

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DERECHOS SOCIALES

LEONARDO MASSIMINO

SUMARIO: Introducción. I. Los derechos sociales y los litigios complejos. II. Principales características del litigio complejo. III. Los desafíos del litigio complejo. IV. Los derechos sociales como derechos humanos. Las obligaciones estatales según los criterios judiciales. V. El marco legal de los derechos sociales. VI. Los derechos sociales como derechos humanos. Implicancias. VII. Las “funciones” del derecho humano a los derechos sociales. VIII. Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8.1. Los derechos económicos y políticos reenvían a los derechos sociales. 8.2. El reconocimiento de los derechos en los casos jurisprudenciales. IX. Las políticas públicas en materia de derechos sociales en la mirada jurisprudencial. X. La operatividad de los derechos sociales. XI. Los límites a los derechos sociales. La cuestión de los costos. Conclusión.

INTRODUCCIÓN.

La temática de la responsabilidad del Estado se estudia en el ámbito del derecho público, además desde la perspectiva de los principios o elementos que la diferenciarían con similar instituto del

derecho privado, desde la perspectiva de los requisitos para su procedencia y alcances del deber de responder en los distintos supuestos.

En este trabajo, en cambio, nos referimos a la responsabilidad en un sentido más genérico comprensivo/referido a/de ciertas acciones o conductas que debe llevar a cabo el Estado para atender, en este caso, los derechos sociales.

En virtud de que el tema así considerado resulta demasiado abarcativo, focalizaremos el análisis en sendos aspectos que incumben desarrollar al Estado para hacer frente a las mayores demandas de esos derechos, sea en el ámbito del derecho procesal - en el que plantean litigios complejos- y en el derecho de fondo o sustancial - en el que se plantean estos derechos como fundamento de reconocidos en conexión con derechos de fondo).

El trabajo se dividirá en dos partes; en la primera describiremos brevemente las principales características y desafíos de los conflictos estructurales que involucran a los derechos sociales y, en la segunda parte nos referiremos al modo en que las pretensiones de los derechos sociales son reconocidos en el ámbito judicial. Como se advertirá, en ambos casos, tomaremos en consideración ciertos precedentes jurisprudenciales procurando mostrar distintas tendencias en esta materia.

Debemos aclarar desde el comienzo que nos referimos a los derechos sociales, económicos y culturales”, como “derechos sociales” a secas para contraponerlo a los “derechos civiles y políticos y que, si bien nos referimos a la litigación y estos derechos en el ámbito judicial, también es posible - y necesario- extrapolar sus consecuencias en el seno del procedimiento administrativo, respecto

del cual me referiré brevemente al final.

Los derechos sociales y los litigios complejos

La responsabilidad del Estado en materia de derechos sociales importa, en el plano procesal, el establecimiento de los mecanismos que viabilicen un abordaje adecuado de los conflictos complejos o estructurales que ellos importan.

El reconocimiento con jerarquía constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales (art. 75 inc. 22 C.N.), las mayores demandas en materia social (vivienda, alimentos, medicina, sanidad, etc.) y sobre todo las crecientes dificultades en materia económica, son factores que repercuten en el nacimiento del llamado “litigio estructural” o también denominado “litigación compleja” o “reforma estructural”.

A través de esta figura el magistrado coadyuva en el diseño e implementación de políticas públicas y dispone de medidas positivas para satisfacerlos. Este fenómeno, además de reavivar el debate sobre el rol contramayoritario de los jueces, genera una reformulación del proceso, rompe sus moldes tradicionales y plantea múltiples interrogantes en torno a la utilidad de la sentencia dictada.

En cuanto a los derechos sociales, el principal problema que plantean es su exigibilidad. Como dijimos, la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a numerosos Tratados de Derechos Humanos a través de la letra del artículo 75 inciso 22 que dispone: Entre dichos tratados se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que es la piedra de toque para el reconocimiento de esta clase de derechos.

Así dispone en su artículo 2 inciso 1 que “Cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, incluyendo medidas legislativas, para la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La expresión “hasta el máximo de los recursos disponibles” y la expresa mención a las “medidas legislativas” ponen de relieve las dos dimensiones de exigibilidad de estos derechos, a saber, que para todos los derechos fundamentales (liberales y sociales) es imprescindible la existencia de un proceso y una estructura garantista que los vuelva exigibles y, además, su necesaria conexión con previsiones económicas que los sustenten, es decir, con las posibilidades materiales en consideración del sistema económico en el que se desarrollan.

En tal sentido, la principal diferencia entre los derechos políticos y los derechos sociales es que, en los primeros el Estado ya cuenta con estructuras para garantizar el derecho a la propiedad -posee la estructura de la justicia civil y penal, agencias policiales, registro de la propiedad inmueble, registros de automotor, etc- pero no cuenta en cambio como una estructura similar para garantizar, por ejemplo, el derecho a la vivienda.

