

LOS DERECHOS SOCIALES
Y LA RECEPCIÓN DEL PACTO
INTERNACIONAL DE
DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES EN
EL DERECHO CONSTITUCIONAL
ARGENTINO

Albert NOGUERA FERNÁNDEZ*

RESUMEN

El presente artículo persigue demostrar cómo el reconocimiento, a través de la reforma constitucional argentina de 1994, de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se ha conformado como una importante garantía para la protección y justiciabilidad de los derechos sociales en el país. A partir del análisis de la Constitución argentina de 1994, de la recepción que ésta hace del PIDESC y de casos asociados a ello, el artículo demuestra la conexión entre la jerarquía constitucional del PIDESC y la justiciabilidad de los derechos sociales.

Palabras clave: Argentina, Constitución, derechos sociales, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

I. INTRODUCCIÓN

Los cambios constitucionales en América Latina durante los últimos 25 años han supuesto un avance en la protección y justiciabilidad de los de-

* Profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Extremadura (España) y profesor del Master en Derecho constitucional en la Universidad Mayor San Andrés de La Paz (Bolivia) (albertnoguera@unex.es).

rechos sociales, sin precedentes en otras Constituciones. Podemos señalar al menos dos motivos que han favorecido este avance:¹

En primer lugar, en un proceso conectado con el retorno de la democracia liberal y el Estado de derecho, muchos países de la región han reformado su Constitución, o bien han aprobado nuevas. La mayoría de los nuevos textos constitucionales, entre los que se incluyen la Constitución brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la paraguaya de 1992, la reforma constitucional argentina de 1994, la Constitución ecuatoriana de 1998, la venezolana de 1999, la de República Dominicana de 2002, la de Ecuador de 2008 o la de Bolivia de 2009, han incluido y desarrollado diversos tipos de derechos sociales: derechos de los trabajadores, derecho a la seguridad social, derecho a la educación, a la asistencia sanitaria, a una vivienda y, en ocasiones, derechos relativos a grupos o minorías en situación de exclusión como mujeres, niños, adultos mayores, pueblos indígenas o personas con discapacidad. Además, muchos de estos textos incluyen diversos elementos como el reconocimiento pleno e igual jerarquía de todos los derechos, del principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos, así como del principio de cláusula abierta en el reconocimiento de los derechos, o el establecimiento de un amplio sistema de garantías (individuales y colectivas) y la delimitación de los principios de aplicación e interpretación de los derechos (aplicabilidad directa de todos los derechos, prohibición de regresividad de los derechos, etcétera), lo que favorece enormemente la justiciabilidad de los derechos sociales.

En segundo lugar, la generalizada ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales, incluyendo aquellos que reconocen derechos sociales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención de Derechos de la Niñez, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres, o el Protocolo de San Salvador. Algunos países, como Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú o Venezuela, incluso han otorgado a estos instrumentos internacionales rango constitucional.

¹ Curtis, C., "Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America", en Gargarella, R. *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 169 y 170.

Estos dos importantes desarrollos normativos han abierto un campo muy bueno para el reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales en América Latina.

A continuación me detendré en el segundo de estos elementos, el de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y, concretamente, en ver la recepción del PIDESC en la Constitución argentina de 1994, y en cómo ello afecta a las posibilidades de eficacia y justiciabilidad de los derechos sociales en este país.

II. UN REPASO AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ARGENTINA. LAS CONSTITUCIONES DE 1949 Y 1957

Un primer intento de inclusión de los derechos sociales en el constitucionalismo argentino tuvo lugar con la Convención Constituyente y la Constitución de 1949. En enero de 1946, Juan Domingo Perón había ganado las elecciones presidenciales. En este contexto, se planteó desde el gobierno la necesidad de una reforma constitucional, entendida como la consolidación de todos los beneficios que Perón había otorgado a los trabajadores desde la Secretaría de Trabajo del gobierno militar creado con la Revolución de 1943.²

² El 4 de junio de 1943 se produjo un golpe de Estado encabezado por los generales Arturo Rawson y Pedro Pablo Ramírez y apoyado por varios sectores militares, entre los que se destacaba una agrupación de militares del Ejército denominado GOU (Grupo de Oficiales Unidos), integrado por unos veinte oficiales —mayoritariamente jóvenes— de ideologías diversas que compartían un enfoque nacionalista. El golpe derrocó al presidente Ramón Castillo, quien fue reemplazado por el general Arturo Rawson, quien inmediatamente (tres días después) fue reemplazado a su vez por el general Pedro Pablo Ramírez. La Revolución de 1943 contenía en su interior diversos sectores que lucharon entre sí para controlar la dirección del proceso. Uno de esos sectores estuvo liderado por el entonces coronel Juan Domingo Perón, quien ocupó inicialmente un cargo de menor significación como secretario del Ministerio de Guerra, en cabeza del general Edelmiro Farrell. A partir de la segunda mitad de 1943 comenzó una política de alianza con el movimiento sindical que le permitiría ir ocupando posiciones cada vez más influyentes en el gobierno militar. En ese camino resultó fundamental su designación a cargo del irrelevante Departamento de Trabajo, elevado luego al nivel de secretaría de Estado. A comienzos de 1944 el gobierno militar rompió relaciones diplomáticas con los países del Eje, decisión que llevó a un enfrentamiento entre sus sectores internos y a exigir la renuncia del presidente Ramírez, quien fue reemplazado por el general Edelmiro Farrell, pasando Perón a ocupar el Ministerio de Guerra que dejó aquél. Farrell se apoyó en Perón y su exitosa política laboral-sindical; sufrió el embate del sector nacionalista de derecha liderado por el ministro del

En septiembre de 1948 se anunció al país la reforma constitucional; el Congreso aprobó la Ley nacional 13.253 mediante la cual se declaró la necesidad de la reforma y se convocó a elecciones de convencionales constituyentes, en las que el partido peronista obtendría la mayoría en todos los distritos. Finalmente, el 16 de marzo el nuevo texto constitucional fue aprobado por la Convención y entró en vigor.³

La reforma se manifestó, principalmente, en la incorporación de normas de contenido social, por las que se incluyó en el preámbulo el propósito de “promover la cultura nacional” y ratificar “la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”, y en la parte dogmática fueron reconocidos como derechos especiales los derechos de las personas ancianas, de la mujer, de los niños y de los trabajadores (tercer capítulo: “Derechos de los trabajadores, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura”), a la vez que se fijó la función social de la propiedad privada, el capital y la actividad económica (cuarto capítulo: “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”). Se estableció, por tanto, una nueva concepción del capital como elemento al servicio de la economía nacional; se nacionalizaron los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas y las demás fuentes de energía. También se nacionalizaron los servicios públicos, a la vez que se prohibió su enajenación o concesión a particulares.⁴

