso "Halabi"²⁸, la Corte Suprema señaló la existencia de una mora legislativa en relación con la reglamentación de las *"acciones de clase"* y, en

puedan proponer para enfrentar estos problemas y efectuar una transición a un sistema escolar racialmente no discriminatorio".

²¹ JA 2006-I-818

²² Fallos 330:2361, 2007.

²³ Fallos 329:3089, 2006 y 330:4866, 2007.

²⁴ Fallos 328:1146, 2005.

²⁵ Fallos 329:3089, 2006

²⁶ Fallos 325:524, 2002.

²⁷ Fallos 328:1146, 2005.

²⁸ Fallos 332:111, 2009.

el lapso hasta el dictado de tal normativa por el Congreso, definió las reglas a las que deberían ceñirse esas trascendentes acciones.

En otros casos, la Corte se ha proyectado como “*legislador positivo, ya sea desarrollando sus potestades reglamentarias, en particular de aspectos procesales relativos a la tramitación de causas ante el tribunal, o bien adoptando decisiones propias de la modalidad de sentencias aditivas, manipulativas o intermedias*”²⁹.

B. Desarrollo legal, jurisprudencial e institucional

6. ¿Cuentan los derechos sociales en su país con leyes específicas que los desarrollen? ¿Qué tipo de regulación y de garantías establecen dichas leyes?

Los derechos sociales cuentan con leyes que los regulan de modo específico. Por medio de estas leyes se reconocen y definen los derechos y obligaciones en particular, crean entes administrativos destinados a su promoción o defensa, se establecen mecanismos procedimentales –en lo administrativo o judicial- para hacer valer esos derechos o solicitar la aplicación de sanciones. En particular pueden señalarse estos ámbitos:

Medioambiente: En este ámbito resultan de interés:

1) la ley 25675, que fija la política ambiental nacional, que fija presupuesto mínimos para gestión sustentable y adecuada del ambiente, reglas para la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable, establece los principios de la política ambiental, fija criterios para la competencia judicial, define cuáles serán los instrumentos de política y gestión, las reglas y condiciones para la evaluación de impacto ambiental, establece pautas para la educación, información y participación ciudadana, crea el seguro ambiental y el fondo de restauración, regula el sistema federal ambiental, define y regula la reparación del daño ambiental y crea el fondo de compensación ambiental;

2) ley 26639 de preservación de los glaciares y del ambiente periglacial, creando un régimen de presupuestos mínimos, recaudos de impacto ambiental, régimen de sanciones y órganos de aplicación;

3) ley 26168 de la cuenca matanza riachuelo, que crea la autoridad de cuenca matanza riachuelo;

4) ley 25612, de gestión integral de residuos industriales.

Trabajo: En este ámbito resultan de interés:

1) ley 20744 (y sus modificatorias), que crea y regula las condiciones mínimas del contrato de trabajo;

2) ley 24.557 (y sus modificatorias) de riesgos del trabajo, la cual fija los objetivos y pautas para la prevención de los riesgos del trabajo, define las contingencias y situaciones cubiertas, fija las prestaciones dinerarias y en especie, establece sistema de determinación y revisión de las incapacidades, regula el régimen financiero y la gestión de las prestaciones, define los derechos, deberes y prohibiciones, crea los

²⁹ Sagüés, María Sofía, "El diálogo institucional en el activismo jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", elDial.com, Supl. de Derecho Constitucional, biblioteca jurídica online.)

entes de regulación y supervisión, y establece supuestos de responsabilidad civil del empleador;

3) ley 26390, sobre prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente;

Seguridad social: En esta materia se destacan:

1) ley 26425, que crea el sistema integrado de jubilaciones y pensiones, estableciendo un único régimen previsional público, financiado a través de un sistema de reparto;

2) ley 24.714 de asignaciones familiares;

3) ley 19032 y sus modificatorias, que crea el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

Existe también una vasta red de planes de asistencia social y subsidios, articulados mediante “decretos de necesidad y urgencia”, de rango legal pero dictados por el Poder Ejecutivo. En este aspecto se destacan:

1) Plan Jefes de hogar, creado por el DNU 565/2002, que establece un subsidio para jefes de hogar desocupados, en medio de la grave crisis del año 2001;

2) Plan “Asignación Universal por Hijo para Protección Social”, creado por DNU 1602/2009, fijando subsidio destinado a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina, que no tengan otra asignación familiar prevista por la ley y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal.

Vivienda: En este ámbito resultan de interés las leyes 24464, 24718, 24748, 24934, 25079 y 26182, todas ellas vinculadas al Sistema Federal de la Vivienda. Se crea el sistema, se establecen los planes de vivienda, el destino de los fondos, el mecanismo de control del destino de los fondos, se crea el consejo nacional de la vivienda, se crean entes jurisdiccionales, se establecen sistemas de crédito y mecanismos de regularización dominial y carteras hipotecarias.

Familia: En este ámbito resultan de interés:

1) ley 26061 sobre Niñez y Adolescencia;

2) ley 26233 que crea los Centros de Desarrollo Infantil;

3) ley 25746 que crea el Registro Nacional de personas menores extraviadas;

4) ley 24417 que crea el régimen de protección contra la violencia familiar.

Protección de grupos desaventajados: En este ámbito resultan de interés:

1) ley 26485 para la protección integral y para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. La ley define los derechos, fija los preceptos para orientar las políticas públicas en la materia, crea organismos con competencia a tal fin, creación de un procedimiento especial para el reconocimiento de estos derechos;

2) leyes 22431, 25644 y 25689 que establecen el sistema de protección integral de discapacitados, establecen beneficios e incentivos laborales, subsidios para el transporte colectivo terrestre, etc.

Salud: Además del complejo marco legal que regula los sistemas de salud pública, obras sociales sindicales y medicina prepaga, son de interés:

1) ley 26657 derecho a la protección de la salud mental, la cual define los derechos, regula internaciones y crea organismos de aplicación;

2) ley 26529, sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud;

3) ley 26689 cuidado integral de la salud de las personas con enfermedades poco frecuentes, definiendo los derechos de las personas con estas enfermedades y creando un programa de difusión y educación en la materia;

4) ley 26.682, que define el marco de regulación de la medicina prepaga y define los derechos y prestaciones a favor de los pacientes, las obligaciones de los prestadores, y crea sanciones y entes de control;

5) ley 25929 de protección del embarazo y del recién nacido, que establece prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, y define al respecto derechos de los padres y de la persona recién nacida.