Frente a tal circunstancia, es necesario como dijimos mecanismos externos que aseguren la realidad práctica de estos derechos, esto es el ámbito del control judicial.

Principales características del litigio complejo

La estructura y el funcionamiento del litigio estructural quiebra los moldes tradicionales del proceso mostrando, antes que una estructura

bipartita, una fisonomía compleja con pluralidad de partes, pretensiones y multidimensionalidad de las cuestiones involucradas.

En tal sentido, la primera particularidad a resaltar del litigio estructural es que constituye un ámbito de negociación entre todas las partes. El litigio tradicional tiene una arquitectura bipartita. En cambio, el litigio estructural, al existir multiplicidad de partes, es un proceso de toma de decisiones complejo.

Un claro ejemplo de esta multiplicidad de partes lo podemos encontrar en el precedente de la Corte Suprema “Mendoza Beatriz”¹. En él, la demanda fue iniciada por un grupo de 17 (diecisiete) vecinos, ejerciendo derechos propios y algunos de ellos en representación de sus hijos menores contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Gobierno de la Nación y el de la Provincia de Buenos Aires. También se demandó a 44 (cuarenta y cuatro) empresas que, según se sostenía, ocasionaban la contaminación en la cuenca Matanza-Riachuelo. Luego, se presentaron espontáneamente diversas organizaciones protectoras del ambiente y se admitió la intervención del Defensor del Pueblo.

Este fenómeno, representa el aumento de la cuota democrática dentro de la esfera judicial (o escuchar a todos los interesados en la cuestión debatida a efectos de emitir una sentencia útil. La celebración de “audiencias públicas” o “mesas de diálogo” para oír distintas voces resulta una nota tipificante de este tipo de casos.

En tal sentido, por ejemplo, en la causa “Edenor”² en la que se discutía la posibilidad de aplicación de un ajuste de tarifas en forma

1 Fallo 239:2316 y fallo 331:1622.

2 Edenor c/DPN.

retroactiva, la justicia ratificó que correspondía la aplicación del incremento tarifario dispuesto en sede administrativa dado que en ese ámbito se había celebrado una audiencia pública. En efecto, si lo que se pretende es anular una decisión regulatoria, la decisión judicial no puede ser emitida útilmente sin citar a todos los interesados, lo que obliga a su intervención en la causa DPN.

La segunda característica más saliente del litigio estructural se refiere al carácter continuado de la intervención judicial en la ejecución de sentencia. Dependiendo del objeto del proceso y de la reforma emprendida sobre las burocracias estatales, el periodo podrá ir desde meses o años (limpiar el Riachuelo llevaría 20 años).

La fijación de objetivos, el cumplimiento gradual de las pautas establecidas, el control ejercido por el magistrado durante el proceso de ejecución de sentencia resultan ser los factores que justifican la intervención prolongada del juez como órgano de supervisión de la decisión adoptada ya que, a diferencia del proceso tradicional, esta modalidad no actúa retrospectivamente, sino que lo hace fijando conductas hacia el futuro. En tal sentido, pueden mencionarse algunos ejemplos paradigmáticos de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estas causas reflejan una reformulación del rol del juez que se refleja principalmente, por un lado en la flexibilización del principio procesal de congruencia y, además, en la adopción de un papel más activo del magistrado como director del proceso, abandonando el típico sistema dispositivo.

La flexibilización del principio de congruencia obedece a la magnitud y cantidad de decisiones que se deben tomar; la trascendencia de los

derechos involucrados y la imperiosa necesidad de dar una solución colectiva al problema hacen que los límites de la actuación judicial se amplíen, abandonando la búsqueda de la tradicional verdad formal e intentando dar un paso hacia la verdad material.

La tendencia jurisprudencial de la CSJN a partir de los precedentes “Verbistky³” y “Mendoza”⁴, ha comenzado a receptar la necesidad de diseñar un remedio judicial que tienda a dar una solución colectiva a los problemas socioeconómicos a través de la cual el juez emprende una reforma de las burocracias estatales.

Un claro ejemplo de la flexibilización del principio dispositivo es el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Mendoza Beatriz”, de las facultades ordenatorias e instructorias previstas en el artículo 32 de la Ley N° 25.675 en donde se dispone, en su parte pertinente, que “[E]l juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.”

En “*Verbitsky Horacio* la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la acción de habeas corpus correctivo y colectivo promovida por el actor, a raíz de las condiciones de detención de las personas en comisarias y establecimientos penales superpoblados en establecimientos penales.