Interior, el general Luis César Perlinger. En la segunda mitad del año, el dúo Farrell-Perón consolidó su posición, desplazando al sector de la derecha nacionalista católica-hispanista, y profundizó las reformas laborales, generalizando la negociación colectiva, sancionando el Estatuto del Peón de Campo que laboralizó la situación de los trabajadores rurales, creando los tribunales de trabajo y estableciendo la jubilación para los empleados de comercio. También se tomaron importantes medidas industrialistas como la creación del Banco Industrial de Crédito. Tras los beneficios otorgados por Perón a los trabajadores desde la Secretaría del Trabajo, en octubre de 1945 militares antiperonistas lograron su renuncia y detención. Cuando la situación parecía definida, se produjo el 17 de octubre de 1945 una gran movilización de obreros y sindicalistas que obtuvo la liberación de Perón y su reinstalación en el gobierno. A partir de entonces, ambos bandos se prepararon para enfrentarse en elecciones el 24 de febrero de 1946, triunfando Juan Perón, y como vicepresidente el radical Hortensio Quijano, contra la fórmula de la Unión Democrática integrada por los radicales José P. Tamborini-Enrique Mosca.

³ Fayt, C. S., *Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad*, Buenos Aires, FEDYE, 2007, pp. 33 y 34.

⁴ Conjuntamente con la introducción de normas de contenido social, otros elementos que incorporó la reforma fueron, en el plano político, la habilitación de la reelección indefinida del

Por último, en la disposición transitoria 1 se disponía la creación con carácter provisional del Ministerio de Trabajo y Previsión, instituido con base en la organización de la hasta entonces Secretaría de Trabajo y Previsión, creada en 1943.

A pesar de reconocer que esta reforma supuso un primer tímido reconocimiento de derechos sociales, cabe decir que en la Constitución de 1949 éstos tuvieron un carácter meramente declarativo y teórico.⁵ En materia de derechos del trabajo por ejemplo, como señala C. Colautti, “en momento alguno se pone a cargo del Estado el carácter eventual de posible sujeto pasivo de una relación obligacional. Sólo se hace referencia a la sociedad, a la comunidad y a la colectividad, es decir agrupaciones humanas que por carecer de personalidad jurídica y de la posibilidad de adquirirla no pueden ser sujetos pasivos de una obligación”,⁶ eludiendo así, además de la operatividad de la norma, la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de sus funciones.⁷ Esto hace que, más que el reconocimiento del trabajo como un derecho social, continuara percibiéndose como un derecho civil gobernado por las normas que rigen los contratos entre particulares. O, posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en su integración posterior al derrocamiento de Perón, expresó: “el artículo 37⁸ de la reforma de 1949 no establecía ninguna garantía y ningún precepto, sino solamente declaraciones teóricas”.⁹ En cuanto a las disposiciones de la reforma relativas a los derechos

presidente y vicepresidente de la nación (“El presidente y el vicepresidente durarán en su cargo seis años, y pueden ser reelegidos”, artículo 77). En el ámbito del Poder Judicial, además de instituirse una nueva vía recursiva ante la Corte, el recurso de casación, se dispuso la aplicación obligatoria por los tribunales inferiores de la doctrina emanada de los fallos del alto tribunal (*ibidem*, p. 38).

⁵ Ramella, P., “Los derechos sociales en la Constitución argentina”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, núm. 50, 1964, p. 321; Sampay, A., “L’esprit de la réforme constitutionnelle en Argentine”, *Cahiers de Législation et Bibliographie juridique de l’Amérique Latine*, año 2, núm. 7-8, 1951, pp. 11-23.

⁶ Colautti, C., *Las disposiciones constitucionales sobre el orden económico-social*, Buenos Aires, La Ley, 1985, p. 739.

⁷ Fayt, C. S., *op. cit.*, pp. 53-55.

⁸ El artículo 37 de la Constitución de 1949 establecía: “Declárense los siguientes derechos...”, nombrando a continuación un conjunto de derechos del trabajador, la familia, la ancianidad, la educación y la cultura, y la función social de la propiedad.

⁹ República de Argentina, Corte Suprema de Justicia, “Sambriñ de Mollard c. Frigorífico Armour” (*Fallos* 235:140) de 1956.

del trabajador, la Corte concluyó que aquéllas “no contenían sino declaraciones teóricas y no añadían derecho alguno a los que había establecido efectivamente la legislación bajo el imperio de la Constitución de 1853”.¹⁰

En consecuencia, no será hasta la siguiente reforma constitucional de 1957 que podemos hablar de un reconocimiento pleno de los derechos sociales en el constitucionalismo argentino.

El gobierno de Perón duró hasta 1955, cuando el levantamiento militar del 16 de septiembre de este año depuso a Perón de la Presidencia e impuso un gobierno provisional con el general Leonardi al frente, hasta noviembre de este año, y luego el general Aramburu. Una de las primeras medidas de Aramburu fue dejar sin efecto la Constitución de 1949, alegando que en el dictado de este texto constitucional se había violado el procedimiento de reforma establecido en el artículo 30 de la Constitución anterior, por no respetar las mayorías requeridas para declarar la necesidad de reforma, y por tanto procedió a reestablecer la vigencia de la Constitución de 1853, sobre la que se declaró la necesidad de una reforma parcial (Decreto Ley 3838/57).

Para aquel entonces ya se había creado una Comisión de Estudios Constitucionales, por Decreto 22.337 del 17 de diciembre de 1956, a fin de aportar los fundamentos que serían utilizados por el gobierno provisional para justificar la necesidad de la reforma constitucional.¹¹

Finalizada la labor de la Comisión de Estudios Constitucionales se convocó a elecciones de convencionales constituyentes, en las que el peronismo fue excluido. Con muchas dificultades, dadas por el abandono de la Con-

¹⁰ República de Argentina, Corte Suprema de Justicia, “Cantarini c. Acindar” (*Fallos* 237:272) de 1957.

