LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES
UNA TAREA INCONCLUSA

Maximiliano Toricelli[1]

RESUMEN: El presente trabajo analiza las dificultades que encuentra la efectivización de los derechos sociales aun en la actualidad, así como la ventaja que representa el sistema de control judicial difuso para su concreción en las afectaciones específicas que se producen

PALABRA CLAVE: Derechos humanos.

1.- Introducción.

Antes de ingresar al estudio de la exigibilidad judicial de los derechos sociales (denominación que se ha utilizado tradicionalmente en el constitucionalismo), o derechos económicos sociales y culturales (expresión más actual proveniente de los tratados de derechos humanos), es importante aproximarnos a los conceptos.

Hay muchas definiciones de qué son los derechos económicos, sociales y culturales. Hay casi tantas definiciones como autores (como ocurre en muchas temáticas del derecho).

Hay definiciones que los entienden como aquellos derechos básicos que hacen a la dignidad humana. En verdad, todo el plexo de derechos humanos hace a la dignidad de la persona, precisamente porque trasuntan valores, otorgando prerrogativas al ser humano sin las cuales no puede desenvolverse adecuadamente y sin los cuales, claro esta, no puede afirmarse que este viviendo dignamente.

Siendo insuficiente su definición, para aproximarnos a ellos resulta más adecuado caracterizarlos.

[1] Profesor Titular de Derecho Constitucional; de Derechos Humanos; y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; professor Titular de Derecho Constitucional; de Derechos y Garantías; y de Seminario de Práctica Profesional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la P.U.C.A.

Pero también aquí encontramos serias dificultes. En primer lugar porque ya no hablamos de un grupo o sector de derechos (si es que vale agrupación alguna sobre ellos) que presenten características comunes, que permitan diferenciarlos del universo de los demás derechos (como dijimos, tienen en común que trasuntan valores y que son imprescindibles para la vida digna, pero no se diferencia, en ello, de otros derechos que pueden haber sido calificados como derechos civiles y políticos).

Incluso si recorremos los tratados internacionales vemos que tampoco allí hay un claro consenso de cuáles son estos derechos.

Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos, que le permite a ellos fijar su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural; pudiendo disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Y este reconocimiento lo hace como basamento para poder efectivizar los derechos allí enunciados, entre los cuales se encuentra el de trabajar (art. 6); a fundar sindicatos y afiliarse (art. 8); a la seguridad social (art. 9); a la protección de la familia, madres, niños y adolescentes (art. 10); a un nivel de vida adecuado en cuanto a alimentación, vestido y vivienda (art. 11); el derecho al disfrute del más alto nivel de vida posible de salud física y mental (art. 12), el derecho a la educación (art. 13), a la cultura.

Cuando vemos entonces este catálogo nos parecen tan claros, evidentes y esenciales estos reconocimientos que muchas veces nos preguntamos si era necesario expresarlos por escrito para saber que existen.

Sin embargo, cuando vemos la realidad imperante en esta parte del mundo (que no es la mejor de occidente, por cierto, aun cuando se encuentran regiones donde sus habitantes viven en peores condiciones), nos damos cuenta de que, pese a su innegabilidad, son muchas las personas humanas que no acceden a ellos.

Y es aquí donde cabe preguntarse con qué remedios contamos para su efectivización.

2.- La enunciación de las cláusulas.

Uno de los aspectos que presentan estas cláusulas es su falta de detalle, por lo que resultan normas abiertas. Por ello han sido consideradas tradicionalmente, como cláusulas programáticas, por oposición a las operativas[2].

Se entiende por normas operativas aquellas que resultan autosuficientes o autoaplicativas, es decir, las que por su naturaleza y formulación son directa e inmediatamente aplicables, sin necesidad de reglamentación alguna, aun cuando puedan serlo.

Las normas programáticas son las que proponen un programa o plan de acción y, por ende, son incompletas, dado que requieren una reglamentación ulterior que les permita desenvolverse. Aunque el programa propuesto no se encuentre completo, la dirección señalada, tanto a los poderes públicos como a los particulares, es de cumplimiento ineludible.