3 C.S.J.N., “Verbitsky Horacio”, Fallos 328:1146..

4 C.S.J.N., “Mendoza, Beatriz”, Fallos 329:2316.

Por ejemplo, “Asociación Benghalensis” la mayoría de la Corte confirmó las ordenes al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación de “dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua- a los enfermos de SIDA que se encuentra registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país”.

De la misma forma en el precedente “Campodónico de Beviacqua, Ana”⁵ el Máximo Tribunal de la Nación ordenó la prestación del tratamiento de la enfermedad de Kostman a través del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, que había sido suspendido por el MSASN. Podemos seguir mencionado otros casos como “Defensoría de Menores N°3” (Cam. Civil de Neuquén, Sala I, 10/3/1998, Expte. 77/ca 1998) en donde se confirmó la orden del Gobierno Provincial de crear o cubrir permanentemente tres cargos de enfermería mediante la contratación de personal para una unidad de cuidados intensivos del hospital de la zona.

En materia de vivienda el reciente fallo de la Corte “Q.C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo” establece que “*el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado, ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder el derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta acabada, definitiva*

5 C.S.J.N., “Campodónico de Beviacqua, Ana” (2000).

y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar el recurrente.”(Considerando N° 13)

Los desafíos del litigio complejo

Las cuestiones que se suscitan en torno al litigio estructural y los derechos sociales en el ámbito del proceso judicial genera un nuevo abanico de interrogantes.

Se advierte que la principal dificultad que genera este tipo de procesos radica en el hecho de que inciden sobre la ejecución de políticas públicas e inciden en el principio de división de poderes. Sin embargo, es un hecho comprobable empíricamente que los ciudadanos concurren al ámbito judicial para exigir el resguardo de sus derechos sociales. La no respuesta eficaz quede dar lugar a responsabilidad del Estado en los ámbitos internacionales.

A la hora de desentrañar los límites de la actividad judicial, resultan sumamente ilustrativas las palabras de Balbín, quien sostiene que *“[l]os jueces no pueden diseñar las políticas públicas por el postulado de la división de poderes [...] El poder político –es decir el legislador y el ejecutivo- es quien debe planificar y ejecutar las políticas públicas por mandato constitucional y en razón de su legitimidad de carácter democrático. [...] De todos modos, el juez si puede y debe establecer los lineamientos básicos de las políticas públicas en términos de objetivos –reconocimiento y respeto de los derechos- pero no de su contenido”*

Otro desafío es que el juez debe redoblar su pericia en el decisorio, pues se trata de medidas judiciales que generan un importante efecto económico, razón por la cual un análisis de esta índole resulta fundamental a los fines de garantizar

la utilidad de la sentencia dictada.

Además, la capacidad técnica o científica del magistrado no es la misma que poseen los órganos políticos quienes cuentan con expertos en las más diversas áreas de decisión. El Poder Judicial se encuentra compuesto solo por abogados, motivo por el cual la necesidad de contar con un asesoramiento técnico calificado resulta menester a fin de evitar que la decisión adoptada por el juez no sea peor que la inacción demostrada por la administración.

Cuestión de los costos. Bobbio: “No se trata de establecer derechos que nadie niega, sino de establecer los mecanismos para que aquéllos sean efectivos”.

En relación a estos temas, tengamos presente ciertas innovaciones en el proceso constitucional ante la CSJN que se vislumbran en los últimos años: las acciones de clase (causa Halabi), la administración judicial de grandes conflictos (causa Mendoza), la institución de los Amigos de Tribunal para ciertas causas, la creación de la oficina de Análisis Económico, la expansión de las acciones declarativas de certeza, los requisitos para el RE de la Acordada 4/2007 y otros temas en formación como el “per saltum”, el paso del certiorari negativo al certiorari positivo, etc.

La insatisfacción de esos derechos sociales por las burocracias estatales lleva cada vez más a que las cuestiones que los involucran se resuelvan ante los tribunales de justicia. Este fenómeno, que se presenta como un nuevo paradigma en materia de activismo judicial, abre nuevos interrogantes y obliga a reinterpretar la función del juez frente a los derechos sociales que han sido tan postergados por los órganos políticos.

Los derechos sociales como derechos humanos. Las obligaciones estatales según los criterios judiciales ^{6*}

La jurisprudencia en torno a la aplicación de los derechos sociales es uno de los ámbitos del derecho en los que se evidencian las mayores novedades en la actualidad. El aspecto que, sin lugar a dudas, genera mayores interrogantes en torno a este derecho es el alcance que corresponde asignar a su reconocimiento en la normativa – tanto convencional como constitucional– y su recepción en los casos concretos.