¹¹ Uno de los fines perseguidos por la reforma, según el informe de la Comisión, era una democratización de la sociedad basada en: “1) El afianzamiento de los derechos y garantías individuales y sociales; 2) La realidad de un auténtico federalismo; 3) El fortalecimiento de las autonomías municipales; 4) La efectividad de la libertad de expresión; 5) La limitación de las facultades del poder central; 6) La imposibilidad de reelección del presidente y vicepresidente; 7) La efectiva independencia del Poder Legislativo y la ampliación de sus facultades en lo que se refiere al control del Poder Ejecutivo; 8) El robustecimiento integral del Poder Judicial, y 9) La limitación de las facultades del Poder Ejecutivo en lo relativo a la designación y remoción de los empleados públicos a modo de dar base constitucional y legal a un estatuto que les asegure estabilidad y los independice de los vaivenes de la política” (véase Comisión de Estudios Constitucionales, *Materiales para la reforma constitucional*, t. I: *Informe acerca de la convocatoria de la Convención*, Buenos Aires, 1957, p. 28).

vención por una tercera parte de sus miembros, quienes la consideraban ilegítima, y de varias impugnaciones no aceptadas de otros miembros solicitando la declaración de nulidad del Decreto Ley 3838/57 y la invalidez de los títulos de convencionalistas, la Convención Constituyente dispuso declarar la vigencia del texto constitucional de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1889, excluyendo aquellas de 1949. A ello sumaron la incorporación de un nuevo artículo, luego individualizado como 14 bis, que incorporaba al texto original los derechos sociales,¹² además de un agregado final al inciso 11 del artículo 67¹³ que sustituía las palabras “de minería” por “de minería, y del trabajo y seguridad social”.¹⁴

El artículo 14 bis supuso de manera definitiva el reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores en la ley fundamental argentina. Este artículo es la manifestación de un cambio paradigmático en la noción de trabajo, que había iniciado pero no completado la reforma de 1949. Se reconocen, a partir de este momento, los derechos del trabajo (derechos individuales del trabajador,¹⁵ derechos colectivos del trabajo¹⁶ y derechos de la seguridad social) como derechos sociales con una tutela especial por parte del Estado.¹⁷ El artículo 14 bis es una norma de naturaleza transformadora, dada la obligación que impone al Estado de proteger el trabajo en sus diversas formas mediante contenidos mínimos que establecen ciertas limitaciones respecto de otros derechos. En consecuencia, se trata de comprometer al

¹² Tal como señala P. Ramella: “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” (Ramella, P., *op. cit.*, p. 321).

¹³ Fayt, C. S., *op. cit.*, p. 63.

¹⁴ Sobre el tratamiento de los derechos sociales en las Constituciones argentinas de 1949 y 1957 véase *Reforma constitucional*, Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, EUDEBA, 1986, pp. 266-277.

¹⁵ El artículo 14 bis reconoció los derechos a condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; 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, así como protección contra el despido arbitrario; estabilidad. A los empleados públicos les reconoció también: organización sindical libre y democrática.

¹⁶ Concretamente, se reconocieron el derecho de los gremios a concertar convenios colectivos, el derecho a recurrir a la conciliación y al arbitraje y el derecho de huelga.

¹⁷ Fayt, C. S., *op. cit.*, pp. 64-75.

Estado en la remoción de los distintos obstáculos, principalmente de índole económica, que dificultan la plena vigencia de los derechos sociales enunciados por la propia norma.¹⁸

1. *Los límites de los derechos sociales en la Constitución de 1957*

A pesar del reconocimiento constitucional de los derechos sociales, especialmente en el artículo 14 bis, se presenta en la Constitución de 1957 un importante problema. Éste es que el reconocimiento de los derechos sociales constitucionalmente previstos depende, principalmente, del hecho de que las personas ocupen una posición de trabajador en el mercado de trabajo formal. La asignación de muchos derechos sociales depende de la inclusión del cabeza de familia en el mercado de trabajo formal. Es el caso de la seguridad social o el seguro médico, los créditos para vivienda o pensión de jubilación, asignaciones familiares y otros sistemas de transferencia de ingresos. Este marco jurídico es reflejo del momento de prosperidad económica que vivía Argentina entre las décadas de 1940 y 1970, momento en que se aprobó la Constitución, la existencia de una tasa estable de pleno empleo y los relativamente buenos resultados en materia de integración social, explican por qué en aquel momento no se pensaba en constitucionalizar un plan de seguro para desempleados, por ejemplo.¹⁹

No obstante, la cosa cambió con la llegada de la profunda crisis económica y política de mediados de los años setenta (en 1976 tomaron el poder los militares), momento en que las violaciones masivas de derechos humanos fueron acompañadas de señales de agotamiento económico, importantes tasas de inflación, creciente deuda externa y un profundo déficit financiero del sistema de seguridad social. La situación económica y social no

¹⁸ Sobre la incorporación del artículo 14 bis en la reforma de 1957, la Corte Suprema de Justicia argentina expresó: “Hoy, luego de la reforma de 1957, el régimen constitucional ha cambiado. La materia sobre la que versa el litigio no constituye ahora, sino la manifestación parcial del gran tema que está referido a uno de los deberes inexcusables del Congreso: el de asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables, entre los que figura, de manera conspicua, el de tener protección contra el despido arbitrario” (República de Argentina, Corte Suprema de Justicia, *Fallos* 252:160).

¹⁹ Isuani, E. *et al.*, *El Estado benefactor. Un paradigma en crisis*, Buenos Aires, CEIPP-Miño y Dávila, 1991.

cambió demasiado con el regreso de la democracia liberal en 1983. El desempleo empezó a crecer y el gobierno fracasó en los intentos de reforma del sistema de seguridad social. Dos crisis de hiperinflación tuvieron lugar en el periodo 1987-1989. En 1989, el candidato del Partido Justicialista Carlos Menem asumió el cargo de presidente de la República, llevando a cabo una profunda reforma neoliberal, incluyendo la privatización parcial del sistema de seguridad social, la descentralización de los sistemas de salud y educación, privatización del sistema de indemnización laboral, flexibilidad laboral y debilitamiento del poder de negociación de los sindicatos, liberalización de los aranceles externos y eliminación de los obstáculos al comercio externo, privatización de gran cantidad de empresas públicas, etcétera. Mientras, por un lado, se logró controlar la inflación y recuperar algunos de los indicadores macroeconómicos, por el otro lado, la tasa de desempleo y las desigualdades económicas crecieron enormemente.²⁰ Esta situación provocó, especialmente el alto desempleo, la imposibilidad de una gran cantidad de la población de acceder a los derechos sociales.

En 1994, cuando el presidente Menem estaba apunto de acabar, los dos principales partidos políticos acordaron reformar la Constitución, permitiendo la reelección del presidente, pero a la vez introduciendo también un conjunto de nuevos derechos sociales en la Constitución, así como mecanismos para la justiciabilidad de los mismos,²¹ entre ellos el reconocimiento constitucional y la aplicabilidad directa del PIDESC.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994: HACIA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Si bien con la reforma de 1957 se produce un reconocimiento de los derechos sociales, poco había hecho ésta en orden al establecimiento de mecanismos de protección de tales derechos; la Constitución no reconoce garan-

²⁰ Barbeito, A. y Lo Vuolo, R., *La nueva oscuridad de la política social. Del estado populista al neo-conservador*, Buenos Aires, CEIPP-Miño y Dávila, 1998.

