

# Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia

Mauro Benente

COORDINADOR



**EDUNPAZ**  
Editorial Universitaria



Editores  
del Sur



**Los derechos económicos,  
sociales y culturales** en los  
tribunales superiores de provincia



# **Los derechos económicos, sociales y culturales** en los tribunales superiores de provincia

---

Mauro Benente

COORDINADOR



---

Benente, Mauro

Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia / Mauro Benente. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editores del Sur ; José

C. Paz : UNPaz, 2018.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-46872-2-7

1. Derecho. I. Título.

CDD 347.03

---



© 2018. Editores del Sur

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Consejo editorial: Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo

Dirección editorial: Hernán Simkin

[contacto@editoresdelsur.com](mailto:contacto@editoresdelsur.com)



© 2018. Universidad Nacional de José C. Paz.

Leandro N. Alem 4731 José C. Paz

Pcia. de Buenos Aires, Argentina

Corrección de estilo: Edunpaz

Diseño de portada: Eduardo Argañarás

Armado: Eleonora Silva

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN 978-987-46872-2-7



**Licencia Creative Commons** - Atribución - No Comercial (by-nc) Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>.

---

# Contenido

Prólogo.....	9
Buenos Aires .....	19
<b>Mauro Benente</b>	
Catamarca.....	39
<b>Gina Bertolone</b>	
Chaco.....	55
<b>Sergio Paulo Pereyra y Manuela Pérez Ferro</b>	
Chubut .....	73
<b>Mariela A. González de Vicel</b>	
Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	99
<b>Mauro Benente</b>	
Córdoba .....	117
<b>Andrés Rossetti y Cecilia Mateos</b>	
Corrientes.....	139
<b>María Mercedes Sosa</b>	
La Pampa .....	155
<b>Nicolás Emanuel Olivares</b>	
Mendoza .....	179
<b>C. Ignacio Giuffré y Santiago A. Nasif</b>	
Misiones .....	201
<b>Juan Manuel Lezcano</b>	
Neuquén.....	209
<b>María Angélica Acosta Meza y Federico Mariano Egea</b>	

Río Negro .....	227
<b>María Rita Custet Llambí y Daniela Heim</b>	
Salta .....	249
<b>Ignacio Colombo Murúa</b>	
San Luis .....	271
<b>Luz María Viñals Soria</b>	
San Juan .....	289
<b>Gerardo Tripolone</b>	
Santa Fe .....	309
<b>Natalia Hernández y Sebastián Melano</b>	
Santiago del Estero .....	329
<b>Leticia Susana Luna</b>	
Tierra del Fuego .....	353
<b>Maximiliano J. Malnati y Maximiliano A. Tavarone</b>	
Tucumán .....	375
<b>Daniela López Testa</b>	
Sobre las autoras y los autores .....	393



---

## Prólogo

En la motivación de las acciones confluyen múltiples factores, algunos de los cuales posiblemente no puedan ser restituidos, porque no se los conoce o no se los puede enunciar. Delimitar qué es lo que lleva a la publicación de un libro no es ajeno a esta complejidad, pero aun así creo que vale la pena hacer un esfuerzo por tratar de explicar, al menos parcial y fragmentariamente, por qué avanzamos con este proyecto editorial. Me parece que es posible enumerar las razones por las cuales desde el Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales de la Universidad Nacional de José C. Paz publicamos *Los DESC en los Tribunales Superiores de provincia* a partir de algunas vivencias enmarcadas en el Proyecto de Investigación orientado al Desarrollo Local *Derecho a la vivienda y litigio estructural*, que codirigí con Federico Thea entre 2015 y 2016.

Aquel proyecto fue presentado en el primer semestre de 2014, en el marco de la primera convocatoria a proyectos de investigación que lanzaba la joven Universidad. En las bases de la convocatoria nos encontramos con varias particularidades, una de ellas indicaba que los proyectos debían *orientarse* al desarrollo, pero no al desarrollo en general sino al desarrollo *local*. No es este el momento para revisar el concepto de desarrollo ni para discutir la conveniencia de *orientar* los proyectos de investigación, sino que me interesa tomar esta convocatoria para transformarla en un laboratorio conceptual que permita echar luz sobre algunos de los motivos de la publicación de *Los DESC en los Tribunales Superiores de provincia*.

Me parece interesante restituir la exigencia de *orientación* para los proyectos de investigación y producción de conocimiento, pero para revisarla sumándole otros aspectos y no quedarme solamente en la variable de la *localía*. En sintonía con la distinción que había trazado Max HORKHEIMER entre una teoría *tradicional* y una teoría *crítica*, y los duros embates que había delineado

Theodor Adorno hacia el positivismo metodológico, en *Conocimiento e interés* Jürgen Habermas polemizó y criticó duramente las concepciones pretendidamente asépticas y objetivas del conocimiento y postuló que siempre se encuentra orientado por algún interés: *técnico*, *práctico*, o *emancipatorio*. Tanto el interés *técnico*, propio de las ciencias de la naturaleza y las ciencias empíricas como el interés *práctico*, característico de las ciencias histórico-hermenéuticas, apuntan a la reproducción y a la socialización de los individuos, puesto que se vinculan con la relación entre hombres y mujeres con la naturaleza, y hombres y mujeres entre sí. Por su parte, el interés *emancipatorio*, propio de las ciencias sociales guiadas por intenciones *críticas*, se asocia con el proceso histórico de auto-constitución individual, de *liberación* progresiva de la humanidad de sus condiciones de opresión.

Si el conocimiento inevitablemente se encuentra orientado por algún interés, y a esta variable sumamos la dimensión *local*, desde una universidad pública situada en un Conurbano Bonaerense atravesado por diversas injusticias, opresiones y *precariedades*, resulta casi inevitable orientarlo con un interés *emancipatorio*. De alguna manera, construir conocimiento vinculado a lo *local*, avanzar en un conocimiento situado, nos había *orientado* hacia la presentación de un proyecto dirigido no hacia la reproducción de un orden injusto sino hacia su transformación. Es por ello que en aquel momento nos propusimos estudiar los derechos económicos sociales y culturales (DESC), en particular el derecho a la vivienda digna y adecuada. Esto no implica afirmar que la única área temática de los estudios jurídicos vinculada con la emancipación sean los DESC, incluso es posible y fundamentalmente muy necesario indagar y analizar muchas áreas del derecho desde una perspectiva *emancipatoria*, porque buena parte de las injusticias y condiciones de *precariedad* se encuentran amparadas y legitimadas por estructuras y discursos legales. Además, con aquel proyecto y con este libro no se asume el carácter emancipatorio de los DESC, sino que se trata de analizar si el discurso jurisprudencial construido sobre ellos se encuentra orientado a la *emancipación*, o más bien la impide.

Este libro recoge la preocupación por la *precariedad* de la vida y asume que por razones económicas, políticas y culturales, por motivos de redistribución y reconocimiento, esa *precariedad* se encuentra desigualmente distribuida. Existen condiciones estructurales que hacen que ciertas vidas sean más *precarias* que otras, y este libro se propone indagar si el discurso judicial

construido alrededor de los DESC contribuye a reproducir esas condiciones de *precariedad*, o se orienta a transformarlas. En particular, y con un lenguaje más familiar para las discusiones alrededor de los DESC, se plantea estudiar si el discurso judicial de los Tribunales Superiores de Justicia provinciales hace de ellos derechos operativos y exigibles judicialmente, o los reduce a meros derechos programáticos. Esto no implica afirmar que la transformación de aquellas condiciones que *precarizan* la vida depende del tipo de discurso judicial construido sobre los DESC. El objetivo es notablemente más modesto: examinar si el discurso judicial que se construye alrededor de los DESC, de los derechos más cercanos –o menos alejados– a las premisas de la *emancipación*, potencia o debilita la tarea *emancipadora*.

Cuando estudiamos la conceptualización de los DESC, que incluye pero no se limita a la discusión sobre su exigibilidad y operatividad, generalmente inclinamos nuestra mirada hacia arriba. Las declaraciones de derechos se incluyen en los textos constitucionales y en las declaraciones, tratados y convenciones internacionales. Sobre esos derechos existe una multiplicidad de prácticas discursivas que le dan sentido, pero cuando revisamos el plano conceptual de los DESC descuidamos lo que sucede en las narraciones subterráneas con las que las organizaciones populares hablan de derechos, estructuran sus demandas en términos de derechos, dotan de sentido aquello que está escrito en las constituciones y declaraciones. En lugar de mirar hacia abajo, o hacia nuestros costados, generalmente elevamos nuestros ojos y observamos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). La mirada es bien elevada y aquí nos proponemos inclinarla sensiblemente y observar qué sucede a nivel de cada una de las provincias. La propuesta del libro no es atender a las prácticas discursivas subterráneas –ello seguirá como una deuda o más bien un compromiso político y académico pendiente–, pero sí modular la mirada y revisar las Constituciones provinciales y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de provincia.