Las preguntas más frecuentes, por esa razón, trasuntan por dirimir si tales derechos son de carácter operativo o, por el contrario, son programáticos⁷; es decir, determinar si el Estado está obligado a suministrar determinadas prestaciones a quien las demanda o, en cambio, a crear las condiciones para que ello ocurra; cuáles son los costos del reconocimiento de tales derechos⁸, cuáles son las consecuencias que derivan de su reconocimiento⁹, entre otras cuestiones.

En los apartados siguientes nos referiremos al marco legal de los derechos sociales y algunas de las implicancias del encuadre del derecho como un derecho humano; y en la segunda parte expondremos brevemente algunas consideraciones en torno a la jurisprudencia más relevante tanto en el país como en la Corte Interamericana de

6

7 Por ejemplo, en materia habitacional ver DANÉ, Laura I. El derecho constitucional a una vivienda digna en la ciudad autónoma de Buenos Aires. ¿Derecho efectivo o simple declaración de derecho?, Colección Thesis, Ediciones Rap, 2011.

8 SACRISTÁN, Estela, Profecías o sorpresas: derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ED, [248] - (10/08/2012, nro 13.056).

9 MASSIMINO, Leonardo F., Las nuevas visiones sobre el poder de policía, Doctrina judicial, LL, Año XXVIII, Número 08, 22/02/2012, p.1

Derechos Humanos.

El marco legal de los derechos sociales.

Los derechos sociales están reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰ que, por disposición del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional se le otorga jerarquía constitucional (“... en las condiciones de su vigencia...”)¹¹.

En virtud de la disposición del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional al Pacto de Derechos Económicos y Sociales se reenvía, en consecuencia, a las Observaciones Generales que dicta el Comité que se desarrolla en su ámbito como órgano de aplicación, las cuales – como veremos más adelante- se aplican en forma directa en la resignificación del derecho secundario interno del país¹².

Los derechos sociales como derechos

10 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 11 inciso 1 reza: *“Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”*

11 Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional dispone que *“...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 los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional....”*

12 GIL DOMINGUEZ, Andrés, Derecho a la vivienda adecuada, desalojo forzoso y competencia penal, LL CABA, 2011, (febrero), 1.

humanos. Implicancias.

Las mayores innovaciones que se vislumbran en esta materia son el reconocimiento del derecho a la vivienda como un derecho humano y las implicancias de ese calificativo en el plano jurídico. Sin pretender agotar las múltiples consecuencias que derivan de esta afirmación en la órbita jurídica, cabe distinguir preliminarmente entre los llamados derechos humanos y los derechos fundamentales pues, si bien los primeros se encuentran en principio en el orbe de lo teórico y conforman los aspectos o atributos que un momento determinado se consideran inherentes a la naturaleza humana (como pueden ser su dignidad, libertad, igualdad), los mentados en segundo lugar, en cambio, son aquéllos positivizados en el ordenamiento de un Estado determinado.¹³

La noción de que el ser humano tiene por naturaleza ciertos derechos viene dada por Del Vecchio¹⁴ y sirve de base en Maritain a su filosofía de los derechos del hombre, cuando afirma enfáticamente que “hay” naturaleza humana.¹⁵ Se comprende, por lógica ilación, que si estos derechos son naturales o propios de la naturaleza de la persona humana, revisten carácter de

13 Pérez Luño define a los derechos humanos como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Por su parte, “derechos fundamentales” son, según el autor, “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (cfr. PEREZ LUÑO, Derechos Fundamentales, 6ta ed., tecnos, 1995, p. 46).

14 DEL VECCHIO, Giorgio, Persona, Estado y derecho, p.349 citado por BIDART CAMPOS, Germán, Teoría general de los derechos humanos, 1991, p. 3.

15 MARITAIN, Jacques, Los derechos del hombre y la ley natural, p.89.

fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, de algún modo con la inherencia a la naturaleza humana.¹⁶

La instalación de los derechos fundamentales en esta temática importa hacer referencia a las múltiples funciones que cumplen estos derechos, como por ejemplo su rol informante, motriz y autolimitadora, que serán abordadas en forma sintética en el apartado siguiente.

Las “funciones” del derecho humano a los derechos sociales

La función genérica que desempeñan los derechos humanos, como ideas fuerza que disponen de vigor para canalizar el derecho futuro, para perfeccionar el existente, para acelerar el cambio y la transformación, es la de favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición.¹⁷

La primera función de los derechos fundamentales es, como se dijo, la de instalar al hombre en la comunidad política con un status satisfactorio para su dignidad de persona, que importa una órbita personal de libertad. Esta función importa una doble implicancia, por un lado, la limitación del Estado y del poder y, por el otro, la especial forma de legitimación de ese poder.

Los derechos humanos traducen, expresan y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el status material de la persona humana. Y tal sistema una vez instalado constitucionalmente, se expande a todo el

16 BIDART CAMPOS, Teoría general...op. cit., p. 3. FINNIS, John M. Aquinas. Moral, Political and Legal Theory, Oxford University Press, Oxford, 1988.