Las normas pueden resultar programáticas porque de su propia redacción surgen sus carencias (así, por ejemplo, resulta del art. 114 de la Constitución argentina, en cuanto establece pautas generales, pero deja sujeto a la ley la forma específica de su composición) o porque reconoce un derecho, pero sujetándolo a la ley que lo reglamente (tal es el caso del derecho de rectificación o respuesta, reconocido por el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto establece que será ejercido "*en las condiciones que establezca la ley*").

Las primeras pueden denominarse "normas programáticas por naturaleza" y a las segundas "normas programáticas por disposición normativa".

A nuestro modo de ver, no puede soslayarse que, como todo reconocimiento de derechos, éstos son plenamente operativos.

Pero estos derechos implican particularmente del Estado, un triple deber, que es el de abstenerse de violarlos, impedir que otros los violen, y procurar su efectivización a través de los consiguientes medios materiales (los demás particulares están obligados principalmente en los dos primeros aspectos).

[2] Para una ampliación del tema ver TORICELLI, *Organización constitucional del Poder*, Tomo 1, págs. 24 y ss.; Astrea, Buenos Aires 2010.

En la práctica vemos que en donde de los sujetos pasivos sólo son exigibles libertades negativas (que no los vulneren o a lo suma que impiden su vulneración por terceros), ellas son plenamente aplicables por la judicatura.

El inconveniente se suscita precisamente cuando lo que se pretende es no ya una abstención o el ejercicio de un poder de policía o control, sino precisamente una prestación que garantice su efectividad.

Y es aquí donde la tutela judicial comienza a ser muchas veces insuficiente o inadecuada.

3.- El sistema de control y las características de los derechos en juego.

Otro de los aspectos que no se puede soslayar cuando se pretende analizar la exigibilidad de los derechos sociales es el sistema de control de constitucionalidad vigente y la dimensión de los derechos en juego.

Hay derechos en los que, por su naturaleza, los destinatarios no son las personas en forma individual sino el colectivo en su conjunto. El derecho a la autodeterminación de los pueblos es un claro ejemplo de ello.

En estos casos, el sistema de control de constitucionalidad judicial difuso suele ser insuficiente para dar andamiaje a su efectividad[3]. Ello porque el marco de un proceso, como todavía se encuentra pensado, en donde se discute el derecho individual, suele ser insuficiente para debatir esta clase de derechos.

No con ello queremos afirmar que sistemas de jurisdicción concentrada sean más adecuados para dar respuestas a los derechos sociales. Todo lo contrario.

El sistema judicial difuso, con todas las falencias que pueda presentar, es el más efectivo para la concreción de los derechos, especialmente los sociales.

Cuando un trabajador no percibe el salario que le corresponde; cuando a un paciente no se le otorga el tratamiento de salud adecuado para sus necesidades; cuando una mujer no recibe igual tratamiento salarial que un hombre, pese a realizar la misma tarea, cuando un obrero no recibe la participación en las ganancias de las empresas o cuando alguien no cuenta con una vivienda que cubra las necesidades

[3] En el ejemplo que tomamos, en realidad, cualquier sistema de control de constitucionalidad será insuficiente porque precisamente el reconocimiento del derecho suele escapar al ámbito nacional y depender de la exclusiva voluntad del más fuerte.

mínimas para considerarse digna, indudablemente que el proceso judicial será el más adecuado para darle respuesta.

Incluso, el más democrático.

Cabe aclarar el porqué de esta afirmación.

Quien se encuentra afectado en un derecho social sólo tiene alguna garantía de éxito en el control difuso.

El jubilado cuyo haber ha sido menguado por efecto de la inflación perdiendo la movilidad reconocida constitucionalmente es quien está en mejores condiciones de demostrarlo ante un tribunal de justicia y debatirlo con quien produce su afectación.

Y el juez que allí resuelva, no estará decidiendo sobre la forma de asignar los recursos estatales de manera general; simplemente estará haciendo efectivo un derecho que resulta insignificante en las arcas del obligado.

No desconocemos el argumento que suele brindarse en estos casos sobre la repercusión del caso individual, dado que, se dice, una vez efectivizado este derecho, otros en las mismas condiciones lo reclamarán y allí sí el juez estará decidiendo sobre la asignación de partidas presupuestarias. Sólo vemos que este argumento es falaz porque aún en vulneraciones evidentes son pocos los reclamantes en relación al universo de afectados.