La atención a las Constituciones provinciales y a la jurisprudencia de sus Tribunales Superiores de Justicia pretende ocupar un vacío en la formación que generalmente recibimos en las carreras de abogacía, que luego reproducimos en nuestros distintos ámbitos de ejercicio profesional. En aquel 2014, cuando con Federico THEA armamos el proyecto sobre *Derecho a la vivienda*

y *litigio estructural*, conocíamos con bastante detalle la jurisprudencia de la CSJN en materia de DESC, los muy escasos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y hasta teníamos referencias dispersas del Tribunal Europeo de Derechos humanos –que aunque el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos no reconoce DESC, el Tribunal los ha abordado en algunas sentencias– y de la Corte Constitucional de Colombia. De todas maneras, llevábamos con nosotros un gran vacío: teníamos un absoluto desconocimiento de la jurisprudencia *local*, provincial en materia de DESC. En nuestra formación habíamos *orientado* nuestra mirada hacia arriba, descuidando así completamente el plano *local*. Por haber estado demasiado atentos a las estrellas nos tropezamos con las piedras, y nunca concebimos la posibilidad de encontrar el brillo debajo o a nuestro lado. Asimismo, cuando quisimos remediar esa falencia nos encontramos con otro vacío: no existía prácticamente nada escrito sobre la jurisprudencia de los tribunales bonaerenses en materia de DESC.

Situarnos en el sendero de la producción de conocimiento *orientado* a la *emancipación* lleva a este libro a estudiar el grado de reconocimiento y de exigibilidad judicial y operatividad de los DESC. Transitar ese sendero desde una perspectiva situada, y en un escenario de ausencias y vacíos, implicó focalizarnos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia *locales*.

Si bien a continuación reseñaré los ejes centrales de cada uno de los capítulos, creo que es posible mencionar algunos aspectos generales. Por una parte, las Constituciones provinciales suelen incluir en su carta de derechos a los DESC y muchas de ellas con un reconocimiento más detallado y preciso que la propia Constitución Nacional. Por otra parte, las Constituciones que no tienen un abanico tan extenso de derechos, hacen propios los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Respecto de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, una situación recurrente ha sido la dificultad para acceder a los pronunciamientos, no solamente porque no se encuentran sistematizados sino porque en muchos casos ni siquiera están publicados en la Web. Además, un asunto frecuentemente subrayado es el escaso volumen de jurisprudencia que aborda los DESC. Esto puede explicarse por distintas razones: procesales, dificultades en el acceso al Poder Judicial, asuntos de competencia de los propios Tribunales Superiores de provincia, posibles presentaciones en el fuero federal con demandas hacia el Estado Nacional.

Si bien en este libro no ha sido posible dar con los motivos por los cuales existen dificultades en el acceso a los pocos pronunciamientos en materia de DESC –porque hubiera sido necesario un tratamiento detallado y profundo sobre la situación de cada una de las provincias–, me parece importante dejar planteada la preocupación.

Sobre el fondo de las sentencias, siempre en términos bien generales, creo importante subrayar que ningún Tribunal de provincia parece sostener una línea jurisprudencial que rechace la justiciabilidad, exigibilidad u operatividad de los DESC. Si bien en algunos casos los tribunales muestran sentencias menos ambiciosas que los textos constitucionales provinciales, incluso en estos casos no es posible encontrar líneas sólidas que mantengan el supuesto carácter programático de los DESC. Ahora bien, es interesante contrastar que frente a los extensos desarrollos y debates conceptuales vinculados a la exigibilidad y operatividad de los DESC, en muchas oportunidades los Tribunales enuncian la exigibilidad y operatividad sin desplegar mayores argumentos. Por otro lado, la mayor parte de los casos resueltos por los Tribunales Superiores, y el mayor número de pronunciamientos favorables a la exigibilidad y operatividad de los DESC, tratan sobre demandas a obras sociales en casos en los cuales la no prestación de la medicación o el tratamiento solicitado ponía en riesgo la vida de los y las accionantes. Otro elemento a tener en cuenta, y siempre en términos generales, las sentencias resuelven casos individuales y rara vez hacen mención a las dimensiones estructurales que en numerosas oportunidades operan como plataforma de las situaciones particulares.

Antes de presentar muy sucintamente los aspectos centrales de cada uno de los capítulos, quisiera destacar que por diversos motivos y razones, los y las colegas que se habían comprometido a escribir sobre las provincias de Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Rioja y Santa Cruz, no han enviado sus respectivos capítulos. Reemplazar a los y las autoras implicaba demorar notoriamente la publicación del libro, y entonces nos inclinamos por respetar el compromiso con quienes de modo diligente nos enviaron sus trabajos, y obtener así una excusa para publicar un segundo volumen que sí logre cubrir todas las jurisdicciones.

El capítulo dedicado a la provincia de Buenos Aires es de mi autoría. Allí detallo el modo en que la Constitución de 1994 reconoce los DESC, incluso con algo más de precisión que la Constitución Nacional. Por su parte, al menos desde 2010, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha

construido una matriz jurisprudencial que reconoce el carácter exigible del derecho a la salud y el derecho a la vivienda digna y adecuada, incluso con mayor intensidad que la CSJN.

Gina BERTOLONE realiza una reseña de la historia constitucional de Catamarca, deteniéndose especialmente en las Constituciones de 1965 y 1988, que incluyen una importante protección a los DESC. De la jurisprudencia de la Corte de Justicia se destaca especialmente una línea tuitiva del derecho a la salud, aunque no existen pronunciamientos del tribunal sobre otros DESC.

Sergio Paulo PEREYRA y Manuela PÉREZ FERRO analizan la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Chaco. La Constitución provincial remite y adopta como propia la declaración de derechos de la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. En este plano resulta interesante que frente a las mismas declaraciones y conceptualizaciones de derechos, el Tribunal Superior parece tener una jurisprudencia más protectoria de los DESC que la propia CSJN.

La situación de la provincia de Chubut es estudiada por Mariela A. GONZÁLEZ DE VICEL. Sobre la constitución provincial cabe destacar que incluye un importante elenco de DESC y establece la operatividad de los derechos, pero incluye una curiosa excepción: la de aquellos que necesiten de una reglamentación legal. Sobre la jurisprudencia es interesante remarcar que si bien los tribunales se expiden en favor de la exigibilidad de los DESC, lo hacen con argumentos que carecen de densidad conceptual.

El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es de mi autoría. Su texto constitucional hace propios los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, e incluye un conjunto de DESC con un alto nivel de exigencia. Sin embargo, al menos en el caso del derecho a la vivienda digna y adecuada, el Tribunal Superior de Justicia luce una jurisprudencia bastante restrictiva.

Andrés ROSSETTI y Cecilia MATEOS estudian el caso de la provincia de Córdoba, cuya Constitución incluye una importante gama de DESC. Respecto de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia es interesante remarcar que el reconocimiento de los DESC presenta menos potencia que el texto constitucional provincial. Asimismo llama la atención que muchos casos son resueltos más a la luz de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos que con la letra de la Constitución provincial.

María Mercedes Sosa desarrolla la situación de la provincia de Corrientes. Destaca que su texto constitucional, sancionado en 2007, recepta buena parte de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sobre la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia destaca que aunque el tribunal no ha desarrollado líneas conceptuales en apoyo de la exigibilidad y operatividad de los DESC, en los casos que han llegado a sus estrados las sentencias han sido favorables a los reclamos.

Nicolás Emanuel OLIVARES analiza el caso de la provincia de La Pampa. Por un lado, en materia de DESC, su texto constitucional se remite a las disposiciones de la Constitución Nacional. Por otro lado, muestra que la jurisprudencia sobre DESC se encuentra todavía articulada en los términos de acciones civiles y contencioso-administrativas.

La situación de la provincia de Mendoza es estudiada por Ignacio GIUFFRÉ y Santiago A. NASIF. La Constitución local data de 1916 y, siendo anterior a la Constitución de Querétaro, ya contempla disposiciones sobre derechos laborales, acceso al agua, la educación, las mujeres y la niñez. Sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, si bien se advierten algunos vaivenes, en los últimos años se encuentra una fuerte tendencia hacia la operatividad y la progresividad de los DESC.

Juan Manuel LEZCANO realiza una presentación sobre la Constitución de la Provincia de Misiones, que ya en 1958 incluyó un importante elenco de DESC. Asimismo, realiza un exhaustivo detalle de normas provinciales vinculadas a la protección de niños y niñas, comunidades indígenas y géneros. De todas maneras, en un contexto de difícil acceso a la jurisprudencia, muestra que el Superior Tribunal de Justicia no exhibe sentencias relevantes en materia de DESC.

La situación de la provincia de Neuquén es analizada por María Angélica ACOSTA MEZA y Federico MARIANO EGEA. En la última reforma constitucional, del año 2006, la Constitución no incorporó explícitamente un amplio elenco de DESC, pero sí se remitió a los derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos. Por su lado, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia asume la exigibilidad y operatividad de los DESC y muestra una tendencia creciente a fundamentar sus sentencias en los términos del derecho internacional de los derechos humanos.

María Rita CUSTET LLAMBÍ y Daniela HEIM estudian el caso de la provincia de Río Negro. La última gran reforma de la Constitución provincial se realizó en

1988, reconociéndose distintos DESC y declarándose la operatividad de todos los derechos. Por su parte, las autoras destacan que el Tribunal Superior de Justicia de la provincia presenta una consistente jurisprudencia que da cuenta de la operatividad y justiciabilidad del derecho a la salud, y muestran algunos matices en casos vinculados al derecho a la educación y a la vivienda.