17 PECES-BARBA, Derechos Fundamentales, 3era. Edición, Madrid, Latina Universitaria, 1980, p. 109.

ordenamiento jurídico del Estado y le sirve de guía para la interpretación. Esta sería la fórmula de la integración estatal.

En ese marco y en cuanto a la función informante y unificadora, cabe decir que el sector de los derechos humanos no es un casillero divorciado del conjunto integral de la constitución y del derecho sino que hay un nexo indisoluble que pone a los derechos en circulación por todo el circuito constitucional y, desde éste, por el resto del ordenamiento infraconstitucional.

De lo anterior, puede inferirse fácilmente una función derivada. Los derechos fundamentales integrados al orden jurídico hacen el principio de unidad de dicho orden, en cuanto cristaliza valores que, no sólo completan la interpretación, sino que además promueven el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de esos valores. En tal sentido, una vida digna de las personas y sus implicancias – como el derecho a una vivienda digna - constituye un valor que informa todo el ordenamiento e impacta directamente en la actividad estatal.

La función motriz de los derechos fundamentales resulta esencial para la vigencia del derecho de acceso a la vivienda. En efecto, como la eficacia es esencial a la positividad, se adjudica a los derechos fundamentales una función motriz, cual es la de fundar la tutela jurisdiccional mediante vías y órganos idóneos, lo cual nos conduce a la cuestión de la autoridad de aplicación y/o de los sujetos obligados a brindar o asegurar el acceso a la vivienda¹⁸.

18 En relación a este tema, se ha planteado lúcidamente, con motivo del paso del Estado legislativo al Estado constitucional, la transformación del rol de la jurisdicción, que abandona la función de decir el derecho o la voluntad de la ley y asume la tarea de efectivizar los derechos fundamentales. (cfr. WUNDER HACHEM, Daniel, Madado de injuncao e direitos fundamentais, Forum, 2012, págs. 93 y 192.

El quehacer de los derechos fundamentales no se agota en lo normativo y sus implicancias, sino que se proyecta más allá y tiene que ver con la necesidad de proyectar los derechos humanos hacia la promoción y realización efectiva de políticas de bienestar en el área económica, social y cultural, para crear, consolidar y difundir condiciones de bienestar común y de acceso al goce de los derechos por parte de todos los hombres, principalmente los menos favorecidos. Esto nos lleva a una cuestión sustancial y es que los propios derechos, aunque parezca paradójico, convalidan las limitaciones razonables que se imponen a algunos de sus titulares para acrecer la capacidad de ejercicio de otros que la tienen disminuida o impedida por razones que les exceden, lo cual constituye la función autolimitadora de los derechos fundamentales.¹⁹

Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los derechos económicos y políticos reenvían a los derechos sociales

En el sistema interamericano habría cierto vacío en cuanto a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta situación ha impedido que sean sometidos a la jurisdicción de la Corte casos cuya violación sea directamente ligada a alguno de estos derechos y, a su vez, ésta se ha visto imposibilitada de declarar de forma directa una violación en contra de éstos. En su defecto, la Corte ha debido interpretar estos derechos a través de los derechos civiles y políticos, o en otros casos, interpretar estos últimos a la luz de los derechos económicos y sociales.²⁰

19 BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, 1991, Astrea, p. 63.

20 MONGE, Arturo J., Evolución de la jurisprudencia de la

La Corte a través de sus medidas de reparación integral ha ordenado a los Estados medidas tendientes a mejorar las condiciones sociales, económicas y culturales de las víctimas de diversos casos, lo que de una forma indirecta, le ha permitido hacer valer estos derechos que son inalienables al ser humano.

Recordemos que el derecho a la vida establecido en el artículo 4 de la Convención Americana implica no solamente una obligación negativa del Estado de no privar de la vida, sino además una acción positiva de éste tendiente a asegurar un nivel de vida adecuado a sus habitantes, tomando en consideración su dignidad humana.

La estrecha conexión entre los derechos civiles y políticos y los económicos y sociales y culturales, basada en su indivisibilidad e interdependencia ha permitido a la Corte establecer conexiones entre ambas categorías de derechos. La violación de uno de los primeros puede implicar la vulneración de alguno de los segundos, lo cual, a su vez, ha dado pie a la Corte para establecer, indirectamente, violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Asimismo, podemos considerar que la regresividad en materia de estos derechos, puede resultar justiciable, en virtud de la existencia de los Estados de un deber, si bien condicionado, de no regresividad. En términos generales esto implica que las leyes no deben empeorar la situación de regulación vigente de esos derechos. En todo caso, para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se

Corte Interamericana de derechos humanos en su aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, Revista iberoamericana de derecho público y administrativo, Ed. Colegio de Abogados de Costa Rica, Año 11, N° 11- 2011, p. 221.

deberá determinar si se encuentra justificada por razones de peso suficiente.