²¹ Curtis, C., "Socio-Economics Rights before the Courts in Argentina", en Coomans, F. (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, pp. 310-313.

tías constitucionales para dotar de eficacia a los mismos. Ello fue, de alguna manera, cuestión solventada por la reforma constitucional de 1994, aprobada por la Convención Nacional Constituyente de Paraná, Santa Fe.

La reforma constitucional de 1994 supuso, entre otros aspectos, primero la incorporación al texto constitucional de normas vinculadas a los derechos sociales y a su desarrollo y protección, y segundo, otorgar jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales citados en el artículo 75.22, donde se encuentra, entre otros, el PIDESC. Este último aspecto constituye como veremos un avance importantísimo en la protección y justiciabilidad de los derechos sociales.

El reconocimiento de jerarquía constitucional al PIDESC refuerza la operatividad de los derechos sociales por varias razones: primero, debe tenerse en cuenta la responsabilidad internacional que el Estado asume con la adopción de tal documento ante un eventual incumplimiento de las normas allí establecidas,²² y, segundo, la sola adhesión a este instrumento comporta la asunción por el Estado de tres obligaciones principales: respetar los derechos protegidos, garantizar el goce y pleno ejercicio de aquellos derechos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos.²³

1. *El desarrollo y protección de los derechos sociales*

En cuanto a este primer aspecto, debido a que la Ley de Necesidad de la Reforma Constitucional había impuesto no modificar ningún artículo de la primera parte de la Constitución (“Declaraciones, derechos y garantías”),²⁴ el Constituyente se vio obligado para proceder a incorporar nuevos derechos e instrumentos de protección de los mismos, a añadir un nuevo capítulo segundo, titulado “Nuevos derechos y garantías”, en la primera parte del texto, donde incorporó nuevos derechos como el derecho a un medio ambiente sano (artículo 41) o los derechos de los consumidores (artículo

²² Fayt, C. S., *op. cit.*, p. 89.

²³ Pinto, M., *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 47.

²⁴ La norma a la que hago referencia es la Ley Nacional 24.309, cuyo artículo 7o. prohíbe modificar el capítulo de la Constitución referido a “Declaraciones, derechos y garantías” (artículos 1o. a 35).

42), que si bien no son propiamente derechos sociales, sí que su reconocimiento tiene una estrecha relación con cuestiones sociales. Además, con el objetivo de superar uno de los problemas principales para la justiciabilidad de los derechos sociales, esto es, la falta de especificación de su contenido y, por tanto, de las obligaciones legales que de ellos se derivan. El problema está en que a pesar de que los derechos sociales están en muchos casos reconocidos a nivel constitucional, este reconocimiento no es completado con un trabajo legislativo, judicial o doctrinario de desarrollo de sus bases conceptuales y contenidos, lo que supone inconvenientes y límites a la hora de poder justificar, por parte de las cortes, una resolución en favor de estos derechos.²⁵ Argentina, por ejemplo, ha probado durante la última década de dar contenido a algunos derechos sociales como el de la asistencia sanitaria, a través de definir el tipo y alcance de tratamiento que todo centro sanitario debe dar.²⁶ Paralelamente, una cada vez mayor jurisprudencia de casos nacionales en materia de derechos sociales ayuda también a ofrecer criterios de interpretación de los mismos, resoluciones de la Corte Suprema y de las cortes inferiores de Argentina en relación con el derecho a la asistencia sanitaria.²⁷

Aunque los aspectos de la reforma constitucional de 1994 que más nos interesa destacar aquí son el establecimiento de medidas destinadas a fo-

²⁵ Golpeens, S., "Courts and Social Transformation: An Analytical Framework", en Gargarella, R. *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Hampshire, Ashgate, 2006, pp. 35-61.

²⁶ Véanse, de Argentina, las leyes 23660 y 23661, los decretos presidenciales 492/95 y 1615, las resoluciones ministeriales del Ministro de Salud y Acción Social 247/1996 y reformas (157/1998, 542/1999, 939/2000, 1/2001).

²⁷ Véase Corte Suprema de Justicia, sentencias: Campodonico de Beriacqua, Ana Carina 24/10/2000; Laudinicia, Ángela Francisca 9/3/2004; Lifschitz, Graciela Beatriz 15/6/2005; Martín, Sergio Gustavo 8/6/2004 (éstos son casos donde la Corte Suprema ordenó a la administración y otros proveedores del servicio de salud cubrir el tratamiento y entregar medicación al demandante). Véase, también, Corte de Apelación Civil y Comercial de Bahía Blanca, sección II, en *C. y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social de la provincia de Buenos Aires*, 9/2/1997, donde la corte local de apelación ordenó al gobierno provincial dar medicación a 34 enfermos de SIDA; Corte Administrativa de Apelación Federal de Argentina, sección IV, en *Viceconte, Mariela* 2/6/1998, donde la Corte federal de apelación ordenó garantizar la producción de una vacuna en un momento en que amenazaba la interrupción de financiación para ello (Courtis, C., "Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America", *op. cit.*, p. 181, nota 15).

mentar el desarrollo de los derechos sociales y el establecimiento de mecanismos jurisdiccionales de protección de los mismos.

A. *Fomento del desarrollo de los derechos sociales*

El párrafo tercero del inciso segundo del artículo 75,²⁸ incorporado con la reforma de 1994, contiene un mandato expreso, relativo a la distribución de los recursos entre la nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, de usar un criterio que priorice la equidad en el grado de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades. Asimismo, cabe señalar el reenvío que esta norma hace al inciso 8 del propio artículo 75,²⁹ estableciendo los referidos criterios como prioridades a seguir en la elaboración de la ley del presupuesto. El traslado de directrices del ámbito del reparto impositivo al propio de la ley de presupuesto implica el establecimiento de límites impuestos por la Constitución al accionar discrecional del poder en la previsión presupuestaria de los recursos, gastos e inversiones.

Esto se vincula a la pauta de progresividad contenida en el PIDESC, relativa a la adopción de medidas para su efectividad “hasta el máximo de los recursos disponibles”.

En consecuencia, en razón de los criterios establecidos en la Constitución, por un lado, y en el PIDESC (que goza como veremos a continuación de jerarquía constitucional), por otro, se da la orientación de que la asignación de recursos debe estar guiada hacia la promoción de los fines fijados en la Constitución y el Pacto y evitar criterios arbitrarios o discrecionales para ello.³⁰

²⁸ “La distribución entre la nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.

²⁹ El artículo 75.8 señala: “Son competencias del Congreso... fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

³⁰ Bidart, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994”, *Hechos y derecho. Derechos económicos, sociales y culturales*, núm. 7, Buenos Aires, Subsecretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2000, p. 48.

B. Mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos sociales

Otra novedad introducida por la reforma fue el establecimiento, en los dos primeros párrafos del nuevo artículo 43, de la garantía de amparo como herramienta fundamental para exigir el cumplimiento de los derechos sociales reconocidos en las distintas normas.³¹ La incorporación en el texto constitucional del recurso de amparo para la protección de los derechos sociales constituye, sin duda, un elemento de especial importancia.³² Además, el se-

³¹ Artículo 43 de la Constitución argentina de 1994: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al 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”.

³² Fayt, C. S., *op. cit.*, pp. 81 y 82.

El primer antecedente de la acción de amparo en Argentina lo encontramos en el caso “Siri”, seguido ante la Corte Suprema de Justicia (*Fallos* 239:459, del 27 de diciembre de 1957), donde esta última decretó, amparándose en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”), la procedencia del amparo, aun y no estar reconocido formalmente en la Constitución argentina, como acción procesal para tutelar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución. Es interesante destacar que a la acción del caso “Siri” se le dio curso y fue sustanciada como acción de hábeas corpus, pues la Constitución no preveía el amparo. El fundamento de la acción radicó en que al clausurar por la policía el diario *Mercedes*, en una localidad de la provincia de Buenos Aires, se vulneraba la libertad de imprenta y de trabajo. Esta acción fue rechazada tanto por el juez de primera instancia como por el juez de apelación, en razón de que la acción de hábeas corpus sólo tutela la libertad física o corporal de las personas, y teniendo en cuenta que el señor Siri, director-propietario del diario, había sido liberado, no existía restricción alguna que afectase al recurrente. La Corte, luego de solicitar informes a la policía y acreditar que el diario seguía clausurado, expresó que el recurrente no había interpuesto una acción de hábeas corpus sino que había invocado la lesión a sus derechos de libertad de imprenta y de trabajo, tutelados en los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución y, encontrándose acreditada en la causa la restricción de los derechos citados, dijo que correspondía que “los mismos sean reestablecidos por los jueces, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que lo reglamente. Los derechos existen y se garantizan a los individuos por el solo hecho de estar consagrados por la Constitución, independientemente de las leyes reglamentarias”.

gundo párrafo de este artículo, a parte de otorgar legitimación activa para interponer el amparo a los particulares y al Defensor del Pueblo (al que la reforma dio estatuto constitucional en su artículo 86),³³ la amplía también a “organizaciones que propendan esos fines, registradas conforme a la ley”, lo que permite canalizar demandas colectivas de protección de derechos sociales de grupos que comparten una situación similar y que son situaciones que requieren de un remedio colectivo; ello refuerza los mecanismos necesarios para la tutela efectiva de los derechos sociales.

2. *La jerarquía constitucional del PIDE SC*

Paralelamente a lo señalado en el punto anterior, la reforma otorgó, como he dicho, jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos

En el caso “Kor” (*Fallos* 241:291, del 5 de septiembre de 1958), la Corte Suprema de Justicia ratificó la doctrina elaborada por el caso “Siri” y extiende la aplicación de la acción no sólo a los actos emanados de las autoridades públicas sino a los de los particulares. Este caso trató de la ocupación de una planta fabril en virtud de un conflicto laboral y la privación del derecho de propiedad de la actora. Así, la Corte dijo que nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que diga que la protección de los derechos esté circunscrita sólo a los ataques de las autoridades públicas.

Con estos antecedentes, la acción de amparo se consagró en Argentina; sin embargo, con la llegada de la dictadura militar y la quiebra por la misma del sistema democrático, tal como estaba regulado el amparo, es decir, jurisprudencialmente y sin regulación normativa, hubiera podido implicar que los jueces restablecieran de forma inmediata la vulneración de derechos y garantías constitucionales, lo que hubiese impedido el carácter hegemónico del gobierno nacido a través del golpe de Estado. Así, y para evitar esto, al tomar el poder el gobierno militar reglamentó esta acción mediante el Decreto Ley 16.986, del 18 de octubre de 1976, con el objeto de limitar la eficacia de la institución.

Posteriormente, con el restablecimiento de la democracia liberal y a partir de las reformas a los textos constitucionales provinciales que se fueron produciendo a partir de 1983, se incorporó el amparo en estos textos constitucionales. Finalmente, la acción de amparo fue constitucionalizada en la Constitución de la nación con la reforma de 1994 (Aberastury, P., “Derecho de amparo. Antecedentes de la acción de amparo en la República Argentina”, en varios autores, *La protección constitucional del ciudadano*, Buenos Aires, Konrad Adenauer-CIEDLA, 1999, pp. 7-10).

³³ En el caso “Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo”, del 5 de julio de 1998, la Corte Suprema de Justicia consagró la legitimación procesal del Defensor del Pueblo a efectos de solicitar amparo en cumplimiento del mandato constitucional contra una medida del Poder Ejecutivo.

incluidos en el inciso 22 del artículo 75,³⁴ entre los que se encuentra el PIDESC.

Aunque este artículo privilegió a un grupo de tratados de derechos humanos sobre otros, algunos autores han señalado que la lista es incompleta, preguntando, por ejemplo, ¿por qué se incluye en la lista la Convención de Derechos de los Niños y no la Convención de los Refugiados?³⁵ En realidad, la lista ha jerarquizado a unos más que a otros, pero de todos modos no ha cerrado la puerta de la jerarquización constitucional, pues por medio de mayorías especiales, dos tercios de la totalidad de miembros de ambas cámaras (artículo 75.22), se pueden constitucionalizar otros tratados que no han sido incluidos en la lista.³⁶

Mucho se ha discutido si es o no es necesario el reconocimiento explícito de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Autores como E. Jiménez de Aréchaga defienden que debe admitirse que las disposiciones de un tratado de derechos humanos tienen siempre, en principio, carácter ejecutable por sí mismas (*self-executing*) y por lo tanto pueden ser exigidas en forma directa e inmediata ante los tribunales locales, independientemente de si existen o no disposiciones explícitas en este sentido en la legislación nacional. Esto es así porque el objeto y razón de ser de un tratado de derechos humanos es reconocer a favor de

³⁴ “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

³⁵ Travieso, J. A., *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, Buenos Aires, EUDEBA, 1996, p. 29.