7. ¿Existen decisiones del Tribunal Constitucional -u órgano equivalente- que se pronuncien sobre el contenido de los derechos sociales? ¿Puede señalar algún supuesto de particular interés?

En los últimos años la Corte Suprema ha dictado trascendentes fallos que tienen como eje principal a los derechos sociales. Como se ha dicho ya, estos derechos han dejado de ser meros proyectos programáticos, y reclaman operatividad y vigencia. Con un perfil activista, además, la Corte Suprema ha procurado subsanar omisiones legislativas o ejecutivas en esta materia.

En tal sentido, un primer grupo de sentencias, son aquellas que satisfacen un derecho individual pero consagran a la vez un principio fundamental para interpretar el derecho social subyacente. Por citar un ejemplo, en los casos "Hooft"³⁰ y "Gottschau"³¹ la Corte se expidió respecto de la inconstitucionalidad de discriminaciones arbitrarias en materia de acceso al empleo público, resolviendo el caso, pero fijando, además, estándares o *tests* constitucionales para casos futuros, tal como la presunción de inconstitucionalidad o el establecimiento de categorías o parámetros clasificatorios "sospechosos", tal como la nacionalidad, por considerarlos discriminatorios y contrarios al derecho constitucional a la igualdad.

También hay decisiones apuntan a reformar el tratamiento judicial de asuntos de carácter social y, a su vez, determinan la adopción de conductas de otro poder -el Legislativo, por ejemplo-, que debe adecuar la ley a la jurisprudencia de la Corte, como en el caso "Itzcovich"³². En este fallo, el máximo tribunal declaró la inconstitucionalidad de una ley que dilatava innecesariamente los juicios en materia previsional, afectando el derecho de las personas jubiladas.

Por último, es posible enumerar un grupo de sentencias en las cuales la Corte analiza, a la luz de la Constitución, las políticas públicas en vigor respecto de ciertos derechos sociales. Existen numerosas sentencias que han abordado la temática de los

³⁰ Fallos 327:5118, 2004.

³¹ JA 2006-IV-596.

³² JA 2006-I-818

Derechos sociales, delineando el perfil, alcances y contenido de cada uno de los derechos reconocidos. Agrupando por temas, se han destacado:

Derecho a la Salud: Este ha sido uno de los derechos preferidos en la última década. Es posible citar -entre muchísimos otros- el caso "María, Flavia Judith"³³, en donde este derecho es reconocido y tratado como derecho fundamental. Son de importancia también los casos "Hospital Británico"³⁴, "Sartori"³⁵, "Cambiaso"³⁶ y "Euromédica"³⁷, citados más abajo, a los cuales me remito por razones de brevedad. Por último, se registran también interesantes sentencias de la Corte Suprema (v.gr. "Campodónico"³⁸ y su progenie) y de juzgados inferiores (v. gr., caso "Bello"³⁹) que disponen la inmediata provisión de medicamentos o la cobertura integral de tratamientos u operaciones costosas, a cargo de las empresas de medicina prepaga, obras sociales o los Estados nacional y provincial, dando así tutela efectiva del derecho de la salud de persona o grupos de personas⁴⁰.

Derecho del Trabajo: Otra área en la cual la Corte Suprema en su actual composición ha sido especialmente activista es en materia de laborales. Así, se ha expedido declarando la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley de Riesgos del Trabajo, como los casos "Milone"⁴¹, "Silva"⁴², "Ascuá"⁴³, "Torrillo"⁴⁴, "Aquino"⁴⁵, en donde se consideró inconstitucional los topes y rubros indemnizatorios y las formas de pago previstas en la ley para los supuestos de accidentes de trabajo. También se ha declarado la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio por despido implementado en la Ley de Contrato de Trabajo para la cuantificación de la indemnización por despido incausado, como en "Vizzoti"⁴⁶, o sustentando la estabilidad laboral del empleado público *in re* "Madorrán"⁴⁷.

Derechos sindicales: En un área vinculada al Derecho del Trabajo, y de alto perfil político, como lo es la cuestión de la protección de la libertad de asociación sindical, la Corte ha dictado importantes fallos en "Asociación Trabajadores del Estado";⁴⁸ y "Rossi"⁴⁹, habilitando la existencia de más de un sindicato con personería gremial, pese a las disposiciones legales en contrario.

³³ Fallos 330:4647, 2007.

³⁴ Fallos 324:754, 2001.

³⁵ Fallos 328:4747, 2005.

³⁶ LL 2008-B-301

³⁷ JA 2008-III-336

³⁸ Fallos 323:3229, 2000.

³⁹ Cám. Federal de la IV Circunscripción, Córdoba. 21 de octubre de 2011.

⁴⁰ Algunas otros ejemplos de sentencias de la Corte Suprema argentina que dieron tutela efectiva al derecho a la salud, pueden verse en ADC, La Corte y los Derechos 2005/2007, Siglo Veintiuno Editores, Bs. As., 2008, págs.. 510 y ss.

⁴¹ RDLSS 2006-5-387.

⁴² Fallos 330:5435, 2006.

⁴³ Fallos 332:2043, 2009.

⁴⁴ Fallos 332:709, 2009.

⁴⁵ Fallos 327:3753, 2004.

⁴⁶ Fallos 327:3677, 2004.

⁴⁷ Fallos 330:1989, 2007.

⁴⁸ Fallos 331:2499, 2008.

⁴⁹ Fallos 332:2715, 2009.

Derecho a la vivienda: Se advierte cierta reticencia de la Corte Suprema a tomar un papel activo en esta materia, tal como lo prueba el caso “Urán”⁵⁰, en donde la Corte declinó su competencia originaria y negó la medida cautelar solicitada por una mujer discapacitada y con diez hijos. Este fallo es relevante en tanto contrasta con la postura del Tribunal en otras áreas, como en el de la provisión de medicamentos, en las cuales admitió medidas cautelares aun siendo incompetente.