En definitiva, si bien la Corte no ha declarado violaciones directas a los derechos sociales podría decirse que ésta ha intentado, según sus competencias, no desconocerlos e incluirlos dentro de sus consideraciones de fondo, como modo de reparación a las víctimas. La pregunta que puede formularse es, sin embargo, si la Corte Interamericana determinará violaciones directas a éstos derechos, sin necesidad de de hacerlo a través de de los civiles y políticos.²¹

El reconocimiento de los derechos en los casos jurisprudenciales.

Teniendo en cuenta lo señalado en el apartado anterior, podrían mencionarse algunos casos resueltos por la Corte Interamericana que si bien guardan estrecha relación con la protección de los derechos civiles y políticos, también consideran aspectos propios de los derechos económicos y sociales.

Así por ejemplo, la Corte Interamericana dictó en el año 2004 sentencia el caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala²² cuyos hechos se refieren a la denegación de justicia y actos de intimidación y discriminación que afectaron los derechos a la integridad personal y a la libertad de creencias y religión y propiedad de los sobrevivientes y familiares de las víctimas

21 MONGE, Arturo, Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana...op. cit, p. 221 y ss.

22 Corte I.D.H., Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C Nro. 105 y Corte I.D.H., Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.

de la masacre de 268 personas , en su mayoría miembros del pueblo indígena maya en la aldea Plan de Sánchez, ejecutada por miembros del ejército de Guatemala y colaboradores civiles, bajo tutela del ejército.

En este caso, como en otros anteriores, se puede observar la interacción constante entre el artículo 21 de la Convención Interamericana (derecho a la propiedad privada) con algunos artículos del Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, tales como el artículo 10 (derecho a la salud), artículo 13 (derecho a la educación), y artículo 16 (derecho a la niñez), entre otros.

En el año 2005, a raíz del caso Comunicad Yakye Axa vs. Paraguay²³, la Corte utiliza nuevamente el artículo 26 de la Convención. En este caso, el Estado no garantizaban que el derecho de la propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraba en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. Lo anterior había significado la imposibilidad de la Comunicad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio e implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua la supervivencia con los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

La Corte utilizó en este caso, a requerimiento de la Comisión, el artículo 26 de la CIDH no para su aplicación directa, sino para una interpretación

²³Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

con el fin de dotar de contenido a los derechos civiles y políticos de la Convención que se consideraban vulnerados. La Corte consideró que uno de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo cuya atención se vuelve prioritaria.

Señaló, además, que las afectaciones especiales del derecho a la salud, en íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.

La Corte dispuso que, mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado debía suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de sus miembros; brindar atención médica periódica y medicina adecuadas para conservar la salud de todas las personas ,

especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuados para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad, entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en calidad, cantidad y variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad y dotar a la escuela una unidad en el asentamiento actual de la comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida atención de los alumnos.

Se observa, una vez más, el énfasis de la interacción y la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. En especial, casos sobre población indígenas y sus comunidades le han permitido a la Corte adentrarse en la interpretación de derechos civiles y políticos a la luz sobre derechos económicos, sociales y culturales, establecidos en el Protocolo de San Salvador y en el artículo 26 de la Convención Americana.

Las políticas públicas en materia de derechos sociales en la mirada jurisprudencial

Las políticas públicas en materia de derechos sociales han merecido tratamiento por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales locales.

En el ámbito nacional, la Corte Suprema de Justicia, en “Q.C.S.Y. c Gobierno de la Ciudad de Bs. A s/amparo”, ha señalado que la respuesta a la ciudad de Bs As. prevé, en materia habitacional, para atender a una situación de extrema como la

que atraviesa una mujer en situación de calle y su hijo discapacitado, a los fines de dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bs de la Constitución Nacional y el art. 31 de la Constitución local, aparece como insuficiente, pues, ante la ausencia de un plan de vivienda definitivo y la imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la ley local 341, las alternativas propuestas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares, refugios, lugares que carecen de habitaciones, baños privados y alojan a más de una familia, resultando inadecuados para la patología del niño, o la entrega del beneficio previsto en el decreto local 690/06.

En este mismo precedente, luego de mencionar como características de los derechos fundamentales su carácter operativo (considerando 10) y de operativos indirectos, en el sentido que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado (considerando 11), señala que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

En tal sentido, dice la Corte, que la razonabilidad, a los fines del control judicial con relación a los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vivienda y al hábitat adecuado, que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, implica que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad, interpretación que permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos, cuando éstos piden el auxilio de los jueces.