El proceso judicial tiene costos, tiempos y riesgos que no todos están dispuestos a afrontar. Precisamente aquellos que más afectados se sienten son los que llevarán adelante el control.

A estas consideraciones se les podría achacar que son injustas y desigualitarias porque de todos los que encuentran vulnerados sus derechos sólo un grupo minúsculo tendrá reparación efectiva.

Hay dos razones más por las que seguimos siendo partícipes del control difuso.

En primer lugar porque es preferible que unos pocos, que no están dispuestos a tolerar la afectación de sus derechos, encuentren una respuesta a sus reclamos antes que no la obtenga ninguno, que es lo que suele suceder en los sistemas concentrados, en donde a un tribunal le toca decidir si efectiviza un derecho (de todos) y sacrifica otro en compensación (al ser los recursos finitos).

En segundo lugar porque al ampliarse la base de los reclamos, queda a los poderes políticos el análisis de la situación de desigualdad que se puede estar generando y el buscar dar una respuesta general que contemple estos derechos, decidiendo en donde realizar los recortes presupuestarios consecuentes.

Más allá de lo expuesto, durante mucho tiempo –inclusive al día de hoy se conserva en una importante medida- los tribunales entendieron que efectivizar el derecho social del actor implicaba invadir esferas de los otros poderes estatales y reasignar recursos.

Ello va cambiando.

4.- La operatividad de los derechos.

Volvamos un poco sobre la distinción entre cláusulas programáticas y operativas.

Existe una primera corriente, mayormente abandonada en la actualidad, que entendió que las normas programáticas marcan meras directrices que debe seguir el legislador, el cual, si bien no puede contradecirlas, tampoco se encuentra obligado a cumplir con dichos preceptos. Para esta postura se trata de *normas bajo condición suspensiva*[4] –que se dicte la ley reglamentaria–.

En una posición contraria, al menos cuando se trata del reconocimiento de derechos, se propone, en la medida de lo posible, que el magistrado llene la laguna producida por la falta de legislación, o bien que emplace al órgano remiso a cumplir con su deber de normar. En esta corriente se ha ubicado la mayor parte de la doctrina argentina durante las últimas décadas[5].

La Corte Suprema de Argentina, durante muchos años, escudada en el principio de división de poderes, sostuvo el criterio de que la falta de dictado de la ley reglamentaria que la Constitución exige, entra en la órbita de las atribuciones discrecionales del Poder Legislativo, lo que impone al órgano judicial abstenerse de

[4] VANOSSI, Teoría constitucional, t. II, p. 2 y ss.; también QUIROGA LAVIÉ, Derecho constitucional, p. 138 y siguientes.

[5] Entre otros, BIDART CAMPOS, La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión, ED, 78-788; SAGÜÉS, Recurso extraordinario, t. 1, p. 175; Acción de amparo, p. 93 y 94, e Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativos y ejecutivos. Su control judicial, ED, 124-950.

emitir pronunciamiento al respecto[6]. Sin embargo, especialmente a partir de "Ekmekdjian c/Sofovich", puede verse un vuelco importante en su tradicional jurisprudencia[7].

En dicho precedente hizo lugar al pedido de réplica (consid. 26), y aplicó –aun en ausencia de reglamentación legal– el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, argumentando que la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento (especialmente, consid. 16), y que una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (consid. 20).

También entendió que la interpretación textual, según la cual toda persona "tiene derecho a…", despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que "la ley debe reconocer" (art. 17) o "estará prohibido por la ley" (art. 13.5).

Agregó que el sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo y que las palabras "*en las condiciones que establezca la ley*" se refieren también a las sentencias, dado que para cumplir con el fin del Pacto deben considerarse las sentencias, pudiendo determinar el tribunal las características con que ese derecho, ya concedido en el tratado, se ejercita en el caso concreto (consids. 21 y 22).

Este precedente, más allá de las críticas que pueda merecer[8], trajo un avance importantísimo en el reconocimiento de los derechos individuales.