Ignacio COLOMBO MURÚA analiza la situación en la provincia de Salta. Por un lado remarca la existencia de un texto constitucional que, reformado en 1986, enumera un gran elenco de DESC y además subraya su operatividad. Por otro lado, respecto de la jurisprudencia destaca dos aspectos bien interesantes: sobre el derecho a la salud la Corte de Justicia tiene una línea clara que marca su operatividad, pero respecto de otros DESC, luego de una tendencia que la negaba, en los últimos años se apela a una operatividad derivada, y directa solamente frente a situaciones de extrema vulnerabilidad.

Luz María VIÑALS SORIA analiza la situación de la provincia de San Luis. Su texto constitucional data de 1987 e incluye una interesante gama de DESC. Como dato distintivo cabe mencionar la enmienda de 2011, que agregó el derecho a la inclusión social y digital. En lo vinculado a la jurisprudencia, si bien no se encuentra mayor densidad conceptual, la matriz de resolución de causas da cuenta de una exigibilidad de los DESC.

Gerardo TRIPOLONE trabaja la jurisprudencia de la Corte de Justicia de San Juan y muestra un dato bien interesante de la provincia: en pleno proceso de consolidación de la democracia, en 1986, la reforma de la Constitución provincial incluyó un importante elenco de DESC –la Constitución de 1927 ya había reconocido derechos laborales–, adelantándose varios años a la Constitución nacional. Sin embargo, la jurisprudencia del máximo tribunal casi no se vale del texto provincial para resolver casos sobre DESC.

El capítulo sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe se traza con la pluma de Natalia HERNÁNDEZ y Sebastián MELANO. Si bien la Constitución provincial data de 1962 y solamente incluye el derecho a la educación, el máximo tribunal ha desarrollado una interesante línea jurisprudencial sobre el derecho a la salud y a la vivienda. Sin embargo, a pesar de haber sentenciado en favor de derechos en particular, el tribunal no ha desarrollado una nítida conceptualización sobre los DESC en general.

Leticia Susana LUNA estudia la situación de Santiago del Estero. Su texto constitucional reconoce un amplio abanico de DESC y además incorpora los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados y



declaraciones con jerarquía constitucional. Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia presenta una importante jurisprudencia en materia de derecho a la salud, reconoce su carácter operativo y exigible judicialmente, pero casi no se encuentran precedentes sobre otros DESC.

Maximiliano MALNATI y Maximiliano TAVARONE analizan el caso de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Si bien el Superior Tribunal de Justicia no exhibe una profusa jurisprudencia en materia de DESC, los autores estudian sentencias de la Cámara de Apelaciones de la provincia y dan cuenta de un desarrollo jurisprudencial en el cual el derecho a la vivienda, a la salud, y los derechos de las personas con discapacidad cuentan con una gran protección y operatividad.

Daniela LÓPEZ TESTA estudia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Se detalla con notable precisión el gran activismo que el tribunal mantiene en asuntos vinculados al derecho a la salud, que declara absolutamente exigible y justiciable. Por su parte, resulta de especial interés que la Constitución de la provincia, cuya última reforma se produjo en el año 2006, no garantiza el derecho a la vivienda digna y adecuada pero ello no fue obstáculo para que en algunos precedentes el tribunal lo reconociera y protegiera.

No quisiera cerrar este prólogo sin agradecer el compromiso de los autores y las autoras. Un compromiso que tiene varias dimensiones: la escritura, la revisión, pero fundamentalmente una apuesta académica y política para que en cada una de sus provincias estén garantizados los derechos económicos, sociales y culturales de sus habitantes.

Mauro BENENTE

Director del Instituto Interdisciplinario  
de Estudios Constitucionales (UNPAZ)

*Marzo de 2018*



---

# Buenos Aires

**MAURO BENENTE**

## 1. LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES EN LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

La Constitución de la provincia de Buenos Aires fue profundamente reformada en 1994, agregándose a la Constitución de 1934 un importante elenco de derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Luego de la vigencia de los textos constitucionales de 1854, 1873 y 1889, en 1934 la Provincia sancionó una nueva Constitución que incluyó en su primera sección dedicada a las *Declaraciones, derechos y garantías* una importante gama de derechos, pero ningún DESC. Es importante destacar que de los 141 convencionales constituyentes que participaron de la redacción del texto constitucional, 121 respondían al gobernador Federico MARTÍNEZ DE HOZ, del Partido Demócrata Nacional. Los restantes 20, en un contexto de abstención de la Unión Cívica Radical, formaban parte del Partido Socialista y se retiraron de la Convención antes de la sanción definitiva del texto constitucional –las listas Obrera y Campesina y Partido Concentración Obrera no habían alcanzado el mínimo de votos para tener representantes–. En aquellos años, y con este escenario político, difícilmente podía esperarse la aprobación de un texto constitucional que reconociera los DESC. Fue en el año 1949 cuando la provincia incorporó a los DESC a su carta Constitucional.

### 1.1. *Los DESC en la Constitución provincial de 1949*

El 16 de marzo de 1949 fue jurada una reforma a la Constitución Nacional, que en su cláusula transitoria quinta autorizaba por única vez a las legislaturas provinciales para reformar totalmente sus constituciones, con el objetivo de adecuarlas al nuevo texto constitucional. Asimismo, se estipulaba que en

las provincias con Poder Legislativo bicameral, las Cámaras reunidas constituirían la Asamblea Constituyente y tomarían sus decisiones por mayoría absoluta. Fue en este marco que el Decreto N° 5734 del 29 de marzo de 1949, emitido por el entonces gobernador Domingo Mercante, convocó a la Legislatura provincial para que se constituyera el 25 de abril y avanzara en un proceso de reforma constitucional. La legislatura devenida en Convención Reformadora estaba integrada por 77 miembros del peronismo, 48 de la Unión Cívica Radical y 1 del Partido Socialista, aunque en sintonía con lo que había sucedido a nivel nacional, el radicalismo no participó de la Convención (CUELI, 1996: 44-47; REGOLO, 2010: 55-57).

La Constitución provincial de 1949 fue aprobada el 24 de mayo de 1949 y, en consonancia con la Constitución nacional, incluyó un capítulo dedicado a los *Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura*. El artículo 29 de la Constitución provincial adoptó e incorporó los derechos declarados en el artículo 37 de la Constitución Nacional. Es así como se reconocieron los siguientes derechos: I) respecto de los trabajadores: derecho a trabajar, a una retribución justa, a la capacitación, a las condiciones dignas de trabajo, a la preservación de la salud, al bienestar, a la seguridad social, a la protección de su familia, al mejoramiento económico, a la defensa de los intereses profesionales; II) respecto de los ancianos: el derecho a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física y moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad, y al respeto. Por su parte, se establecieron varias obligaciones estatales en materia de educación y cultura, remarcándose la gratuidad de la escuela primaria y también se reconoció a la familia como sujeto de derechos, disponiendo que el Estado debe garantizar el bien de familia y la atención de las madres y niños. Es interesante destacar que si bien en el artículo 37 de la Constitución Nacional, al cual se remitía el 29 de la provincial, estaban contemplados los derechos de la educación, se incluyó un capítulo especial dedicado a la *Instrucción pública*. Además de algunas formulaciones generales, allí se reiteró la gratuidad de la enseñanza común y se agregó que la educación debía formar la personalidad de los niños en el amor, los principios de las instituciones patrias y “de la religión católica apostólica romana, respetando la libertad de conciencia” (art. 36).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Recordemos que, en el marco del gobierno *de facto* de Pedro Pablo RAMÍREZ, el 31 de diciembre de 1943 el Decreto-Ley N° 18411 reinstauró la enseñanza católica en las escuelas públicas. Durante el primer gobierno peronista el decreto fue ratificado en abril de 1946 por el

La Constitución Nacional de 1949 fue ilegalmente derogada por una “proclama” firmada por el Presidente *de facto* General Eugenio Pedro ARAMBURU el 27 de abril de 1956, que también anulaba las constituciones provinciales sancionadas durante el peronismo. En este escenario la Constitución provincial fue ilegalmente derogada el 16 de mayo de 1956 mediante el Decreto N° 7565 dictado por la intervención federal. El gobierno *de facto* restituyó la vigencia de la Constitución Nacional de 1853 y la Constitución provincial de 1934, reinstaurando textos constitucionales que no contemplaban DESC. A nivel nacional, el gobierno *de facto* convocó a una Convención Constituyente; el 28 de julio se realizaron las elecciones y con el Partido Justicialista proscripto resultó ganador el voto en blanco, con el 24,31% de los votos. La Convención incluyó el artículo 14 *bis* o *nuevo* en el que se reconocieron algunos DESC, agregó el derecho de huelga que no se había reconocido en la Constitución de 1949 y luego finalizó su labor por falta de quórum. Sin embargo, a nivel provincial la intervención no avanzó en ninguna reforma y fue necesario esperar hasta 1994 para que los DESC vuelvan a estar plasmados en la Constitución.