También han recaído sentencias de importancia que han abordado la temática de la defensa de la vivienda única y familiar, como por ejemplo en “Rinaldi”⁵¹ en donde se invocó este derecho para justificar la constitucionalidad de la transformación a pesos de un crédito originalmente nominado en dólares. Por último, es interesante señalar que esta materia se encuentra actualmente en el centro del debate de la Corte Suprema, en atención a que en la causa “Quisberth Castro”⁵², promovida por una familia en situación de calle para que se le garantice el derecho a la vivienda y señalando que el subsidio que al efecto ya reciben es insuficiente, por el monto y por el límite temporal al que están sujetos. En este caso, se cuestiona la jurisprudencia actualmente vigente en la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de la cual se ha sostenido que la obligación constitucional en esta materia está satisfecha por la fijación de programas habitacionales conforme el máximo de recursos disponibles, lo cual se traduce en la entrega de subsidios con límites temporales improrrogables y en cuanto al monto (v.gr. caso “Alba Quintana”⁵³).

Derecho alimentario: Se destaca en este plano el caso “Ramos”⁵⁴, en el cual la Corte negó a una mujer indigente con ocho hijos la pretensión de obtener por vía judicial un subsidio alimentario y que permita el acceso a una vivienda digna. Manifestó en la oportunidad que la petición debía dirigirse a los entes que tienen a su cargo la “administración de los planes asistenciales del Estado Nacional y provincial”. Luego, en el caso “Rodríguez”⁵⁵ si bien la Corte volvió a declararse incompetente, hizo lugar a una medida cautelar ordenando a las autoridades nacionales y municipales realizar “acciones positivas para satisfacer el derecho a la alimentación de los niños afectados”⁵⁶.

Derecho de la seguridad social: En materia de prestaciones de la Seguridad Social, y en particular respecto de la movilidad y la actualización de haberes provisionales, se han dictados los importantes precedentes de la causa “Badaro”⁵⁷, y también las decisiones “Sánchez”⁵⁸, “Elliff”⁵⁹. En particular, declarando la inaplicabilidad del tope máximo de haberes provisionales, se ha dictado la causa “Aban, Francisca A. v. ANSeS”⁶⁰.

⁵⁰ La Ley 2006-D, 533

⁵¹ JA 2007-II-537.

⁵² Exp. RHE “Q”, tº 46., nro. 64/2010.

⁵³ Tribunal Superior de Justicia de la Cdad. De Bs. As., caso cit., 12/5/2010.

⁵⁴ Fallos 325:396, 2002.

⁵⁵ CS, sentencia del 7/3/2006.

⁵⁶ Asociación por los Derechos Civiles, ob. cit., p. 484.

⁵⁷ Fallos 329:3089, 2006 y 330:4866, 2007.

⁵⁸ Fallos 328:1602 y 2833, 2005.

⁵⁹ Fallos 330:4866, 2007.

⁶⁰ Exp. A. 2338. XL., 2009.

8. ¿Tienden los tribunales ordinarios a dotar de eficacia directa a los derechos sociales, con independencia de su desarrollo legal? ¿En qué ámbitos puede apreciarse esta tendencia?

Como se ha dicho ya, la premisa elemental que guía la jurisprudencia actual es la de dotar de operatividad a los derechos sociales, y procurar su vigencia aún frente a la omisión legislativa o administrativa. Los postulados legales y los mecanismos procesales que orientan que enmarcan a esta cuestión han sido desarrollados más arriba.

Pasando, ahora, a la evaluación de lo que ocurre en el plano de la realidad, valorando la concreción efectiva de estos postulados a la vida cotidiana, debemos señalar que los tribunales se ocupan de la eficacia directa de los derechos sociales con intensidad muy dispar.

Existen, así, ámbitos en donde el activismo judicial y la preocupación por tratar de lograr un impacto eficaz es mayor. Uno de estos ámbitos “preferidos”, es el concerniente al derecho a la salud. Existe nutrida jurisprudencia que, en los últimos años, se preocupado por lograr la vigencia efectiva de este derecho, aún en áreas donde la regulación estatal estaba ausente, por ejemplo, en la relación de los pacientes con las empresas de medicina prepaga. Esta jurisprudencia está integrada por casos como “Hospital Británico”⁶¹ y sigue con “Sartori”⁶², “Cambiaso”⁶³ y “Euromédica”⁶⁴. Resolvió allí la Corte, en ausencia de regulación legal específica, y como una manifestación concreta de la jerarquía constitucional de este derecho, que las prepagas son sujetos obligados por el derecho constitucional a la salud; que quien quiera atacar la constitucionalidad de esas obligaciones tiene la carga de la argumentación y de la justificación agravada; que las prestaciones obligatorias pueden ser actualizadas por vía reglamentaria y para la protección de las personas con discapacidad; que las empresas de medicina prepaga no pueden establecer períodos de carencia respecto del Plan Médico Obligatorio (PMO); que las prestaciones debidas por las prepagas en virtud del PMO pueden ser actualizadas; que las prepagas están obligadas a continuar la relación si subsiste la ecuación económica contractual, etc.

En materia de derecho a la salud, pues, la Corte ha avanzado notablemente por medio de sus sentencias; en especial, en materia de provisión de medicamentos y al definir las obligaciones que emanan del derecho del paciente y en la protección especial a grupos desaventajados, a niños y personas con discapacidad. Su fundamentación se mueve, en general, en torno a dos principios: la función social de la entidad médica (aunque ésta prefiera verse como mera empresa) y la aplicación del principio *favor debilis*. Entre otros pronunciamientos, se pueden señalar los siguientes: caso “Camacho Acosta”⁶⁵, en el que el Tribunal dictó una medida cautelar innovativa por la que se ordenaba al demandado el pago anticipado de una suma de dinero destinada a la intervención quirúrgica de una víctima de un infortunio laboral, aun antes de que se dictase la sentencia definitiva en la causa; caso “Asociación Benghalensis”⁶⁶,

⁶¹ Fallos 324:754, 2001.

⁶² Fallos 328:4747, 2005

⁶³ LL 2008-B-301

⁶⁴ JA 2008-III-336

⁶⁵ Caso “Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf SRL y otros”, *Fallos*, 320:1633 (1997).