Finalmente y en relación al control de la política implementada por la Ciudad, la Corte afirma que, aun cuando el esfuerzo económico de la Ciudad de Buenos Aires es considerable, a los fines de dar respuesta a la situación de calle de una madre y su hijo menor de edad y discapacitado, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de “bajo costo” —en los términos expresados por el Comité de Naciones Unidas— ni el adecuado para garantizar la protección y la asistencia integral al niño con discapacidad que, conforme los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia, constituye una política pública del país.

La operatividad de los derechos sociales

La operatividad de los derechos sociales se vincula con la cuestión más general de la operatividad de los derechos fundamentales. Al respecto, antes de enlistar los casos referidos al acceso a la vivienda, se ha señalado²⁴ que resultan de referencia obligada en cuanto a la evolución de la operatividad de los derechos, los fallos de la Corte Suprema de Justicia recaídos en las causas “Hotel Internacional Iguazú”²⁵; “Ekmekdjian c. Neustadt”²⁶, “Ekmekdjian c. Sofovich”²⁷; “Urteaga”²⁸

24 SACRISTAN, Estela, Profecías o sorpresas...op. cit.

25 “Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Estado Nacional”, Fallos: 310: 2653 (1987).

26 “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo”, Fallos: 311:2497 (1988).

27 “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492, 1992.

28 “Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FFAA s/amparo ley 16.986”, Fallos: 321:2767 (1998), esp. consid. 9º; ver, asimismo, Basterra, Marcela I., Reconocimiento constitucional del hábeas data, en Dalla Vía

y “Ramos”²⁹ .

Con posterioridad a estos fallos, el Máximo Tribunal tuvo oportunidad de expedirse en el precedente ya citado que, a la sazón se ha convertido en el leading case en esta materia. Se trata del decisorio recaído en “Q. C., S. Y.”³⁰. En este caso, la actora, madre de un menor con discapacidad –encefalopatía crónica no evolutiva– inició una acción de amparo para que se la incluyera en un programa oficial para acceder a una vivienda. La Corte Suprema mantuvo la tutela cautelar que había decretado la jueza de primera instancia, ordenando a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le brindara “alojamiento” con condiciones edilicias adecuadas a la patología del menor. En punto a la operatividad, dijo la Corte que las normas aplicables al caso indicaban que no se estaba ante una operatividad directa, sino ante una “operatividad indirecta” pues “las normas mencionadas no consagran (...) el (...) que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial”. De este modo, operatividad indirecta implica una ligazón entre derecho y legitimación pues “no todos los ciudadanos” pueden solicitar, judicialmente, una vivienda”.³¹

Por último, señala Sacristán a quien seguimos en este apartado³², que en el ámbito porteño se (dir.), Derecho..., cit., págs. 678/686.

29 “Ramos, Marta Roxana y otros c. Mrio. de Desarrollo Social y Medio Ambiente y otros s/amparo”, Fallos: 323:3873 (2000). “Ramos, Marta Roxana y otros c. Pcia. de Buenos Aires y otros s/amparo”, Fallos: 325:396 (2002).

30 Q. 64. XLVI. RHE “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24-4-12.

31 El entrecomillado es de Q. 64. XLVI. RHE “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24-4-12, consid. 11, in fine y es puesto de resalto por Sacristán en su publicación antes citada.

32 SACRISTAN, Estela, Profecías o sorpresas...op. cit.

han producido, también, una pluralidad de casos relevantes a efectos de colocar, en su adecuada perspectiva, la tensión entre consagración de derechos y su operatividad, por un lado, y medios para efectivizarlos: “Panza”³³ y “Toloza”³⁴, de 2006, sobre emergencia habitacional; “Alba Quintana”³⁵, sobre una temática similar; y “Ministerio Público - Morales Cortiñas”³⁶, relativo a la ocupación del Parque Indoamericano, en el cual el Tribunal Superior de Justicia resolvió por ante cuál fuero debía tramitar la causa, resultando incompetente el fuero contencioso administrativo y tributario local. Todos ellos dejan entrever la íntima vinculación entre operatividad y preexistencia de fondos al efecto, e irradian efectos hacia las decisiones que se gestan en las instancias inferiores.³⁷

Los límites a los derechos sociales. La cuestión de los costos.

El reconocimiento de todo derecho importa un determinado costo. En el caso del derecho de

33 TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. N° 4270/05, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, del 23-5-06.

34 TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. N° 4568/06, “Toloza, Estela Carmen c. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 9-8-06.

35 TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. N° 6754/09, “Alba Quintana, Pablo c. GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 12-5-10.

36 TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. N° 7785/10, “Ministerio Público - Fiscalía en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en ‘Morales de Cortiñas, Nora Irma y otros c. GCBA s/medida cautelar’”, del 23-12-10.