## **1.2. Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución provincial de 1994**

De acuerdo con el artículo 192 de la Constitución de 1934 (actual art. 206), para reformar el texto constitucional era necesaria una ley votada con los dos tercios del total de los miembros de cada una de las Cámaras de la Legislatura, indicándose si la reforma era total o parcial –y en este caso aclarando los artículos a reformar–. Esa misma ley debía establecer si la reforma se realizaría mediante una Convención Constituyente o vía un plebiscito. El 5 de diciembre de 1989, durante la gobernación de Antonio CAFIERO y en el marco de un acuerdo entre el Partido Justicialista, la Unión Cívica Radical y

Congreso Nacional mediante la Ley N° 12978, y luego reglamentado por el Decreto N° 13182 de marzo de 1947, firmado por PERÓN y el Ministro de Justicia e Instrucción Pública Belisario GACHE PIRÁN. La enseñanza católica estuvo vigente hasta 1955 cuando en el marco de una muy mala relación con la Iglesia Católica, mediante el Decreto N° 20564/54 del 2 de diciembre de 1954 el Presidente PERÓN eliminó la Dirección de Enseñanza Religiosa del Ministerio de Educación y, luego, el 13 de mayo de 1955 el Congreso sancionó la Ley N° 14401 de Supresión de la Enseñanza Religiosa.

la Unión del Centro Democrático, la legislatura de la Provincia sancionó una ley sometiendo a referéndum de los y las bonaerenses un paquete de 98 enmiendas al texto constitucional. La reforma sometida a referéndum resultaba algo modesta en la enumeración de DESC, puesto que solamente incluía el reconocimiento del derecho al trabajo (Ley N° 10859, anexo, art. 24) y, de modo bastante genérico, incluía el deber del Estado provincial de proteger a la institución familiar, establecer políticas de rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, organizar un sistema integral de seguridad social, promover el acceso a la vivienda digna y la constitución del hogar como bien de familia, reconocer a la salud como un derecho fundamental, y promover el sistema educativo, de investigación científica y tecnológica (Ley N° 10859, anexo, art. 28).

Pese al gran acuerdo de las élites políticas y hasta cierto apoyo sindical hacia la reforma, en el referéndum realizado el 5 de agosto de 1990 el “no” obtuvo el 67,2% de los votos mientras que el “sí” llegó al 32,8%. Este resultado le impidió a CAFIERO presentarse a las elecciones a gobernador de 1991. Esas elecciones fueron ganadas por Eduardo DUHALDE, quien hacia fines de 1993 impulsó otra reforma constitucional y, gracias a ella, logró presentarse como candidato y ser reelecto en 1995.

El 8 de noviembre de 1993 el entonces gobernador, en sintonía con lo que había realizado el Presidente Carlos MENEM con los decretos N° 2181/93 y 2258/93, dictó el Decreto N° 4010/93 convocando para el 22 de noviembre de 1993 a una consulta popular sobre la necesidad de una reforma constitucional. Sin embargo, tras el acuerdo a nivel nacional entre MENEM y ALFONSÍN, plasmado en el Pacto de Olivos del 14 de noviembre, la consulta fue suspendida y el proceso de reforma transitó por la Legislatura provincial (ZIULU, 1997: 23). El 2 de diciembre de 1993 la Cámara de Diputados de la Provincia dio media sanción para reformar la Constitución, y cuatro días más tarde la Cámara de Senadores convirtió al proyecto en la Ley N° 11488. A diferencia de lo sucedido durante la gobernación de CAFIERO, la reforma parcial fue sancionada con la modalidad de Convención Reformadora, en la ley se establecieron los artículos que podían ser reformados, y se ordenaba a la Convención abordar distintos temas, entre los que se encontraban el establecimiento de garantías sobre no discriminación y el reconocimiento de nuevos derechos (Ley N° 11488, art. 4). Para ese momento, durante y con posterioridad al proceso de consolidación de la democracia, ya habían reformado sus

constituciones Santiago del Estero (1986), San Juan (1986), La Rioja (1986), Jujuy (1987), San Luis (1987), Córdoba (1987), Río Negro (1988), Catamarca (1988), Formosa (1991) y Corrientes (1993). Por su parte, en 1994 reformaron su Constitución, además de Buenos Aires, La Pampa, Neuquén, Santa Cruz, Chubut y Chaco.

Dada la simultaneidad con el proceso de reforma de la Constitución Nacional –la Ley Nº 24309 que declaró la necesidad de la reforma a nivel nacional fue sancionada tres semanas después que la Ley Nº 11488– el Poder Ejecutivo provincial estableció que las elecciones a Convencionales Provinciales fueran simultáneas a las de Convencionales Nacionales. De acuerdo con los resultados de las elecciones del 10 de abril de 1994, de los 138 convencionales provinciales, 65 quedaron para el Partido Justicialista –que entonces no logró alcanzar la mayoría propia–, 30 para la Unión Cívica Radical, 23 para el Frente Grande y 20 para el Movimiento por la Dignidad y la Independencia. La Convención funcionó entre el 16 de mayo y el 13 de septiembre de 1994, se dividió en quince comisiones de trabajo, y la de *Derechos Sociales* quedó bajo la presidencia de Juan TERZAGHI, del Frente Grande.

De acuerdo con la Constitución de 1994, el Estado provincial debe garantizar “la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social (art. 10) y, de modo algo más preciso, la propia Constitución cataloga como *Derechos Sociales* los que se enumeran en el artículo 36. Allí se estipula que la Provincia debe promover “la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” y es para ello que reconoce los siguientes DESC: I) *De la familia*. La familia es conceptualizada como el “núcleo primario y fundamental de la sociedad” y el Estado debe procurar “su fortalecimiento y protección moral y material”; II) *De la niñez*. Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral; III) *De la juventud*. Los jóvenes tienen derecho al desarrollo de sus aptitudes y a la inserción laboral, cultural y comunitaria. IV) *De la mujer*. Se reconoce a las mujeres el derecho a no ser discriminadas, a gozar de igualdad de oportunidades, a una protección durante los estados de embarazo y lactancia, “y a condiciones laborales que permitan el cumplimiento de su esencial función familiar”. Asimismo, se obliga a la Provincia a promover políticas de asistencia a madres que sean sostén de hogar; V) *De la discapacidad*. En términos generales se estipula que toda persona discapacitada tiene derecho

a la protección integral del Estado, en términos más específicos, se garantiza la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; y en vistas de la equiparación debe promoverse la inserción social y laboral; VI) *De la tercera edad*. Aquí la Constitución subraya que los adultos mayores tienen derecho a una protección integral pero lo curioso es que esta debe ser brindada “por parte de su familia”. Además, se estipula que la Provincia debe promover políticas asistenciales. VII) *A la vivienda*. El inciso vinculado al derecho a la vivienda es incluso más exigente que el que se lee en la Constitución Nacional y en varios tratados internacionales de derechos humanos, puesto que además del derecho a la vivienda reconoce el derecho a la propiedad de un lote:

la Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en Municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos.

VIII) *A la salud*. El artículo dedicado al derecho a la salud también tiene mayor alcance y precisión que el que se encuentra en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos puesto que, además de garantizar el acceso a la salud, se estipula que la Provincia debe sostener “el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación, promueve la educación para la salud, la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico-dependientes”. Además, agrega que “el medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud”. Por su parte, el artículo 37 –también incorporado en la reforma de 1994– agrega que los habitantes gozan del derecho a recibir, a través de políticas provinciales de acción social y salud, las utilidades producidas por los juegos de azar; IX) *De los indígenas*. La Provincia debe garantizar “el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan”. X) *De los veteranos de guerra*. La Provincia debe adoptar políticas de asistencia y protección de los veteranos de guerra, facilitando el acceso a la salud, al trabajo y a una vivienda digna.



Por su parte, el artículo 38 que también se incluyó en la reforma de 1994, reconoce el derecho al trabajo y en particular el derecho “a una retribución justa, a condiciones dignas de trabajo, al bienestar, a la jornada limitada, al descanso semanal, a igual remuneración por igual tarea y al salario mínimo, vital y móvil”. Pero además, incorpora y constitucionaliza algunos principios del derecho del trabajo que, a nivel nacional, se encuentran en la Ley de Contrato de Trabajo, pero no tienen jerarquía constitucional. Si bien esto puede implicar algún avance sobre competencias delegadas al Estado federal, la Constitución provincial reconoce “los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador”.

## 2. LOS DESC EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La Constitución provincial reconoce una importante gama de DESC y, en algunos casos, su nivel de protección es más intensa que en el texto constitucional nacional. En lo que sigue, me interesa reseñar cómo ha sido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) no en todos los asuntos vinculados a DESC sino que, por razones de espacio, me limitaré a aquellas causas en las cuales estaban en juego el derecho a la salud y el derecho a la vivienda digna.