³⁶ De acuerdo con las normas de la Constitución argentina, hay dos métodos de aprobación de los tratados internacionales: uno el de aprobación, que requiere la simple mayoría, y otro el de jerarquización constitucional, que requiere una mayoría superior, esto es, los dos tercios.

los individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados parte.³⁷ Para T. Buergenthal, en cambio, aun cuando un tratado sea parte del derecho interno de un Estado, se requiere una norma de derecho interno que determine su auto-ejecutabilidad, esto es, la posibilidad de que el tratado sea directamente aplicable por los tribunales. Que el tratado sea o no auto-ejecutable (*self-executing*) es una cuestión de derecho interno.³⁸

En cualquier caso, y más allá de esta discusión, lo que parece claro es que el otorgar de manera explícita en la Constitución argentina aplicabilidad directa a todos los derechos sociales reconocidos en el PIDESC introduce novedades importantes en posibilidades de justiciabilidad de los derechos sociales. Es evidente que la aplicabilidad directa de este tratado no tiene como único objetivo servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución, sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público,³⁹ principalmente, en dos aspectos:

Primero, en el aspecto de establecer obligaciones a los poderes Ejecutivo y Legislativo nacional. El reconocimiento, por ejemplo, de los derechos del PIDESC va acompañado de unas obligaciones para el Estado. Como señalan los principios de Limburgo⁴⁰ (principio 25) o los principios de Maastricht⁴¹

³⁷ Jiménez Aréchaga, E., “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 7, 1988, p. 25. El autor entiende que éste es el sentido de la Opinión Consultiva núm. 7 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el artículo 14.1 de la Convención Americana.

³⁸ Buergenthal, T., “Self-Executing and Non Self-Executing Treaties in National and International Law”, 235 *Recueil des Cours* 303, IV, 1992, p. 307.

³⁹ Abramovich, V. y Courtis, C., “La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en Cantón, O. y Corcuera, S. (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa, 2004, p. 41.

⁴⁰ Los Principios de Limburgo (documento llamado “Principios de Limburgo sobre la implementación del PIDESC”) emanan de un grupo de expertos reunidos en Limburgo, entre el 2 y el 6 de junio de 1986, que establecen una guía para la mejor comprensión de los deberes jurídicos contraídos por los Estados desde la ratificación del PIDESC. Este documento fue adoptado por Naciones Unidas (UN Document E/C 4/1987/17).

⁴¹ En sentido similar, el 22 y 26 de enero de 1997, otro grupo de expertos elaboró los denominados “Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales”, que pese no haber sido adoptado formalmente por Naciones Unidas, sí ha sido usado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para evaluar los informes estatales y para desarrollar distintas observaciones generales al Pacto (Leckie, S. V., “Another

(principio 9), es una obligación mínima para el Estado asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos. El Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado del control del cumplimiento del PIDESC y de elaborar los Comentarios Generales que se entienden como auténticas fuentes de interpretación del Pacto, ha intentado definir el contenido básico de algunos derechos del Pacto. Por ejemplo, en materia de derecho a la salud, ha establecido que los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Entre estas obligaciones básicas se encuentran, como mínimo, la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial para los grupos vulnerables o marginados; asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; adoptar y aplicar sobre la base de pruebas epidemiológicas un plan de acción (OG núm. 14, punto 43; véanse también los puntos 11 y 12 sobre elementos esenciales del derecho). El Comité ha fijado también el contenido básico de otros derechos como el de alimentación, educación, etcétera.

Según el Comité, esta obligación de satisfacer, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos, surge del artículo 2.1 del Pacto,⁴² y afirma que en algunos casos implicará adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se en-

Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violation of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly* 20, 1998, pp. 81-124).

⁴² Artículo 2.1, PIDESC: “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

cuentre en niveles que no alcanzan los mínimos exigibles. En otros casos tan sólo requerirá conservar la situación, no retroceder, pero en cualquiera de ambos casos implica, como he afirmado, condicionar la actuación de los poderes Legislativo y Ejecutivo nacionales.

Y, segundo, en el aspecto de establecer obligaciones al Poder Judicial, en su función de garantía de las obligaciones del Estado en el cumplimiento de los derechos. Dada la jerarquía constitucional otorgada al PIDESC, su violación no sólo constituye un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino también la violación de la Constitución misma. La no justicia-bilidad de estos derechos por los tribunales nacionales supondría prescindir de la consideración de normas de rango constitucional.⁴³ Ello ha llevado a que algunos autores califiquen al proceso de jerarquización constitucional de nuevos tratados o de denuncia de los ya jerarquizados, por vía de mayoría calificada de las cámaras, como un procedimiento indirecto de reforma constitucional, cuestionándose si la Constitución argentina de 1994 permanece en su condición de Constitución rígida, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la misma que exige.⁴⁴

Pues bien, al margen de esto último, no cabe duda que la “constitucionalización” del PIDESC refuerza, por tanto, la operatividad de los derechos sociales. Un ejemplo claro es el derecho a la asistencia sanitaria; la Constitución de 1957 no incorporó directamente el derecho a la salud en el texto constitucional y la propia reforma de 1994 incluye sólo una breve mención a la salud de los consumidores; en consecuencia, el pleno reconocimiento constitucional del derecho a la salud viene dado en Argentina por la jerarquía constitucional del PIDESC.⁴⁵ Lo mismo sucede con el derecho a la alimentación, pues la Constitución tampoco hace referencia al mismo; fue en aplicación del artículo 11 del PIDESC y los artículos 14.2.c y 27.3 de la Convención de Derechos de la Niñez que las cortes argentinas, cuando a partir de 2001 estalló la crisis y aumentaron exageradamente los niveles de pobre-

⁴³ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁴ Artículo 30 de la Constitución argentina: “La Constitución no puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes, sino por medio del voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso, y mediante una convención convocada a tal efecto”.

⁴⁵ Véase Courtis, C., “Socio-Economics Rights before the Courts in Argentina”, *op. cit.*, p. 324.

za, pudieron proteger el derecho a la alimentación de mucha gente, incluyéndolos en planes de alimentación.⁴⁶

En resumen, parece estar claro que la reforma constitucional argentina de 1994 y el reconocimiento en ella de jerarquía constitucional al PIDESC supuso un paso importante para la protección y exigibilidad de los derechos sociales en el país.⁴⁷

IV. OTROS EFECTOS DERIVADOS DE LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PIDESC: PRINCIPIOS DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS

Además de las citadas consecuencias en materia de justiciabilidad de los derechos sociales, derivadas del reconocimiento, en Argentina, de jerarquía constitucional y aplicabilidad directa del PIDESC, existen otros elementos auxiliares que se derivan de este principio y que ayudan a garantizar todavía mayores niveles de justiciabilidad de los derechos sociales. Veamos dos ejemplos.

1. *El principio de progresividad*

Normalmente, a diferencia de los derechos civiles y políticos que son de aseguramiento automático, la noción de “realización progresiva” para los derechos sociales implica reconocer que la realización plena de estos derechos no es algo que se logre de inmediato por el sólo reconocimiento constitucional. El pleno acceso a los derechos sociales depende de varios elementos interrelacionados,⁴⁸ de los que su reconocimiento constitucional es sólo uno.