En lo que aquí interesa, sentó el criterio de que las cláusulas programáticas, por disposición normativa, son directamente aplicables por la judicatura, dado que resultan plenamente operativas. Si bien en este aspecto las salvedades expresadas no son del todo felices y dejan a mitad de camino la tarea

[6] Ver la importante reseña de fallos que analiza BAZÁN en "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales .Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en BAZÁN (coord.), "Inconstitucionalidad por omisión", p. 84 y siguientes.
[7] CSJN, 7/7/92, "Ekmekdjian, Miguel Á. c/Sofovich, Gerardo, y otros", Fallos, 315:1492.
[8] Las críticas principales fueron de dos órdenes. En primer lugar, el alcance que se le otorgó al derecho de réplica; en segundo término, en el reconocimiento de una dudosa legitimación, especialmente antes de la reforma constitucional de 1994.

realizada, ella fue completada posteriormente por el Tribunal en el caso "Urteaga", donde expresó que *"la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Esta conclusión armoniza con la antigua doctrina del tribunal conforme con la cual 'las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias"*[9].

Por último, también es positivo haber sentado la obligación de los jueces, a la par del Congreso, de hacer operativas las normas que reconocen derechos, sea en un tratado internacional, como en la propia Constitución.

Es importante tener presente que la judicatura también gobierna.

En posteriores precedentes, la Corte Suprema de Argentina fue más lejos aún, dado que, para la efectivización de un derecho, llegó a imponer a los órganos legislativos y ejecutivos la obligación de legislar. Tal lo resuelto en el caso "Mignone", donde no se limitó a declarar inconstitucional el inciso del Código Electoral que impedía votar a los procesados no condenados, sino que exigió la reglamentación por parte de los demás poderes[10].

Con motivo del reajuste jubilatorio pedido en "Badaro", el alto tribunal otorgó un tiempo al Congreso, a los efectos de que fijara la movilidad jubilatoria con alcance general, pero al no tener respuesta alguna, procedió a establecer, para el caso concreto, el índice de actualización[11].

Un precedente que merece una consideración especial es el referido a la vivienda digna[12].

Allí dijo que el máximo Tribunal *"9°) Que, conforme a lo expuesto en el considerando anterior, el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia. De dicho sistema se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo, de modo que*

[9] CSJN, 15/10/98, "Urteaga, Facundo R. c/Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas", Fallos, 321:2767.
[10] CSJN, 9/4/02, "Mignone, Emilio F. s/acción de amparo", Fallos, 325:524.
[11] CSJN, 8/8/06, "Badaro, Adolfo V. c/Anses s/reajustes varios", Fallos, 329: 3089, y 26/11/07, Fallos, 330:4866.
[12] C.S., 24/4/12, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", Fallos: 335:452.

corresponde a esta Corte establecer el alcance de dichos preceptos en relación al caso.

10) Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Fallos: 327:3677; 332: 2043) y "garantizar", significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas", según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709)

11) Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios.

En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclamo de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo local, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat

adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno.

Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial.

12) Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que "manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, "A Theory of Justice", 1971, Harvard College)". Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada corno tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación 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”.

De estos antecedentes se puede concluir que las cláusulas programáticas son motorizables por el Poder Judicial, aun cuando en su aplicación no

siempre puedan encontrarse respuestas generales, sino que dependerá de la naturaleza del derecho en juego y las particulares características del caso.

Básicamente, cuando hablamos de derechos económicos, sociales y culturales, tenemos que tener en cuenta que:

a.- Se trata de derechos, no meras declaraciones, y por tanto tienen que efectivizarse, ya que para garantizar no basta con abstenerse de dañar;

b.- Que estos derechos tienen operatividad derivada, lo que significa que en principio su implementación requiere de una ley del Congreso o de un acto del Poder Ejecutivo que lo aplique, porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios;

c.- Que las decisiones de los poderes en su implementación están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial; y esa razonabilidad está relacionada con el principio que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los integrantes de la sociedad, así como introducir desigualdades excepcionales para maximizar el derecho que corresponde al grupo menos favorecido.

Otro aspecto que no ha tenido una solución unánime en este ámbito es el de la progresividad de esta clase de derechos.

Mientras la Corte argentina parece enrolarse en el reconocimiento de esta progresividad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido más dubitativa al respecto.