Para el período que se extiende desde el 1 de enero de 2010 hasta el 1 de diciembre de 2017 es posible encontrar veintidós sentencias de la SCBA en materia de DESC. De estas sentencias, aunque con algunas referencias conceptuales a los DESC, en dos de ellas se discutían asuntos procesales. En la primera la SCBA resolvió un conflicto de competencias en una causa en la cual, ante una sentencia de desalojo por una deuda hipotecaria se aducía la violación del derecho a la vivienda.<sup>2</sup> La segunda se dictó en un caso en el cual se demandaba a la Municipalidad de La Plata y la Provincia de Buenos Aires cumplir con el *Acta Compromiso de Urbanización Social Barrio “Los Robles” - La Plata*, que incluía un proceso de urbanización de una villa de

<sup>2</sup> SCBA. (21 de agosto de 2013). “C. S. H. C/ Ministerio de Seguridad y otros s/ materia a categorizar. Confl. de competencia art. 7º inc. 1º ley 12.008”.

emergencia. En primera y en segunda instancia se resolvió que el amparo no era la vía idónea para resolver el asunto, la SCBA revocó las sentencias, dispuso la idoneidad de la acción de amparo y, si bien el artículo 289, inciso 2 del Código Procesal Civil y Comercial facultaba al tribunal a resolver la cuestión de fondo, las actuaciones fueron remitidas al juzgado de primera instancia.<sup>3</sup> Los dos casos eran especialmente interesantes, pero garantizar el derecho a la vivienda por sobre el derecho de propiedad, y obligar a cumplir un compromiso de urbanización, quizás eran decisiones algo incómodas para el tribunal, máxime en comparación con la comodidad de remitir las causas a instancias inferiores sin resolver las cuestiones de fondo.

De las veinte sentencias en las cuales la SCBA se pronunció sobre el fondo de los reclamos en materia de DESC, en dieciocho oportunidades se resolvió de manera favorable a los y las accionantes, es decir, se sentenció haciendo de los DESC derechos exigibles y justiciables. Sobre los dos casos en los cuales se falló en contra de las pretensiones de los y las accionantes, hay que aclarar que la SCBA se encontraba frente a causas con ciertas particularidades: a) en una de ellas, la actora solicitaba que el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) cubriera las últimas etapas de un tratamiento neurorestaurativo que había comenzado en Cuba. Para la patología que sufría, IOMA contemplaba otro tipo de tratamiento, y de acuerdo con la SCBA la actora no había probado de modo suficiente su inidoneidad, por lo que el rechazo de la demanda se basó en una variable estrictamente probatoria;<sup>4</sup> b) en la otra, el derecho a la vivienda digna se encontraba vulnerado como consecuencia de una respuesta favorable a una acción de reivindicación de un inmueble. Si bien la SCBA hizo lugar a la acción de reivindicación y habilitó el desalojo, en la medida en que los desalojados eran una pareja de avanzada edad los jueces pusieron la situación en conocimiento del Poder Ejecutivo provincial para que se les resuelva la cuestión habitacional.<sup>5</sup>

3 SCBA. (17 de mayo de 2017). “Colman, Luis Oscar c. Municipalidad de La Plata y otros. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”.

4 SCBA. (13 de julio de 2011). “F., S. E. c/ I.O.M.A. Medida autosatisfactiva -Recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley”.

5 SCBA. (3 de abril de 2014). “Fernández de Fernández, María Mercedes y otros c/ Segovia, Robustiano y otros”.

Por su parte, si las desagregamos por materia, de las veinte sentencias, dieciséis versaron sobre el derecho a la salud y las restantes cuatro sentencias abordaron el derecho a la vivienda digna.

### **2.1. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la SCBA**

No es mi intención realizar un resumen de cada uno de los casos resueltos por la SCBA en materia de derecho a la salud, pero sí quisiera remarcar algunos aspectos relevantes. Por una parte, es importante tener en cuenta que casi la totalidad de las causas trataban de situaciones individuales que reclamaban la prestación de algún tratamiento o medicamento que las obras sociales –en general IOMA, obra social de los empleados estatales con casi dos millones de afiliados–, empresas de medicina prepaga, o cajas profesionales, se habían negado a reconocer y solventar.<sup>6</sup> Por su parte, en términos generales, eran causas en las cuales mediaba una enfermedad que se podía volver terminal si no se aplicaba el tratamiento solicitado y en muchas oportunidades los damnificados presentaban alguna discapacidad. En estos casos la SCBA resolvió sustentándose en el artículo 36 de la Constitución provincial y en distintos tratados internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a la salud y la especial protección que merecen las personas con discapacidad. En general, aunque las sentencias fueron favorables a la justiciabilidad de los DESC, no se encuentran mayores desarrollos conceptuales sobre su carácter exigible, y casi no aparece la discusión sobre su dimensión operativa o programática. De todas maneras, dentro del período analizado, fundamentalmente en las sentencias de los años 2010 y 2011, el tribunal retomó algunas consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

<sup>6</sup> SCBA. (19 de febrero de 2015). “A., A. A. c/ Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica”; (26 de octubre de 2010). “E., B. G. c. I.O.M.A.”; (26 de octubre de 2010), “F. P. , I. c/ I.O.M.A.”; (9 de junio de 2010), “G., R. c/ Asociación Mutual de Ayuda Recíproca (A.M.A.R.)”; (21 de diciembre de 2011), “L., R. c. I.O.M.A.”; (6 de octubre de 2010), “L. F.F. , J. J. c/ I.O.M.A.”; (22 de agosto de 2012), “P., C. H. c/ la Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A. y otro)”; (18 de Agosto de 2010), “P.L., J. M. c/ I.O.M.A.”; (4 de abril de 2012), “R., R. (en representación de A.R., I.D.) c/ Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires”; (31 de agosto de 2011), “V., J. R. c/ D.O.S.E.M. (Obra Social del Personal Municipal)”; (20 de agosto de 2014), “Z., N.R.”; (4 de mayo de 2016), “B., R. J. c. I.O.M.A.”; (28 de diciembre de 2016), (14 de diciembre de 2016), “G. T. V. c. IOMA”; “García Urcola, María de las Mercedes c/ Caja de Previsión Social para abogados de la Provincia de Buenos Aires. Pretensión indemnizatoria”.

(CSJN) y subrayó que si los derechos carecieran de exigibilidad judicial “no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad”,<sup>7</sup> al tiempo que alertó que consagrar su inoperatividad podría traer responsabilidad internacional.<sup>8</sup>

Uno de los pocos casos de derecho la salud que en el que no se discutía el deber de prestación de una obra social, empresa de medicina prepaga o caja profesional, fue “Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c/ Hospital Interzonal Alejandro Korn”, resuelto el 15 de julio de 2015, es decir, con posterioridad a que la CSJN estableciera el carácter derivado de la operatividad de los DESC. De acuerdo con lo que surge de la sentencia, las accionantes habían demandado a la Provincia de Buenos Aires para que se reforzara el personal de enfermería del Hospital Interzonal Especializado en psiquiatría, doctor Alejandro KORN, se realizaran distintas mejoras edilicias, y se pusieran en funcionamiento diversas actividades de trabajo social y terapia ocupacional. Lo interesante es que las deficiencias que las actoras denunciaban sobre el Hospital en ningún momento fueron desmentidas, sino que fueron asumidas por las autoridades hospitalarias y provinciales. De esta manera, la SCBA ya no estaba frente a un típico caso *bipolar* en el cual dos partes compiten entre sí –como sucede en las causas en las que se demanda a obras sociales para prestar un tratamiento particular–, sino que se encontraba ante un conflicto *policéntrico*, cuya resolución se expande más allá de las partes, vinculando distintos intereses, actores e instituciones (PUGA, 2013: 19-23).

Si bien los detalles del pronunciamiento de primera instancia no se precisan en la sentencia de la SCBA, sí es posible saber que se hizo lugar a la demanda, que en términos generales fue confirmada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, que revocó las siguientes obligaciones que se habían estipulado al Estado provincial: nombrar en el plantel efectivo del servicio de mantenimiento del Hospital a dos albañiles, dos techistas y un vidriero; dar continuidad anual a los servicios de la empresa de mantenimiento; efectivizar el nombramiento progresivo de ciento treinta enfermeros;

7 SCBA. (18 de agosto de 2010). “P.L., J. M. c. I.O.M.A.”; (26 de octubre de 2010), “F. P., I. c. I.O.M.A.”; (26 de octubre de 2010), “E., B. G. c. I.O.M.A.”.

8 SCBA. (18 de agosto de 2010), “P.L., J. M. c. I.O.M.A.”; (6 de octubre de 2010), “L. F.F., J. J. c/ I.O.M.A.”; (26 de octubre de 2010), “F. P., I. c. I.O.M.A.”; (26 de octubre de 2010), “E., B. G. c/ I.O.M.A.”; (21 de diciembre de 2011), “L., R. c/ I.O.M.A.”; (15 de julio de 2015), “Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c/ Hospital Interzonal Alejandro Korn”.

y nombrar tres trabajadores sociales y dos terapeutas ocupacionales. Esta revocación, siempre de acuerdo a lo que se lee en la sentencia de la SCBA, se sustentó en que la potestad y competencia para realizar esos nombramientos estaba en cabeza del Poder Ejecutivo y no podía ser suplantada por el Poder Judicial.