⁶⁶ Caso “Asociación Benghalensis y otros c/Min. de Salud y Acción Social”, *Fallos*, 323:1339 (2000). En el mismo sentido, pueden mencionarse los casos: “Campodónico”, *Fallos*, 323:3229 (2000); “Monteserin”, *Fallos*, 324:3569 (2001), publicado en el diario *La Ley* del 5/11/2001; “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, *Fallos*, 326:4931 (2003).

en el que el Estado nacional fue obligado a garantizar subsidiariamente la entrega de medicina a los enfermos de sida, sin perjuicio de la responsabilidad que originariamente corresponde a las obras sociales y a las provincias; caso “Hospital Británico”⁶⁷, en el que se declara la constitucionalidad de la ley 24754, que obligaba a las empresas de medicina prepaga a dar cobertura integral a sus afiliados, sin poder excluir el tratamiento de los enfermos de sida y de la drogadicción; caso “Omint”⁶⁸, en el que una empresa de medicina prepaga fue obligada a restablecer el contrato de medicina prepaga del actor, que había rescindido al pretender este iniciar su tratamiento de HIV; caso “Gallardo”⁶⁹, en el que mediante la admisión de un hábeas corpus correctivo, el Tribunal reconoció el derecho al tratamiento médico de una persona procesada y detenida que no recibía la necesaria atención sanitaria.

En segundo lugar, podemos situar a otros ámbitos de importancia central para la Corte actual, en donde se advierte vocación del tribunal por mostrarse activista celoso de la vigencia de los derechos. Uno de estos ámbitos es el del Derecho del Trabajo. Se han citado al respecto los casos “Aquino”⁷⁰, “Vizzoti”⁷¹ y otros, en donde se observa una marcada tendencia de protección del trabajador y sus derechos, y la Corte se muestra con la manifiesta vocación de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. En “Vizzoti”⁷², la Corte refiere cómo el art. 14 bis, CN, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad, el que debe darse desde el ángulo del trabajador como sujeto tutela preferente.

En un escalón más abajo -por ponerlo de alguna manera- se sitúan otros ámbitos en donde la Corte también ha prestado atención, aunque con un perfil algo más deferente. Se trata de las cuestiones vinculadas al medio ambiente (caso “Mendoza”⁷³) o las jubilaciones (caso “Badaro”⁷⁴). Aquí el tribunal ha avanzado, aunque con un enfoque más “dialógico”, es decir, utilizando variantes “atípicas” de sentencias constitucionales, mediante los cuales invita a los demás poderes a resolver las cuestiones y modula los efectos de tales pronunciamientos y abre vías de colaboración. Estos fallos han tenido más éxito como motores de la opinión pública, que como remedios de la situación social que pretenden abordar.

También la atención de situaciones extremas de pobreza ha suscitado algunos pronunciamientos e intervenciones innovadoras por parte de la Corte Suprema argentina. En el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”⁷⁵, de fecha 18 de septiembre de 2007, el Defensor del Pueblo de la Nación dedujo acción de amparo contra la Provincia del Chaco y el Estado Nacional, a fin de que se los condene a que adopten las medidas necesarias para modificar las actuales condiciones de vida de ciertas poblaciones indígenas, quienes, según sostiene, se encuentran en una situación de emergencia extrema, con sus necesidades más básicas y elementales insatisfechas,

⁶⁷ Caso “Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional”, *Fallos*, 324:754 (2001).

⁶⁸ Caso “E., R. E. c/Omint”, *Fallos*, 324:677 (2001).

⁶⁹ Caso “Gallardo, Juan Carlos”, *Fallos*, 322:2735 (1999).

⁷⁰ Fallos 327:3753, 2004.

⁷¹ Fallos 327:3677, 2004.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Fallos 329:2316, 2006.

⁷⁴ Fallos 329:3089, 2006 y 330:4866, 2007.

⁷⁵ CS, D. 587. XLIII (2007)

como consecuencia de la inacción del Estado Nacional y provincial, y del incumplimiento, por parte de ambos, de las obligaciones que emanan de las leyes vigentes, de la Constitución Nacional, de los Tratados internacionales y de la Constitución de la Provincia del Chaco. Solicita que se los condene a que garanticen a dichas comunidades una real y efectiva calidad de vida digna, que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente, con la mutua intervención por parte del Estado Nacional y la Provincia del Chaco. El Tribunal estimó que "la gravedad y urgencia de los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la C.N. De tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, habrá de requerir a la demandada las explicaciones que estima necesarias al objeto del pleito, y dispondrá la comparecencia de las partes a una audiencia". En base a la situación planteada, la Corte resuelve, en primer término "requerir al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco para que en el plazo de treinta días informen al Tribunal, con relación a las medidas de protección de la comunidad indígena que habita en dicha región: 1) Comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que la integran. 2) Presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas. 3) Ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria. 4) Ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección. 5) Ejecución de planes de educación. 6) Ejecución de programas habitacionales." Asimismo, convoca a una audiencia a realizarse en la sede de esta Corte en la cual las partes deberán expedirse en forma oral y pública ante el Tribunal sobre el contenido del informe presentado. Finalmente, hace lugar a la medida cautelar solicitada y en consecuencia, ordena al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas citadas, como así también un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios.

Por último, existen importantísimos ámbitos en donde la Corte, o las jurisdicciones provinciales, aún no han dictado sentencias de importancia que hayan alterado el *statu quo*, aun frente a notables deficiencias en el cumplimiento de los objetivos constitucionales. El caso más elocuente quizás sea el del derecho a la vivienda. Únicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha habido algunas sentencias poniendo el acento sobre este tema, impulsando una visión ambiciosa, como por ejemplo rechazando las políticas públicas que ofrecían paradores, abrigos, créditos o subsidios substitutivos, y planteando la exigencia constitucional del Estado de proveer concretamente una casa habitación. Esta cuestión, como se ha dicho, está en pleno debate actualmente en la Corte Suprema (en el caso "Quisberth Castro, Sonia Yolanda c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo") pero no ha merecido hasta ahora una definición concreta del Alto Tribunal.

9. ¿Plantea en su país la justiciabilidad de los derechos sociales problemas en cuanto al cumplimiento efectivo de las sentencias?

Frente al vasto catálogo de Derechos sociales con jerarquía constitucional, y a pesar de ciertas intervenciones activistas del Poder Judicial verificadas en los últimos años, puede afirmarse que el Poder Judicial -en todas las jurisdicciones, niveles y fueros- padece una relativa debilidad para hacer efectivos los derechos reconocidos. En el campo de los Derechos sociales esto es quizás más evidente.

El punto de partida está dado por las dificultades materiales que presenta tanto el acceso a la justicia por parte de los individuos o grupos cuyos derechos sociales resultan más vulnerados, como por la escasez de recursos humanos y materiales que afecta al Poder Judicial. Ello hace que, en general, el ciudadano se vea desincentivado a reclamar y que el Poder Judicial actúe sin las herramientas necesarias. En consecuencia, el accionar de los juzgados carece de la agilidad y eficacia que se requieren para la solución de ciertas situaciones sociales.