37 Ver, por ejemplo, CCont.-adm. y Trib. CABA, “C. M. G. J. c. GCBA y otros s/otros procesos incidentales”, del 9-9-11.

acceso a la vivienda, su establecimiento requiere computar las consecuencias económicas que derivan de reconocer ese derecho en cabeza de un determinado colectivo de beneficiarios.³⁸

La jurisprudencia aludida permite colocar, casi al lado de la concreción de los derechos y garantías, la cuestión de los costos involucrados³⁹. Por esa razón, no se trata de soslayar el reconocimiento de ciertos derechos – que, por cierto, nadie niega- sino tener presente los costos que importa su reconocimiento⁴⁰.

Con cierto sentido de la realidad emergente de esos costos, pero ante la acuciante realidad de quienes se hallan en situación de desamparo, se impondría un redimensionamiento o recálculo de las consecuencias de operatividad o exigibilidad del respectivo derecho. Ello, por claras razones de racionalidad. En otras palabras, a fin de que el derecho se torne operativo o real para los beneficiarios, parecería adecuado redeterminar el significado del derecho en cuestión. Así, el derecho a la vivienda digna, imaginado como un departamento o casa en la zona ribereña del

38 Sacristán recuerda que toda elección o decisión tiene sus costos. En tal sentido, recuerda la preocupación de Holmes y Sunstein: “Los derechos son costosos porque solventarlos es costoso. La exigibilidad es cara, especialmente la exigibilidad uniforme y justa; y los derechos objetivos son huecos en la medida en que permanecen inexigidos. Bajo una fórmula diferente, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando la negligencia se castiga con el poder público sirviéndose de las cuentas públicas (...) Todos los derechos son costosos porque todos los derechos presuponen fondos de los contribuyentes para la eficaz maquinaria supervisora del control y la exigibilidad” (Ver SACRISTÁN, Estela, Profecías o sorpresas... op. cit.).

39 Q. 64. XLVI. RHE “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24-4-12.

40 En relación a las teorías que reparan en los costos emergentes de las decisiones estatales, ver MASSIMINO, Leonardo, Las nuevas visiones....op. cit., p. 6.

medio ámbito porteño, sería redimensionado como hospedaje temporario hasta la obligatoria colocación laboral del carenciado por parte de asociaciones delegadas transestructurales del respectivo cometido estatal en un plazo razonable y la contemporánea obtención de un crédito blando para la adquisición de una vivienda en propiedad o, sin mediar tal mutuo, la obtención de vivienda bajo usufructo o de habitación vitalicio; todo ello, en áreas escasamente pobladas⁴¹.

En relación al tema de los costos, convendría distinguir que para la operatividad de los derechos que necesitan para su concreción de fondos (derechos de prestación) difieren de los derechos que no requerirían de ellos (derechos de libertad)⁴². Entre los primeros, por cierto, se ubica el derecho a la vivienda cuya materialidad, en consecuencia, dependerá de las progresivas circunstancias imperantes.

CONCLUSIÓN.

El Estado, como responsable de prever la operatividad de los derechos sociales, debe asegurar los mecanismos/aspectos – procesales y sustanciales - para la vigencia progresiva de tales derechos en la vida de la gente.

41 SACRISTAN, Estela, *Profecías o sorpresas...* op. cit.

42 El caso de estos últimos afirma Sacristán ameritaría un estudio por separado, en especial dada su aparente reciente transformación, a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte En el fallo “F., A. L.”, del 13-4-12, la Corte Suprema construye una suerte de “derecho a abortar” o derecho a servicios o prestaciones estatales de aborto. Dice el consid. 25 de ese fallo: “Es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura”.

Las decisiones judiciales analizadas en este trabajo muestran el creciente compromiso de los Estados con la concreción de los derechos humanos entre los que cabe mencionar especialmente a los derechos sociales y culturales de las personas.

Los mayores interrogantes en torno de esta cuestión trasuntan, sin embargo, en determinar cuáles serán el perfil y el contorno concreto de esos derechos en la práctica en los casos futuros pues las políticas públicas parecen estar signadas por mayores requerimientos prestacionales por un lado; y menores recursos disponibles para satisfacerlas, por el otro. De esta manera, la mentada progresividad de los derechos sociales es una cualidad en potencia que aspira a transformarse en una realidad, lo cual depende de muchos factores y circunstancias cambiantes. Ello no debiera sorprender pues, al fin y al cabo, la historicidad de los derechos del hombre nos recuerda que éstos no son dados de una vez y para siempre, todos juntos, sino que van suscitándose en una paulatina evolución⁴³.

43 BOBBIO, Norberto, Síntesis panorámica, Derechos y libertados, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año II, Enero Junio 1995, N° 4, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p.111 y ss.