Llegado el caso a la SCBA, el presidente del Tribunal convocó a audiencias de conciliación y, en la medida en que el diagnóstico sobre las falencias del Hospital era compartido por las partes, se intentó avanzar en una solución extrajudicial al conflicto, pero no se alcanzó ningún acuerdo. Siendo que no había disputas sobre los hechos y las deficiencias del Hospital, el asunto a resolver enfrentaba el derecho a la salud de los pacientes del hospital y el deber del Estado de asegurarlo con acciones positivas, así como el ejercicio de la potestad discrecional del Poder Ejecutivo para nombrar empleados públicos.<sup>9</sup> Frente a esta situación, la Cámara de Apelación dio prelación a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo por sobre el derecho a la salud en juego, cuando los tratados internacionales de derechos humanos mandaban realizar una lectura inversa.<sup>10</sup> Por su parte, respecto de la obligación de proceder a la contratación del personal, la SCBA subrayó que era competencia del Poder Judicial adoptar decisiones idóneas para garantizar la efectividad de los derechos humanos, y en esta labor

de ningún modo puede verse un propósito de sustituir a los otros poderes del Estado en la definición, programación y ejecución de las políticas públicas, ni tomarse su decisión como una valoración o emisión de juicio general respecto de situaciones cuyo gobierno le son ajenas.<sup>11</sup>

Teniendo en cuenta estos argumentos, la SCBA condenó a la Provincia a que: a) en el plazo de sesenta días presente ante el juez de primera instancia un plan de refuerzo de la planta de personal de enfermería del hospital, garantizando la disponibilidad de un enfermero por cama, con cobertura adecuada

<sup>9</sup> SCBA. (15 de julio de 2015), "Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c/ Hospital Interzonal Alejandro Korn". Voto del juez HITTERS, III.2.

<sup>10</sup> SCBA. (15 de julio de 2015), "Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c/ Hospital Interzonal Alejandro Korn". Voto del juez HITTERS, III.3.

<sup>11</sup> SCBA. (15 de julio de 2015), "Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c/ Hospital Interzonal Alejandro Korn". Voto del juez HITTERS, IV.

en los distintos turnos, en una cantidad no menor a 130 enfermeros; b) en el plazo de sesenta días, un plan integral de mantenimiento y mejora del edificio del hospital; c) en el plazo de treinta días comunique la propuesta para resolver las falencias en materia de trabajo social y terapia ocupacional. Finalmente se aclara que todas las propuestas deben concretarse en el plazo no mayor a un año.

## **2.2. Derecho a la vivienda digna y adecuada**

En términos comparativos los casos sobre derecho a la vivienda digna son más escasos que aquellos en los cuales estaba en juego del derecho a la salud. De todas maneras, y también en un plano comparativo, conviene realizar un análisis detallado de esta temática puesto que el caso más emblemático sobre DESC resuelto en los últimos años por la CSJN fue sobre derecho a la vivienda digna. Finalmente, mientras que en los casos sobre derecho a la salud no se leen mayores desarrollos conceptuales sobre los DESC, en los que está en juego el derecho a la vivienda las definiciones son algo más precisas.

En “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, resuelto el 24 de abril de 2012, la CSJN estudió la situación de S. Y. Q. C. y su hijo menor de edad J. H. Q. C. –que sufría una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva–, quienes reclamaban a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el acceso a una vivienda digna que preservara la integridad familiar. Sobre la exigibilidad de los DESC, la CSJN sostuvo que la característica de “esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad”.<sup>12</sup> De todas maneras, el tribunal propuso una distinción entre operatividad directa y derivada, y aclaró que la de los DESC:

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.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> CSJN. (24 de abril de 2012), “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, considerando 10.

<sup>13</sup> CSJN. (24 de abril de 2012), “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, considerando 12.

De este modo, la ejecución de las medidas que reconozcan efectivamente los DESC no puede ser desarrollada por el Poder Judicial pero “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”.<sup>14</sup> Fue en función de este control de razonabilidad que los magistrados analizaron las políticas habitacionales de la Ciudad, entendieron que para el caso eran notoriamente insuficientes y le ordenaron que disponga de los medios para atender la situación de discapacidad y de problemática habitacional del niño, y que garantice a la madre, aun en forma no definitiva, un alojamiento que sea adecuado a la patología de su hijo.<sup>15</sup> Si bien la resolución del caso resultó notablemente más interesante que la que había dispuesto el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ), lo cierto es que el concepto de operatividad derivada guarda claras similitudes con el supuesto carácter programático de los DESC, puesto que inhibe al Poder Judicial de hacerlos exigibles cuando no existe ley o política pública que lo haga.

De las causas sobre el derecho a la vivienda digna y adecuada, una de ellas es anterior a “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” y las otras tres fueron dictadas con posterioridad. Una de ellas fue la ya citada “Fernández de Fernández, María Mercedes y otros” y en las otras dos los jueces de la SCBA retomaron parcialmente la jurisprudencia de la CSJN y algunos de los magistrados restituyeron el carácter derivado de la operatividad de los DESC. Pero lo interesante es que en el pronunciamiento anterior, el carácter exigible de los DESC –en este caso del derecho a la vivienda digna– se desarrolló con más potencia que lo que luego sería la jurisprudencia de la CSJN.

El caso “P., C. I y otros c/ Provincia de Buenos Aires” fue resuelto el 14 de junio de 2010, un mes después de que el TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aplicara en “Alba Quintana” un criterio extremadamente

<sup>14</sup> CSJN. (24 de abril de 2012), “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, considerando 12.

<sup>15</sup> Remitiéndose a los términos de la resolución de “Q. C., S. Y.”, la CSJN resolvió otros veintinueve casos sobre derecho a la vivienda digna, distribuidos en otras tres sentencias: junto con el caso caratulado “A.R., E.M” del 11 de diciembre de 2012, se resolvieron otras seis causas; con el caso “Accietto, Beatriz Rosa”, del 11 de diciembre de 2013, se sentenciaron otras doce causas; la última causa, del 16 de abril de 2013, fue “Silva Bailon, Melissa P”.

restrictivo sobre el derecho a la vivienda,<sup>16</sup> y dos años antes de “Q. C., S. Y”. En primera instancia se había declarado procedente la acción de amparo promovida por la señora P. por derecho propio y en representación de su hijo menor –ambos discapacitados y víctimas de violencia familiar–, ordenándose al Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia que les garantice la satisfacción de necesidades básicas y al Ministerio de Salud que les asegure la prestación de tratamientos médicos, psicológicos, psiquiátricos y de rehabilitación. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo confirmó la sentencia y consideró necesario extender la condena, ordenando al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos implementar el programa de acceso a una vivienda a favor de los amparistas y que se les provea de un acompañante terapéutico. Llegado el caso a la SCBA, los jueces SORIA, HITTERS, PETTIGIANI y NEGRI se remitieron a lo resuelto por DE LÁZZARI, quien sustentó su pronunciamiento en la especial protección que merecen las personas con discapacidad y los menores de edad, y sustentándose en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad subrayó que el acceso a una vivienda digna formaba parte del derecho a nivel de vida adecuado reconocido a las personas con discapacidad.<sup>17</sup> Asimismo, el magistrado postuló que en este tipo de casos el reconocimiento de los DESC de los menores de edad dependía del reconocimiento que tuvieran sus padres y madres, por lo que de modo inverso cuando padre y/o madre no gozaran de estos derechos, niños y niñas se encontrarían en la misma situación.<sup>18</sup>

Teniendo en cuenta la muy delicada situación de P. y su hijo, la SCBA entendió que la implementación de un programa de vivienda ordenado por la Cámara “no es efectiva en la práctica, pues involucra una aspiración, la que está condicionada a las asignaciones presupuestarias y al tiempo que demande la creación del programa”.<sup>19</sup> Es así como, aunque la Cámara consideró que madre e hijo merecían especial protección, “ha desentendido en

<sup>16</sup> TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (12 de mayo de 2010), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA”.

<sup>17</sup> SCBA. (14 de junio de 2010), “P., C. I y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, voto de la jueza DE LÁZZARI, VII.d.

<sup>18</sup> SCBA. (14 de junio de 2010), “P., C. I y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, voto del juez DE LÁZZARI, VII.d.

<sup>19</sup> SCBA. (14 de junio de 2010), “P., C. I y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, voto del juez DE LÁZZARI, VII.d.



la práctica los derechos que reconoce”.<sup>20</sup> Frente a esta situación resultaba imperioso delimitar de modo preciso la conducta a desarrollar por el Poder Ejecutivo, “a fin de revertir cuanto antes la insostenible situación fáctica descrita, concretar la consecución de la igualdad y que se cumpla con el mandato constitucional de asegurar la protección integral de los derechos”.<sup>21</sup> Para establecer las obligaciones que pesaban sobre el Poder Administrador se restituyeron los argumentos de la Observación General N°4 del Comité de DESC del Alto Comisionado de Naciones Unidas, que exige que los Estados prioricen y atiendan especialmente la situación de los grupos vulnerables, y que esta atención es incluso más pertinente en tiempos de crisis económicas.<sup>22</sup> Además, se recordó que de acuerdo al Comité el

derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad (CESCR, 1991: punto 7).

Finalmente, y siempre reponiendo los alcances de la Observación, se indicó que los aspectos a tener en cuenta para que la vivienda pueda considerarse “digna” o “adecuada” son: seguridad jurídica de la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, habitabilidad, asequibilidad, lugar y adecuación cultural.<sup>23</sup>

A la luz de las consideraciones vertidas en la sentencia, los jueces resolvieron ampliar la condena impuesta a la Provincia y a la Municipalidad de La Plata y ordenaron la provisión, en un plazo no mayor a sesenta días, de una vivienda adecuada. Además, hasta tanto se cumpliera con esta prestación, se dispuso que se cubriera el alojamiento en un hotel o complejo habitacional.