En segundo término, las acciones colectivas siguen siendo una novedad en nuestra práctica procesal, ante la cual no pocos abogados y tribunales reaccionan con incomodidad. Como se ha dicho más arriba, el obstáculo más habitual que limitaba su funcionamiento era el cuestionamiento de la legitimación colectiva y el rechazo de casos colectivos relativos a "derechos individuales homogéneos". En los últimos años la Corte ha manifestado una disposición a actualizar los procedimientos y las herramientas de decisión, a fin de lograr efectividad para sus sentencias en casos de impacto colectivo. Pero aún se advierte por parte de la Corte Suprema una clara falta de orientación teórico-práctica a fin de avanzar de modo eficaz en esos procesos. En los casos emblemáticos, como "Verbitsky"⁷⁶ o "Mendoza"⁷⁷, si bien han existido avances en la concreción de las mejoras decididas por la Corte Suprema, todavía están lejos de haber cumplido las expectativas.

Por último, conspira también contra la eficacia del cumplimiento de las sentencias cierta madurez del sistema institucional. Esto se verifica en varios planos. Por un lado, es llamativo el incumplimiento por el Poder Ejecutivo y/o Legislativo del desarrollo de los mandatos constitucionales a su cargo o de las sentencias exhortativas que le ha dirigido la Corte Suprema. El caso "Badaro"⁷⁸ y la situación de la movilidad jubilatoria es un buen ejemplo. Por otro lado, conspira contra la eficacia del cumplimiento de sentencias está dado por el avance del poder político sobre la independencia del Poder Judicial. Resulta paradójico que órganos creados por la Constitución para mejorar la calidad institucional, por ejemplo, el Consejo de la Magistratura, destinados a transparentar la selección de magistrados judiciales inferiores a la Corte Suprema, hayan quedado en los últimos años distorsionados por una reglamentación que ha hecho prevalecer las mayorías políticas sobre los elementos técnico-profesionales.

Sin embargo, cabe destacar que progresivamente los jueces han ido encontrando alternativas para hacer efectivas sus decisiones en materia de tutela de los derechos sociales. Mediante sentencias exhortativas han logrado que, en algunas ocasiones, los poderes políticos dicten normas que mejoran la protección de esa clase de derechos (p.ej. en el casos Badaro I y II en materia de actualización de las jubilaciones) o pongan en marcha un programa de gobierno para atender derechos que habían afectados por la omisión legislativa o administrativa (p. ej. caso Mendoza

⁷⁶ Fallos 328:1146, 2005.

⁷⁷ Fallos 329:2316, 2006

⁷⁸ Fallos 329:3089, 2006 y 330:4866, 2007.

relativo al derecho al medio ambiente; caso Defensor del Pueblo sobre derecho a la alimentación y a la salud de las comunidades indígenas). En otras ocasiones han suplido eficazmente la falta de atención de un derecho, como los casos relativos al tratamiento médico de personas o grupos de personas. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, los jueces, mediante la imposición de astreintes o multas a los funcionarios públicos, han logrado hacer cumplir sentencias que ordenaban la atención de un derecho social, particularmente de los derechos a la salud y a la vivienda. De este modo, progresivamente se ha logrado aumentar la eficacia de la protección jurisdiccional de los derechos sociales, más allá de las naturales dificultades que existen en la materia.

C. Discusión teórico-jurídica, ideas y propuestas de futuro

10. ¿Hasta qué punto considera que cabe defender la justiciabilidad de los derechos sociales?

Considero que el punto de partida debe ser la plena justiciabilidad de los derechos sociales, dado su indudable contenido jurídico y su explícita recepción en los textos constitucionales. No cabe duda que el Poder Judicial, en tanto participa en nuestro esquema constitucional del gobierno de la Nación, tiene una clara competencia y responsabilidad para hacer cumplir estos derechos, que responden a nuevas demandas sociales. Por lo tanto, no es constitucionalmente justificable sustraer *a priori* este vasto sector de la problemática social del conocimiento de los magistrados judiciales.

Dicho lo anterior, tampoco es posible pasar por alto que, desde el punto de vista de una sana y genuina teoría democrática, la competencia y responsabilidad principal en esta exigencia constitucional depende de los órganos políticos, que deben su legitimidad de origen y continuidad en el cargo al voto ciudadano. Al tratarse de derechos que exigen una prestación positiva del Estado, y la asignación preferente de recursos presupuestarios, la elaboración y administración de las políticas públicas que atiendan estas cuestiones debe quedar de modo preeminente en cabeza de los representantes elegidos por el voto.

El rol del Poder Judicial debe ser, entonces, en esta materia especialmente deferente hacia el criterio y las posibilidades efectivas de los otros órganos de gobierno. Ello no significa abdicar del control ni aprobar políticas públicas ineficaces. Considero que la intervención adecuada es la que se ejerce por medio de un control de constitucionalidad que fomente el diálogo institucional y exhorte de modo eficaz al cumplimiento de las prestaciones a los órganos que la Constitución ha creado a tal efecto. Ante la omisión de los demás órganos de gobierno, el Poder Judicial puede actuar como despertador del inicio de políticas públicas que atiendan los derechos sociales. Un buen ejemplo de este tipo de control por vía exhortativa, es el que ha ejercido la Corte Suprema en los casos “Badaro” y “Mendoza”.

Por último, un control más intenso, que ponga en práctica, por ejemplo, lo que se conoce como “remedios estructurales”, en los que el Poder Judicial asume una función decididamente gerencial y sustitutiva de los órganos electivos, sólo estará justificado cuando la omisión constitucional sea clamorosa y, además, se cuenten con los medios técnicos, económicos y humanos para llevar adelante una intervención eficaz. Esto último, naturalmente, es difícil de evaluar en la práctica y debe ser sopesado prudencialmente por los tribunales. Pero es un punto de vital importancia, ya

que de lo contrario, el Poder Judicial sustrae un problema de la agenda política, libera a ciertos actores de su responsabilidad institucional, y puede generar la desmovilización de la opinión pública

II. ¿Cuáles son las preocupaciones básicas en materia de derechos sociales que existen en la actualidad en su país? ¿Cómo valora la regulación normativa existente y las decisiones de los órganos jurisdiccionales recaídas hasta el momento?