⁴⁶ Véase Corte Administrativa de Buenos Aires núm. 3, “C.M.D. y otros c. GCBA, s/acción de amparo”, del 11 de marzo de 2003; o Corte Administrativa de Buenos Aires núm. 4, “González Rayco, Artidoro c. GCBA s/acción de amparo”, del 19 de mayo de 2005.

⁴⁷ Para un estudio más detallado de la reforma constitucional argentina de 1994 véase Salvioli, F. (ed.), *La Constitución de la Nación Argentina y los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos, 1995.

⁴⁸ El acceso o no de los ciudadanos a los derechos sociales depende de tres elementos fundamentales:

El principio de progresividad establece obligaciones al Estado para que adopte todas las medidas que estén a su disposición para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales en el menor tiempo posible.

Algunas Constituciones como la argentina de 1994 no reconocen explícitamente el principio de progresividad de los derechos; otras, como la venezolana de 1999 (artículo 19), el proyecto boliviano de 2007 (artículo 13.1) o la ecuatoriana de 2008 (artículo 11.8), sí lo hacen. No obstante, en el caso de la Constitución argentina, el reconocimiento en la misma de jerarquía constitucional al PIDESC es fundamental en este aspecto. Al estar reconocido este principio en el PIDESC (artículo 2.1) implica que, aun y cuando no está previsto explícitamente en el texto constitucional, se conforme como un principio más de aplicación e interpretación de los derechos en el país.

Además, el PIDESC no sólo reconoce este principio sino que también determina el contenido y alcance del mismo. Ello es especialmente importante en este caso, porque el principio de progresividad ha sido muchas veces malinterpretado, entendiéndose que “progresivo” significa “ya lo haremos” o “no hay prisa”.

En su Comentario General núm. 3 (1990) sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados con base en el artículo 2.1 del PIDESC, el Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales puso de manifiesto que si bien la “realización progresiva” implica reconocer que la plena realización de los derechos sociales no se hará en seguida, este concepto debe ser visto a la luz de su objetivo general, que es establecer cla-

Uno, del estatuto constitucional o legal que se reconozca a los derechos sociales en un ordenamiento jurídico determinado, así como las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos que el ordenamiento otorgue.

Dos, de que la administración pública aporte los programas sociales, condiciones y recursos necesarios para que los derechos sociales puedan realizarse. Esto es especialmente importante en el caso de los servicios sociales.

Y, tres, de la situación del potencial demandante de los derechos, incluidas las capacidades y recursos de las que disponga. El poder acceder a los derechos sociales no sólo depende de la situación jurídica en que se encuentren las personas; el restablecimiento de un derecho social vulnerado implica tener que movilizar un conjunto de recursos económicos, intelectuales, socio-culturales, de información y conocimiento, facilidad lingüística, etcétera, de los que muchas veces no disponen aquellos grupos sociales en situación de vulnerabilidad (Daly, M., *Acces to Social Rights in Europe*, Estrasburgo, Consejo de la Unión Europea, 2002, pp. 31 y 32).

ras obligaciones a los Estados parte para que actúen lo más rápidamente posible en la realización de estos derechos.

Esto se puede entender más fácilmente si miramos el Convenio de los Derechos de la Niñez, el cual incluye muchos derechos sociales y sus correspondientes obligaciones para los Estados, pero sin embargo no contiene la cláusula de “realización progresiva”. En el marco de este convenio las obligaciones para los Estados son inmediatas; la cláusula que incorpora, sin embargo, es la de “dentro de sus posibilidades” o “hasta el máximo de recursos de que disponga” (artículo 4o. de la Convención). Esto demuestra que lo que hace especiales a los derechos sociales es sólo la cuestión del acceso a los recursos cuando éstos son necesarios, pero no las obligaciones para el Estado, que son tan “inmediatas” como lo son para el caso de los derechos civiles y políticos.⁴⁹

2. Prohibición de regresividad de los derechos

Derivado del principio de progresividad está el principio de prohibición de regresividad de los derechos. El artículo 5o. del PIDESC reconoce explícitamente este principio, señalando:

Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él... No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

La nota del artículo 11 de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”,

⁴⁹ Véase Eide, A., “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en Eide, A. *et al.* (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrech, Martines Nijhoff, 1995, p. 36; Rossi, J. y Abramovich, V., “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos”, *Estudios socio-jurídicos*, Bogotá, núm. 9, 2007, pp. 34-53.

adoptadas por la Asamblea General de la OEA el 7 de junio de 2005,⁵⁰ define la regresividad de la siguiente manera: “por medidas regresivas se entiende de todas aquellas disposiciones y políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”. Por tanto, para determinar que una norma es regresiva es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.⁵¹ Ello constituye, a la vez, una limitación impuesta sobre los poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación “a la baja” de los derechos sociales de los que goza la población, y una garantía para el titular del derecho.

C. Courtis señala dos fundamentos de esta prohibición de regresividad. El primero está ligado a las nociones clásicas del Estado de derecho liberal, nacidas para la protección del derecho de propiedad y de los intereses patrimoniales. Se trata de la “seguridad jurídica” y de la “protección de la confianza”, nociones que es posible reconducir al valor de la previsibilidad. Pues bien, la prohibición de regresividad supone la extensión de este principio al campo de las posiciones creadas por los derechos sociales.

Y el segundo fundamento tiene que ver con el contenido material del Estado social, que es el de la satisfacción para todo ser humano de ciertas necesidades consideradas básicas con base en la noción de dignidad humana. En este sentido, la prohibición de regresividad actúa como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte del poder político, del mandato del Estado social.⁵²

Los dos casos más recientes de reconocimiento constitucional del principio de prohibición de regresividad de los derechos en el constitucionalismo latinoamericano han sido, por un lado, la Constitución brasileña de 1988, que en su artículo 5o., fracción XXXVI, reconoció: “La ley no perjudicará los derechos adquiridos, los actos jurídicos perfectos ni la cosa juzgada”, aunque luego este artículo no sirviera para evitar, durante la década de los

⁵⁰ Cfr. Resolución AG/RES, 2074 (XXXV-0/05).

⁵¹ Courtis, C., “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, C. (ed.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 4.

⁵² Véase *ibidem*, pp. 18-20; Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 92-113.

años noventa, las enmiendas constitucionales que vaciaron de contenido algunos de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos.⁵³ Y, por otro lado, la recién aprobada Constitución ecuatoriana de 2008, que en su artículo 11 señala: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Además, en los artículos referidos a la reforma constitucional parcial (artículos 441 y 442), la Constitución ecuatoriana de 2008 establece un límite a la reforma constitucional en materia de derechos y garantías: “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que... no establezca restricciones a los derechos y garantías... se realizará...” (artículo 441) y “La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales..., tendrá lugar por...” (artículo 442). Como puede observarse, estos artículos no dicen que las disposiciones referidas a derechos y garantías estén sin más sustraídas de la reforma constitucional; estas disposiciones no son inmodificables, sino que lo único que se afirma es que la modificación no puede restringir los derechos y garantías reconocidas.