**20** SCBA. (14 de junio de 2010), “P., C. I y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, voto del juez DE LÁZZARI, VII.d.

**21** SCBA. (14 de junio de 2010), “P., C. I y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, voto del juez DE LÁZZARI, VII.d.

**22** SCBA. (14 de junio de 2010), “P., C. I y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, voto del juez DE LÁZZARI, VIII.

**23** SCBA. (14 de junio de 2010), “P., C. I y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, voto del juez DE LÁZZARI, VIII.

Finalmente, se ordenó incluir a la señora P. y a su grupo familiar en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital.

Con posterioridad a la sentencia “Q. C., S. Y”. de la CSJN, la SCBA resolvió dos casos sobre derecho a la vivienda digna. El primero fue “B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires”, del 3 de julio de 2013, en donde la actora en representación de sus cinco hijos menores de edad y en condiciones de extrema vulnerabilidad reclamaba al Estado provincial la provisión de una vivienda digna y una renta fija por cada hijo. En primera y en segunda instancia se rechazó la demanda porque no se acreditaron los reclamos administrativos previos a la presentación de la acción de amparo. La SCBA revocó las sentencias, remarcó la idoneidad del amparo y, además, resolvió la cuestión de fondo condenando a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que provean en un plazo no mayor a 60 días una vivienda adecuada a A. F. B. y sus cinco hijos. Para fundamentar la decisión, el juez NEGRI remarcó que el Poder Judicial debe velar por la protección del derecho a la vivienda, salud y alimentación consagrados en la Constitución Provincial, Nacional y tratados internacional de derechos humanos, “so pena de quedar convertidos en una mera expresión declamatoria”.<sup>24</sup> Por su parte, el juez Soria retomó la conceptualización de los DESC en tanto derechos con operatividad derivada y limitó la competencia del Poder Judicial al análisis de la razonabilidad de la legislación que torne operativo el derecho, pero lo curioso es que aunque mencionó la normativa no realizó ningún test de razonabilidad. DE LAZZARI sustentó su posición en una abundante normativa internacional sobre derecho a la vivienda y protección de niños y niñas y, sin mencionar el supuesto carácter derivado de la operatividad de los DESC, subrayó que las delicadas situaciones que se presentan en el caso “habilitan que el Poder Judicial, como garante de la efectividad de los derechos, conceda este deber de prestación”.<sup>25</sup> Por su parte, con aires de familia al concepto de operatividad derivada, el juez HITTERS marcó una distinción entre los DESC y los derechos civiles y políticos, y sostuvo que

<sup>24</sup> SCBA. (3 de julio de 2013), “B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires”. Voto del juez NEGRI, 4.

<sup>25</sup> SCBA, (3 de julio de 2013), “B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires”. Voto del juez DE LAZZARI, IV.

a diferencia de los derechos civiles y políticos, que resultan enteramente operativos; la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales está llamada –en algunas circunstancias– a ser progresiva habiéndose comprometido los Estados a adoptar las medidas apropiadas (inclusive legislativas o de cualquier otro carácter) *hasta el máximo de los recursos disponibles*.<sup>26</sup>

Por su parte, agregó que aunque el diseño de políticas públicas es competencia de los poderes legislativos y ejecutivos, “no puede desconocerse que potencialmente, ante supuestos de graves lesiones a derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, pueda configurarse un caso que habilite la intervención de los órganos jurisdiccionales”.<sup>27</sup> Finalmente el juez PETTIGIANI confirmó el carácter derivado de la operatividad de los DESC y agregó que no era tarea del Poder Judicial evaluar la oportunidad de las políticas públicas, pero sí “garantizar la efectividad de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector al momento de administrar justicia y decidir las controversias”.<sup>28</sup> De todas maneras, al igual que DE LÁZZARI, declaró el derecho vulnerado sin hacer un control de razonabilidad de las políticas de vivienda de la Provincia.

En “A., G. C. Amparo. R.E.N.-R.I.L”, del 30 de octubre de 2013, la SCBA tomó conocimiento de una sentencia de la Cámara de Apelación Contencioso Administrativa que había obligado a la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata para que provean en un plazo no mayor a 60 días una vivienda adecuada para la actora y sus tres hijos menores de edad y discapacitados, quienes vivían en una construcción de madera y techo de chapa, piso de tierra, en un único ambiente de aproximadamente 3 x 5 metros, y sin sanitarios ni servicios. La SCBA confirmó la sentencia, para hacerlo: el juez DE LÁZZARI no incluyó conceptualizaciones sobre los DESC, pero frente al agravio del Municipio de un supuesto desequilibrio financiero que podría traer el cumplimiento de la sentencia sostuvo que “la actividad presupuestaria no

<sup>26</sup> SCBA. (3 de julio de 2013), “B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires”. Voto del juez HITTERS, II.a. Resaltados en el original.

<sup>27</sup> SCBA. (3 de julio de 2013), “B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires”. Voto del juez HITTERS, II.a. Resaltados en el original.

<sup>28</sup> SCBA. (3 de julio de 2013), “B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires”. Voto del juez PETTIGIANI, II.

debe alterar el ejercicio de los derechos humanos;<sup>29</sup> el juez HITTERS se remitió a buena parte de los fundamentos que había ensayado en “B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires” y restituyó el carácter de operatividad derivada de los DESC tal como fue formulado por la CSJN –pero lo curioso es que no realizó ningún test de razonabilidad–; el juez GENOUD también se remitió a los fundamentos de “B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires”; algo similar hizo el juez SORIA, aunque en este caso agregó que el concepto de operatividad derivada era superador del supuesto carácter programático de los DESC.<sup>30</sup>

Con solamente tres sentencias no es tan sencillo analizar cómo ha impactado la doctrina de la CSJN sobre la operatividad derivada en un tribunal que parecía marcar una línea jurisprudencial más potente sobre la exigibilidad de los DESC. Por lo pronto, advierto que algunos jueces siguen mencionando la exigibilidad sin más, mientras que otros restituyen la operatividad derivada aunque luego no realizan un control de razonabilidad de las políticas públicas que tornan operativo el derecho, sino que lo vuelven operativo con la propia decisión judicial.

### 3. NOTAS FINALES

La reforma de 1994 incorporó a la Constitución de la provincia de Buenos Aires los DESC, que habían sido reconocidos en la Constitución de 1949 que fue ilegalmente derogada en 1956. Si se tienen en cuenta los pronunciamientos de la SCBA de los últimos años, al menos en los casos vinculados al derecho a la salud y a la vivienda digna y adecuada, en términos generales se puede afirmar que el máximo tribunal ha desplegado una jurisprudencia tendiente a la operatividad y exigibilidad de los DESC.

En el caso del derecho a la salud, desde el punto de vista político y jurídico, es cierto que en la gran mayoría de los casos para la SCBA era más sencillo resolver la exigibilidad de los DESC que descartarla, puesto que se trataba de casos individuales, con graves discapacidades y/o con enfermedades que ponían en riesgo la vida de los y las accionantes, y la parte demandada era una obra social o una empresa de medicina prepaga. De todas maneras, en el *único caso estructural o policéntrico*, el tribunal mantuvo la línea de

<sup>29</sup> SCBA. (30 de octubre de 2013), “A., G.C. Amparo. R.E.N.-R.I.L”. Voto del juez DE LAZZARI, III.

<sup>30</sup> SCBA. (30 de octubre de 2013), “A., G.C. Amparo. R.E.N.-R.I.L”. Voto del juez SORIA, 2.b.

exigibilidad de los DESC, incluso con mayor potencia que la sentencia apelada. Por su parte, en el caso del derecho a la vivienda, la SCBA también marcó una política de exigibilidad, que por ahora no parece atenuarse con el concepto de operatividad derivada desarrollado por la CSJN.

Sin dudas, una conceptualización de los DESC como exigibles no ha resuelto ni resolverá la dramática situación en la que vive un alto porcentaje de bonaerenses. Mejorar este drama no es algo que puede lograrse en los estrados judiciales, sino que depende de la organización popular y de un poder político formado por sectores populares. De todas maneras, es importante tener en cuenta que buena parte de las demandas populares se estructuran discursivamente en términos de derechos humanos, y es por ello que no debemos descuidar su dimensión conceptual.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- CESCR (1991). El derecho a una vivienda adecuada (Art. 11, párr. 1). Observación general N° 4. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf?view=1>
- CUELI, H. (1996). *Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Anotada y comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- REGOLO, S. (2010). La Constitución social de 1949 y su presencia en la Provincia de Buenos Aires. *Instituto de Investigaciones Históricas Eva Perón. Anuario 2009*, 49-73.
- PUGA, M. (2013). *Litigio estructural*. (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires.
- ZIULU, A. (1997). Algunas consideraciones acerca de la reforma a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires con especial referencia al Poder Judicial. *Revista Jurídica de Doctrina*, 2, 15-45.