En materia de derechos sociales, la agenda pública ha estado enfocada prioritariamente en las siguientes áreas:

Derecho del trabajo: tal como se surge de la jurisprudencia citada más arriba, en esta materia la Corte Suprema ha sido muy activa en procura de robustecer las normas tuitivas del trabajador, y en particular por eliminar topes legales en materia de indemnizaciones por despidos o accidentes. Puede decirse que las medidas han tenido impacto concreto y alto grado de cumplimiento, en tanto su implementación resulta sencilla, los tribunales inferiores han acompañado esta tendencia, y los costos recaen fundamentalmente sobre el sector privado. Lamentablemente, no se ha reemplazado la normativa declarada inconstitucional, por un nuevo sistema legal adecuado a los nuevos principios. Esto genera un cuadro de poca previsibilidad e inseguridad jurídica, que puede tener repercusión en el futuro, en un clima de mayor adversidad económica.

Derecho de la salud: en esta materia, tal como en el caso anterior, la Corte ha sido también muy activa y, cuando se trata del sistema privado o de obras sociales, muy eficaz. Como surge de la jurisprudencia citada, la Corte amplió el universo de prestaciones, facilitó la urgente provisión de medicamentos, habilitó nuevos mecanismos procesales de tutela, y desplegó principios tuitivos en lo concerniente a la relación con empresas de medicina prepaga. Aquí también, al tratarse de la elaboración de reglas jurídicas de fácil implementación y en la medida en que los costos fundamentales a cargo del sector privado, el resultado ha sido un alto impacto y eficacia. En esta materia se ha dictado recientemente un nuevo marco legal para regular la medicina prepaga, que está dando los primeros pasos, pero que ha merecido críticas desde los sectores especializados.

Fuera de ello, la regulación del sector público, que es la que está destinada a la población más vulnerable, es poco satisfactoria. Ello se refleja en varios niveles: baja calidad de la prestación, los numerosos casos de corrupción que se verifican de forma recurrente, etc. Al mismo tiempo, el Poder Judicial no se muestra como una alternativa eficaz: “no abundan los casos presentados por personas que sólo cuenten con la cobertura del hospital público”, ni aun como planteo de demanda colectiva.⁷⁹

Derecho de la seguridad social: esta materia es actualmente de gran preocupación, dado el contexto de alta inflación que vive nuestro país en la última década. Ha sido significativo y valioso el avance del Poder Judicial a fin de exhortar a los poderes electivos para que se avance en la movilidad jubilatoria. No obstante, el Poder Judicial no ha podido en este caso lograr que la Administración de una respuesta eficaz a este problema, dado que no existe en la actualidad un sistema de movilidad

⁷⁹ Asociación por los Derechos Civiles, op. cit., p. 482.

adecuado, y existe una enorme cantidad de causas judiciales que han debido promover los jubilados, que no avanzan o con sentencias de muy difícil cumplimiento.

Por otro lado, en el marco de los planes sociales, se destaca en fechas recientes la expansión y universalización de los subsidios a la pobreza y el desempleo, con regulaciones auspiciosas que ofrecen mayor transparencia y menor intermediación. El desafío hacia el futuro será el financiamiento de estos planes masivos, si es que se presenta un contexto de deterioro de las cuentas públicas.

Derecho ambiental: este es un tema que progresivamente va ganando lugar en la opinión pública, y se han dictado numerosas leyes al respecto. A pesar de que existen numerosos conflictos ambientales, el Poder Judicial no ha intervenido masivamente en esta cuestión. Existe sí un caso paradigmático (“Mendoza”) en donde se procura el saneamiento de la cuenca del río Matanza-Riachuelo, que afecta a más de 3.500.000 personas. Aquí la Corte Suprema ha adoptado un rol decididamente activo, aunque hasta ahora no ha obtenido hasta ahora resultados concretos, por el bajo nivel de involucramiento y colaboración de los actores políticos.

Derecho a la vivienda: por último, este es uno de los problemas sociales más graves y acuciantes de nuestro país, y que paradójicamente, recibe poca atención. A pesar del crecimiento económico de los últimos años, la Argentina padece un déficit alarmante, tanto en cantidad de unidades habitacionales como en la calidad de las existentes. Una de las consecuencias de esto es la proliferación de villas y asentamientos precarios y que una creciente porción de la población habite en condiciones indignas. En esta materia, tal como se ha dicho más arriba, no existe hasta el momento una intervención significativa de las autoridades federales, ni desde el plano político ni desde el judicial. Es esperable que, a partir del caso “Quisberth”, citado más arriba, la cuestión adquiera la importancia que merece. En el Anexo II se contiene un breve informe sobre esta causa que está en estos momentos a consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Anexo I

Titulo Segundo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 en el que se establecen las políticas públicas de carácter social

CAPÍTULO PRIMERO - DISPOSICIONES COMUNES

ARTÍCULO 17.- La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades.

ARTÍCULO 18.- La Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado, que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio.

ARTÍCULO 19.- El Consejo de Planeamiento Estratégico, de carácter consultivo, con iniciativa legislativa, presidido por el Jefe de Gobierno e integrado por las instituciones y organizaciones sociales representativas, del trabajo, la producción, religiosas, culturales, educativas y los partidos políticos, articula su interacción con la sociedad civil, a fin de proponer periódicamente planes estratégicos consensuados que ofrezcan fundamentos para las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad. Sus integrantes se desempeñan honorariamente.

CAPÍTULO SEGUNDO - SALUD

ARTÍCULO 20.- Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.

El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad.

Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo. Rige la compensación económica de los servicios prestados a personas con cobertura social o privada, por sus respectivas entidades. De igual modo se procede con otras jurisdicciones.

ARTÍCULO 21.- La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, conforme a los siguientes lineamientos:

1. La Ciudad conduce, controla y regula el sistema de salud. Financia el área estatal que es el eje de dicho sistema y establece políticas de articulación y complementación con el sector privado y los organismos de seguridad social.

2. El área estatal se organiza y desarrolla conforme a la estrategia de atención primaria, con la constitución de redes y niveles de atención, jerarquizando el primer nivel.

3. Determina la articulación y complementación de las acciones para la salud con los municipios del conurbano bonaerense para generar políticas que comprendan el área metropolitana; y concerta políticas sanitarias con los gobiernos nacional, provinciales y municipales.

4. Promueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos.

5. Garantiza la atención integral del embarazo, parto, puerperio y de la niñez hasta el primer año de vida, asegura su protección y asistencia integral, social y nutricional, promoviendo la lactancia materna, propendiendo a su normal crecimiento y con especial dedicación hacia los núcleos poblacionales carenciados y desprotegidos.

6. Reconoce a la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada.

7. Garantiza la prevención de la discapacidad y la atención integral de personas con necesidades especiales.

8. Previene las dependencias y el alcoholismo y asiste a quienes los padecen.

9. Promueve la descentralización en la gestión estatal de la salud dentro del marco de políticas generales, sin afectar la unidad del sistema; la participación de la población; crea el Consejo General de Salud, de carácter consultivo, no vinculante y honorario, con representación estatal y de la comunidad.

10. Desarrolla una política de medicamentos que garantiza eficacia, seguridad y acceso a toda la población. Promueve el suministro gratuito de medicamentos básicos.

11. Incentiva la docencia e investigación en todas las áreas que comprendan las acciones de salud, en vinculación con las universidades.

12. Las políticas de salud mental reconocerán la singularidad de los asistidos por su malestar psíquico y su condición de sujetos de derecho, garantizando su atención en los establecimientos estatales. No tienen como fin el control social y erradican el castigo; propenden a la institucionalización progresiva, creando una red de servicios y de protección social.

13. No se pueden ceder los recursos de los servicios públicos de salud a entidades privadas con o sin fines de lucro, bajo ninguna forma de contratación que lesione los intereses del sector, ni delegarse en las mismas las tareas de planificación o evaluación de los programas de salud que en él se desarrollen.

ARTÍCULO 22.- La Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria. Regula, habilita, fiscaliza y

controla todo el circuito de producción, comercialización y consumo de productos alimenticios, medicamentos, tecnología médica, el ejercicio de las profesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella. Coordina su actividad con otras jurisdicciones.

CAPÍTULO TERCERO - EDUCACIÓN

ARTÍCULO 23.- La Ciudad reconoce y garantiza un sistema educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y la solidaridad, tendiente a un desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática.

Asegura la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo. Respeta el derecho individual de los educandos, de los padres o tutores, a la elección de la orientación educativa según sus convicciones y preferencias.

Promueve el más alto nivel de calidad de la enseñanza y asegura políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio de aquellos derechos.

Establece los lineamientos curriculares para cada uno de los niveles educativos.

La educación tiene un carácter esencialmente nacional con especial referencia a la Ciudad, favoreciendo la integración con otras culturas.

ARTÍCULO 24.- La Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad, o el período mayor que la legislación determine.

Organiza un sistema de educación administrado y fiscalizado por el Poder Ejecutivo que, conforme lo determine la ley de educación de la Ciudad, asegure la participación de la comunidad y la democratización en la toma de decisiones.

Crea y reconoce, bajo su dependencia, institutos educativos con capacidad de otorgar títulos académicos y habilitantes en todos los niveles.

Se responsabiliza por la formación y perfeccionamiento de los docentes para asegurar su idoneidad y garantizar su jerarquización profesional y una retribución acorde con su función social.

Garantiza el derecho de las personas con necesidades especiales a educarse y ejercer tareas docentes, promoviendo su integración en todos los niveles y modalidades del sistema.

Fomenta la vinculación de la educación con el sistema productivo, capacitando para la inserción y reinserción laboral. Tiende a formar personas con conciencia crítica y capacidad de respuesta ante los cambios científicos, tecnológicos y productivos.

Contempla la perspectiva de género.

Incorpora programas en materia de derechos humanos y educación sexual.

ARTÍCULO 25.- Las personas privadas y públicas no estatales que prestan servicio educativo se sujetan a las pautas generales establecidas por el Estado, que acredita, evalúa, regula y controla su gestión, de modo indelegable. La Ciudad puede realizar aportes al funcionamiento de establecimientos privados de enseñanza, de acuerdo con los criterios que fije la ley, dando prioridad a las instituciones que reciban a los alumnos de menores recursos.

Las partidas del presupuesto destinadas a educación no pueden ser orientadas a fines distintos a los que fueron asignadas.

CAPÍTULO CUARTO - AMBIENTE

ARTÍCULO 26.- El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras.

Toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar. El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponer.

La Ciudad es territorio no nuclear. Se prohíbe la producción de energía nucleoelectrónica y el ingreso, la elaboración, el transporte y la tenencia de sustancias y residuos radiactivos. Se regula por reglamentación especial y con control de autoridad competente, la gestión de las que sean requeridas para usos biomédicos, industriales o de investigación civil.

Toda persona tiene derecho, a su solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas.

ARTÍCULO 27.- La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana.

Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve:

1. La preservación y restauración de los procesos ecológicos esenciales y de los recursos naturales que son de su dominio.

2. La preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora.

3. La protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito, en particular la recuperación de las áreas costeras, y garantiza su uso común.

4. La preservación e incremento de los espacios verdes, las áreas forestadas y parqueizadas, parques naturales y zonas de reserva ecológica, y la preservación de su diversidad biológica.

5. La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos.

6. La protección, saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata y de la cuenca Matanza-Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos.

7. La regulación de los usos del suelo, la localización de las actividades y las condiciones de habitabilidad y seguridad de todo espacio urbano, público y privado.

8. La provisión de los equipamientos comunitarios y de las infraestructuras de servicios según criterios de equidad social.

9. La seguridad vial y peatonal, la calidad atmosférica y la eficiencia energética en el tránsito y el transporte.

10. La regulación de la producción y el manejo de tecnologías, métodos, sustancias, residuos y desechos, que comporten riesgos.

11. El uso racional de materiales y energía en el desarrollo del hábitat.

12. Minimizar volúmenes y peligrosidad en la generación, transporte, tratamiento, recuperación y disposición de residuos.

13. Un desarrollo productivo compatible con la calidad ambiental, el uso de tecnologías no contaminantes y la disminución en la generación de residuos industriales.

14. La educación ambiental en todas las modalidades y niveles.

ARTÍCULO 28.- Para asegurar la calidad ambiental y proveer al proceso de ordenamiento territorial, se establece:

1. La prohibición de ingreso a la Ciudad de los residuos y desechos peligrosos. Propicia mecanismos de acuerdo con la provincia de Buenos Aires y otras jurisdicciones, con el objeto de utilizar o crear plantas de tratamiento y disposición final de los residuos industriales, peligrosos, patológicos y radiactivos que se generen en su territorio.