En efecto, en el "Caso Cinco Pensionsitas vs. Perú"[13] la Corte Interamericana entiende que la dimensión colectiva de los derechos económicos, sociales y culturales permite ciertas regresiones en materia de la dimensión individual de estos derechos.

Al respecto dijo *"147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el*

[13] Corte IDH, "Caso Cinco Pensionistas vs. Perú", sentencia del 28/2/03.

conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso".

En Acevedo Buendía[14] morigeró esta doctrina permitiendo el control de la regresividad, aun cuando no prohibiéndolo. Sostuvo al respeto *"102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos "no podrá lograrse en un breve período de tiempo" y que, en esa medida, "requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo […] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad". En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.*

103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que "las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos

[14] Corte IDH, "Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú", sentencia del 1/7/2009.

Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso". Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate".

En conclusión, según el criterio de la Corte Interamericana existe el deber de no regresividad, entendido como prohibición de adoptar medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho, pero ese deber se encuentra condicionado en referencia a la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales previstos en el pacto y, por tanto, toda restricción es controlable judicialmente.

Como expresamos, no es ésta la postura de la Corte argentina quien, en casos como Sánchez[15] sobre movilidad jubilatoria, sostuvo *"6º) Que los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22). La consideración de los recursos disponibles de cada Estado -conf. arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. art. 29 de la convención citada). Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, sólo conducen a negar el goce efectivo de esos derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria".*

Vemos aquí un criterio mucho más favorable a la efectivización individual de estos derechos.

[15] C.S., 17/05/2005, Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/reajustes varios. - Fallos: 328:2833.

5.- Consideraciones finales.

A diferencia de lo que ocurrió con las libertades civiles, que a la par que fueron reclamadas por la burguesía, ésta desplazaba a la monarquía del poder y por tanto se deba los derechos a sí misma, lo cual facilitaba su efectivización; los derechos sociales fueron “arrancados” al poder estatal. Pero sus destinatarios, aun cuando elijan a sus gobernantes o el poder se ejerza en su nombre, nunca tuvieron la facultad de decisión para efectivizarlos.

Por ello se recurrió a los más diversos artilugios dialécticos para evitar su concreción. Se dijo que las cláusulas eran programáticas y que por tanto dependían de la decisión de los poderes políticos, o que se trataba de normas no obligatorias y por tanto nada podía exigirse de ellas.

Poco a poco, la sinrazón de estos argumentos comienza a ceder y los tribunales comienzan a efectivizar los derechos obtenidos. Máxime cuando vienen cobrando cada vez más fuerzas las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo[16].

Para su concreción resulta más adecuado el sistema de control judicial difuso en tanto permite a quien se siente vulnerado acceder al juez de su cercanía para demostrar, en qué medida y con qué alcances fue vulnerado su derecho. Además le permite al juez resolver el planteo individual sin afectar las decisiones macro tomadas por los poderes políticos.

Y le permite a los órganos políticos detectar las inconsistencias de su actuar, reasignar las partidas presupuestarias y efectivizar los derechos sociales reconocidos.

REFERENCIAS

BAZÁN. Rumo à plena exigibilidade dos preceitos constitucionais: o controle das omissões inconstitucionais. Referência especial aos casos do Brasil e da Argentina. *In:* BAZÁN (coord.). "Inconstitucionalidade por omissão".

BIDART CAMPOS. La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión.

QUIROGA LAVIÉ. Derecho constitucional.

[16] Con distintos nombres como constitucionalismo, constitucionalismo garantista o neoconstitucionalismo, y distintas variantes, con mayor cercanía al iusnaturalismo o al positivismo, estas teorías del derecho, que vienen teniendo una amplia acogida en estas latitudes, proponen una mayor efectivización de las cláusulas constitucionales, independientemente que se encuentren formuladas de manera abierta o como “principios”, como suelen denominarse.

SAGÜÉS. Ação de Amparo.

SAGÜÉS. Inconstitucionalidade por omissão dos poderes Legislativo e Executivo

SAGÜÉS. Recurso extraordinário, t. 1.

TORICELLI. Maximiliano. *Organização Constitucional do Poder*, Vol. 1. Buenos Aires: Astrea, 2010.

VANOSSI. Teoria Constitucional.