⁵³ El artículo 5.XXXVI es uno de los artículos que mayor discusión ha generado en la doctrina brasileña, especialmente durante todo el proceso de aplicación del programa económico neoliberal durante la década de los años noventa. La discusión se centró en torno al significado del concepto “ley” usado por el artículo 5.XXXVI, diferenciándose dos posiciones. Una primera posición señalaba que si miramos el artículo 59 de la Constitución brasileña, el cual establece: “El proceso legislativo comprende la elaboración de: I. enmiendas a la Constitución; II. leyes complementarias; III. leyes ordinarias; IV. leyes delegadas; V. medidas provisionales; VI. decretos legislativos; y, VII. resoluciones”; observamos que el concepto de “ley” usado por el artículo 5.XXXVI se refiere a leyes complementarias, leyes ordinarias, leyes delegadas, y efectivamente, es obvio también a partir de una interpretación legal lógica que si las leyes no pueden vulnerar derechos adquiridos, las normas infralegales (medidas provisionales, decretos y resoluciones) tampoco puedan, por tanto se refiere al legislador infraconstitucional. Pero no se refiere a las enmiendas constitucionales o, lo que es lo mismo, reformas de la Constitución, por tanto no afecta al poder constituyente derivado, que no está condicionado por el respeto de los derechos adquiridos (Modesto, P., “A reforma administrativa e o direito adquirido ao regime de função pública”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, 1996, p. 237; Ribeiro Bastos, C. y Gandra, I., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. II).

La otra postura defendía una concepción amplia del concepto “ley”, que abarcaba tanto al legislador infraconstitucional como al poder constituyente derivado.

Al final, la concepción restrictiva del concepto de “ley” usado por el artículo 5.XXXVI fue la que acabó imponiéndose en la práctica legislativa y política brasileña, posibilitando todo el proceso de transformación económica neoliberal y, por tanto, de vaciamiento del contenido de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos, llevado a cabo mediante enmiendas constitucionales.

Otras Constituciones, como por ejemplo la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999, al igual que la Argentina, no reconocen explícitamente este principio; sin embargo, al otorgar rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, que en su artículo 4o. establece: “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales”, implica que el principio de prohibición de regresividad de los derechos se conforme, aun y cuando no esté previsto explícitamente en el texto constitucional, como un principio más de aplicación e interpretación de los derechos en el país.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí podemos sacar las siguientes conclusiones:

- 1) El tratamiento que en el constitucionalismo tradicional argentino se ha hecho durante muchos años hacia los derechos sociales ha dificultado las posibilidades de los ciudadanos de exigir por vía jurisdiccional la plena eficacia de sus derechos sociales.
- 2) La reforma constitucional argentina de 1994 supuso un avance nunca antes visto en la protección y justiciabilidad de los derechos sociales.
- 3) Entre las novedades introducidas por la reforma constitucional de 1994, uno de los aspectos que en mayor grado contribuye a garantizar mayores niveles de justiciabilidad de los derechos sociales es el reconocimiento de la jerarquía constitucional del PIDESC.
- 4) El reconocimiento de la jerarquía constitucional del PIDESC refuerza la justiciabilidad de los derechos sociales no sólo por el hecho de que los derechos en ellos reconocidos son directamente exigibles ante los tribunales locales que han de interpretar su vulneración como una vulneración de la Constitución, sino también porque recogen y desarrollan un conjunto de criterios de aplicación e interpretación de los derechos que, aún y no estar previsto explícitamente en muchos de los textos constitucionales, se conforman como un principio más de aplicación e interpretación de los derechos en el país.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, P., “Derecho de amparo. Antecedentes de la acción de amparo en la República Argentina”, en VARIOS AUTORES, *La protección constitucional del ciudadano*, Buenos Aires, Konrad Adenauer-CIEDLA, 1999.
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en CANTÓN, O. y CORCUERA, S. (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa, 2004.
- , *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- BARBEITO, A. y LO VUOLO, R., *La nueva oscuridad de la política social. Del estado populista al neoconservador*, Buenos Aires, CEIPP-Miño y Dávila, 1998.
- BIDART, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994”, *Hechos y derecho. Derechos económicos, sociales y culturales*, núm. 7, Buenos Aires, Subsecretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2000.
- BUERGENTHAL, T., “Self-Executing and non Self-Executing Treaties in National and International Law”, 235 *Recueil des Cours* 303, IV, 1992.
- COLAUTTI, C., *Las disposiciones constitucionales sobre el orden económico-social*, Buenos Aires, La Ley, 1985.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Materiales para la reforma constitucional*, t. I: *Informe acerca de la convocatoria de la Convención*, Buenos Aires, 1957.
- COURTIS, C., “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en GARGARELLA, R. *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Aldershot, Ashgate, 2006.
- , “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en COURTIS, C. (ed.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

- , “Socio-Economics Rights before the Courts in Argentina”, en COOMANS, F. (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006.
- DALY, M., *Acces to Social Rights in Europe*, Estrasburgo, Consejo de la Unión Europea, 2002.
- Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 1986.
- EIDE, A., “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en EIDE, A. et al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrech, Martines Nijhoff, 1995.
- FAYT, C. S., *Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad*, Buenos Aires, FEDYE, 2007.
- GOLPEENS, S., “Courts and Social Transformation: An Analytical Framework”, en GARGARELLA, R. et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Hampshire, Ashgate, 2006.
- ISUANI, E. et al., *El Estado benefactor. Un paradigma en crisis*, Buenos Aires, CEIPP-Miño y Dávila, 1991.
- JIMÉNEZ ARÉCHAGA, E., “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 7, 1988.
- LECKIE, S. V., “Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violation of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly* 20, 1998.
- MODESTO, P., “A reforma administrativa e o direito adquirido ao regime de função pública”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, 1996.
- PINTO, M., *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- RAMELLA, P., “Los derechos sociales en la Constitución argentina”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, núm. 50, 1964.
- RIBEIRO BASTOS, C. y GANDRA, I., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. II.

- ROSSI, J. y ABRAMOVICH, V., “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos”, *Estudios socio-jurídicos*, Bogotá, núm. 9, 2007.
- SALVIOLI, F. (ed.), *La Constitución de la Nación Argentina y los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos, 1995.
- SAMPAY, A., “L’esprit de la réforme constitutionnelle en Argentine”, *Cahiers de Législation et Bibliographie juridique de l’Amérique Latine*, año 2, núm. 7-8, 1951.
- TRAVIESO, J. A., *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, Buenos Aires, EUDEBA, 1996. 