2. La prohibición del ingreso y la utilización de métodos, productos, servicios o tecnologías no autorizados o prohibidos en su país de producción, de patentamiento o de desarrollo original. La ley establecerá el plazo de reconversión de los que estén actualmente autorizados.

ARTÍCULO 29.- La Ciudad define un Plan Urbano y Ambiental elaborado con participación transdisciplinaria de las entidades académicas, profesionales y comunitarias aprobado con la mayoría prevista en el artículo 81, que constituye la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas.

ARTÍCULO 30.- Establece la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública.

CAPÍTULO QUINTO - HABITAT

ARTÍCULO 31.- La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.

3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

CAPÍTULO SEXTO - CULTURA

ARTÍCULO 32.- La ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras.

Garantiza la democracia cultural; asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura; facilita el acceso a los bienes culturales; fomenta el desarrollo de las industrias culturales del país; propicia el intercambio; ejerce la defensa activa del idioma nacional; crea y preserva espacios; propicia la superación de las barreras comunicacionales; impulsa la formación artística y artesanal; promueve la capacitación profesional de los agentes culturales; procura la calidad y jerarquía de las producciones artísticas e incentiva la actividad de los artistas nacionales; protege y difunde las manifestaciones de la cultura popular; contempla la participación de los creadores y trabajadores y sus entidades, en el diseño y la evaluación de las políticas; protege y difunde su identidad pluralista y multiétnica y sus tradiciones.

Esta Constitución garantiza la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios.

CAPÍTULO SEPTIMO - DEPORTE

ARTÍCULO 33.- La Ciudad promueve la práctica del deporte y las actividades físicas, procurando la equiparación de oportunidades.

Sostiene centros deportivos de carácter gratuito y facilita la participación de sus deportistas, sean convencionales o con necesidades especiales, en competencias nacionales e internacionales.

Anexo II

Breve informe sobre el caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sobre el derecho a la vivienda que actualmente está a resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación realizó el 15 de septiembre de 2011 una audiencia pública de carácter informativo en el marco de la causa “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, promovida por una familia en situación de calle para que se le garantice el derecho a la vivienda.

La acción de amparo fue planteada por la actora en su nombre y en el de su hijo de seis años, que padece una discapacidad derivada de una encefalopatía crónica. Ambos percibían un subsidio en el marco de programas sociales en vigencia, cuya normativa pone límites en tiempo y montos a los beneficios que otorgan. Una medida cautelar prorrogó esa asistencia hasta el presente.

El caso

La actora -por sí y en representación de su hijo menor de edad, nacido el 28 de junio de 2005, con discapacidad derivada de una encefalopatía crónica- entabló acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que, dada la situación de calle de ambos, se les garantice su derecho a una vivienda adecuada y, en el caso de que se los incorporara a algún plan habitacional por el que se otorga un subsidio, que el importe de este les permita abonar íntegramente el costo de un lugar de alojamiento. Impugnó la validez de las limitaciones impuestas en los arts. 5 y 6 del decreto 690/06, por el que percibieron en su totalidad el subsidio creado por el programa Atención a las Familias en Situación de Calle, consistente en diez cuotas de \$ 450 cada una, en tanto limitaban en tiempo y monto ese beneficio. Añadió que del informe confeccionado por el Programa Buenos Aires Presente surgía que, para marzo de 2008, se encontraban pernoctando en la intersección de las calles Pichincha y Brasil y que le fue comunicado oficialmente que el subsidio antedicho no era renovable. (fs. 1127)

En su contestación, la demandada no niega las circunstancias alegadas por la actora. Su defensa se limita a indicar que: a) la amparista y su hijo fueron asistidos en el marco de la normativa vigente, que no puede ser tachada de inconstitucional en tanto el otorgamiento del subsidio referido y su monto se encuentran sujetos a la disponibilidad de los recursos del ejercicio presupuestario correspondiente; b) no se demostró una actuación ilegítima o arbitraria por parte del GCBA ni razones para descalificar la constitucionalidad del decreto citado, y c) el aumento del monto del subsidio por parte del poder judicial implicaría invadir competencias privativas de la administración (fs. 77/84).

En primera instancia se dispuso, como medida cautelar, la inclusión de los peticionarios "en un programa de emergencia habitacional que asegure la unidad del grupo familiar" (fs. 65/67). Posteriormente, se hizo lugar a la acción, y se ordenó al demandado que "mientras subsista la situación actual de la amparista y su hijo, les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el decreto 690/06, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos". (fs. 248/254)

La apelación del Gobierno (fs. 284/289) fue desestimada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs.337/340). Para ello, tomó en cuenta el decreto 960/08, "modificatorio" del decreto 690/06; empero, con base en "la acreditada situación de vulnerabilidad" del grupo familiar y en que el monto del subsidio establecido en la nueva norma aun "podría resultar insuficiente", condenó al demandado a "proveer un subsidio que asegure a la parte actora un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad [...] hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado".

En estas condiciones, con motivo del recurso de inconstitucionalidad deducido por el Gobierno (fs. 347/357), el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por mayoría, revocó el fallo de la instancia anterior. Para ello consideró que la cuestión era "similar" a la que había juzgado, con la disidencia de una de sus miembros, en "Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) si recurso de inconstitucionalidad concedido" y se remitió a este (fs.397/399).

En dicho precedente, en lo que atañe a los temas federales, el a quo, después de sostener su intervención en que la sentencia de la sala configuraba una implícita declaración de inconstitucionalidad del decreto 960/08, indicó, de manera preliminar, que "el art. 31 de la CCBA [Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires] se enmarca en el contexto normativo de la CN [Constitución Nacional] y particularmente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", y que las disposiciones de este último "también son asumidas como compromiso por el constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 10 de la CCBA". El citado art. 31, precisó, "debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional". Sobre esas bases y luego de un pormenorizado análisis del aludido contexto preceptivo, la mayoría sostuvo que el bloque normativo que regula el derecho a la vivienda "no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. Finalmente, quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar 'abrigo' como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN Y PIDESC)". En consecuencia, dado que la aplicación de los antedichos lineamientos remitía a la valoración de cuestiones de hecho y prueba ajenas a los alcances de la vía recursiva intentada, la mayoría del tribunal local procedió a revocar la sentencia impugnada y a devolver la causa a fin de que fuese nuevamente fallada de acuerdo con su pronunciamiento. (fs. 400/437)