---

# Catamarca

**GINA BERTOLONE\***

## 1. INTRODUCCIÓN

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)<sup>1</sup> surgen con el constitucionalismo social a principios del siglo XX, cuando se produce un cambio radical en la matriz de concepción de las políticas sociales, que evolucionan de un asistencialismo discrecional a los pobres hacia un modelo de reconocimiento de derechos individuales.

Sabemos que la primera expresión constitucional a nivel nacional se da en Querétaro en el año 1917, pero sin dudas, la perspectiva de los derechos humanos ha venido a enriquecer y fortalecer la idea de exigibilidad de estos derechos, revolucionando las teorías que veían en los derechos sociales una expresión de deseos o ideales políticos sin operatividad.

Así las cosas, y sin perjuicio de la subsistencia de autores que sostienen una distinción estructural entre los DESC y los derechos civiles y políticos, los modelos teóricos de vanguardia predicán una identidad estructural y una relativa distinción conceptual que deriva exclusivamente de su origen histórico-político (ABRAMOVICH y COURTIS, 2002).

Los instrumentos internacionales han reconocido la operatividad y exigibilidad de los DESC con límite en “el máximo de los recursos que disponga,

\* En colaboración con Gonzalo SALERNO y Ana Gabriela PERACCA.

1 “La noción ‘DESC’ proviene del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que ‘derechos sociales’ proviene del derecho constitucional y abarca situaciones que no tienen cabida en el derecho internacional porque se dan entre particulares (como los derechos de los trabajadores y las relaciones de consumo). También son evidentes las similitudes entre ambos porque en muchos casos se trata de los mismos derechos en ámbitos diferentes” (ABRAMOVICH y COURTIS, 2002). A los fines del presente, los emplearemos como términos equivalentes.

para lograr progresivamente [...] la plena efectividad” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2002), aunque aún subsisten los tradicionales obstáculos que hacen dificultoso su cumplimiento. A lo largo del presente trabajo, presentaremos el recorrido constitucional de la provincia de Catamarca y algunos pronunciamientos judiciales en el camino de su garantía a nivel local.

## **2. LA CONSTITUCIÓN DE CATAMARCA**

Consideramos pertinente realizar una breve reseña de la historia constitucional de Catamarca, que ya hemos realizado en otra oportunidad (SALERNO, 2015), destacando aquellos momentos más relevantes y que de algún modo, directa o indirectamente, se relacionan con nuestro objeto principal de estudio y contribuyen a ofrecer elementos que nos brinden una visión más integral sobre el tópico.

Como sabemos, Catamarca fue una de las provincias que formaron parte de la confederación que participó como tal en el proceso de construcción de la organización federal argentina. Al producirse la revolución de mayo, Catamarca pertenecía a la Gobernación de Salta, junto con la provincia del mismo nombre y las de Tucumán, Jujuy y Santiago del Estero. Luego, en 1814, se separó de Salta por disposición del Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de La Plata, Gervasio POSADAS, y comenzó a integrar la Provincia de Tucumán junto a Santiago. Luego, en 1820, formó parte de la denominada (y controvertida) “República del Tucumán”, que llegó a sancionar ese mismo año una constitución propia (SALERNO, 2015).

La caída de la “República del Tucumán”, en 1821, derivó en la declaración de autonomía provincial catamarqueña y en la necesidad de que la Provincia de Catamarca dictara su propio instrumento constitucional. Así fue como el 11 de julio de 1823 se sancionó el Reglamento provisorio, que con 139 artículos era uno de los más extensos de la época. Su contenido había recibido directa influencia del Reglamento provisorio de 1817 y de la Constitución de las Provincias Unidas de Sud América, de 1819.<sup>2</sup>

2 “Si se nos requiriera un juicio de valor sobre este Reglamento catamarqueño, aunque la valoración de las instituciones no es de la competencia del historiador, diríamos, sin titubear, que el Reglamento Constitucional del 11 de julio de 1823 representa un innegable progreso jurídico y



El reglamento provincial de 1823 tuvo vigencia incluso después de sancionada la Constitución Nacional de 1853. Fue modificado y reemplazado recién en el año 1855, cuando la provincia, en cumplimiento de lo dispuesto por aquella, dictó su primera Constitución local propiamente dicha, en ejercicio de su poder constituyente de segundo orden.<sup>3</sup> Así, la provincia de Catamarca fue una de las primeras que dictó su propia Constitución después de que el 1 de mayo de 1853 se sancionara la Carta Magna Argentina.<sup>4</sup>

Para BAZÁN

la Constitución de 1855, de sólo 87 artículos, tiene la virtud de la concisión y de la simplicidad adecuadas para una provincia que se incorporaba a la etapa del moderno constitucionalismo, dejando atrás los viejos reglamentos de la época del rey. Está precedida de un Preámbulo, al igual que la Constitución Nacional, que no contiene una definición filosófica sobre sus principios y se limita a invocar el derecho de los representantes de Catamarca, en nombre de Dios y en ejercicio de los poderes no delegados a la Nación, para sancionar dicha Constitución (BAZÁN, 1999).

En el año 1878 se convocó una convención constituyente para modificar la vigente Constitución de 1855. Fray Mamerto Esquiú elaboró un interesante proyecto de reforma constitucional, aunque finalmente la convención no logró

político para la flamante Provincia de Catamarca, por su contenido liberal y progresista” (DANA MONTAÑO, 1960).

- 3 La Constitución provincial fue sancionada el 8 de mayo de 1855 para la Provincia de Catamarca, en virtud de lo dispuesto por su art. 83, en consonancia con lo establecido por los arts. 5 y 103 de la Constitución Argentina de 1853, fue remitida para su examen y aprobación al Honorable Congreso de la Confederación, reunido a la sazón en Paraná, capital provisoria de la misma. Luego de unas observaciones, no de carácter sustancial, realizadas al texto legal desde la Cámara de Diputados y Senadores respectivamente, el instrumento fue aprobado mediante Ley nacional N° 40 y jurado solemnemente el día 8 de diciembre de 1855.
- 4 “El hecho que haya sido una de las primeras, suponemos que ha estado influido por el magnífico sermón del 9 de julio de 1853, que asignó con justicia a Fray Mamerto Esquiú el envidiable título de ‘príncipe de la oratoria sagrada en Sud América’, como dijera VÉLEZ SÁRSFIELD en el N° 620 de El Nacional, de Buenos Aires, porque, en substancia, aquella memorable oración fue un formidable alegato a favor de la organización nacional, de la cual la provincial es una pieza complementaria, pero indispensable. Abogar por el respeto de la ley fundamental del país, que acababa de sancionarse, era abogar por la sanción de la ley básica provincial, que aquélla impone sancionar a las Provincias bajo ciertas condiciones” (DANA MONTAÑO, 1960: 163).

su cometido y las sesiones culminaron sin producirse reformas a la ley máxima provincial. Luego, continuando con esta breve reseña histórica, debemos mencionar que la Constitución provincial fue reformada en los años 1883, 1895, 1949, 1965 (la Constitución entró en vigencia a inicios de 1966) y 1988.

DANA MONTAÑO se manifestó, en su momento, de manera muy crítica a todo el proceso de reformas constitucionales provinciales del año 1949 y a su posterior derogación en 1956 como consecuencia de la declaración de nulidad de la Constitución Nacional de 1949 por la proclama del 27 de abril de 1956. Considera el autor que resultó lamentable para la historia constitucional provincial que por disposición nacional las provincias se hayan visto primero compelidas a reformar sus constituciones –en clara afectación de sus autonomías provinciales– y luego –además, de manera forzosa y también vulnerando el régimen federal–, se hayan derogado las Constituciones reformadas y ordenado se restituya la vigencia de las anteriores leyes fundamentales (DANA MONTAÑO, 1960: 163 y ss.).<sup>5</sup>

En consonancia con el fenómeno del constitucionalismo social, la Constitución de Catamarca reconoció en 1965 la función social de la propiedad y a la salud como “derecho individual y social” (arts. 49 y 63). También dispuso que la legislatura provincial debía asegurar a todo habitante de la provincia un mínimo de *derechos sociales, económicos y culturales* inherentes a la dignidad del hombre y al libre desarrollo de su personalidad (art. 57). Además, ordenó de modo muy general proteger la maternidad, infancia, juventud y la ancianidad (art. 64).

<sup>5</sup> Para el autor, se produjo un tremendo atentado a las autonomías y a los derechos fundamentales de las provincias. La Constitución Nacional, sancionada en marzo de 1949, dispuso en efecto, en su 5ª disposición transitoria: “Autorízase por esta *única* vez a las Legislaturas provinciales para reformar totalmente sus constituciones respectivas, con el fin de adaptarlas a los principios, declaraciones y garantías consagradas en esta Constitución. La reforma de las constituciones deberá efectuarse en el plazo de 90 días a contar desde la presente sanción, con la excepción de aquellas provincias cuyo Poder Legislativo no esté constituido, caso en el cual el plazo se computará a partir de la fecha de su constitución. Las provincias no necesitaban autorización alguna para proceder a revisar sus constituciones. Y, mucho menos, podía imponérseles para hacerlo un *órgano* (en este caso las Legislaturas), un procedimiento y un plazo distintos a los que sus propias constituciones establecían”. La proclama del 27 de abril de 1956 dispuso en su art. 3º: “Decláranse vigentes las constituciones provinciales anteriores al régimen depuesto, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubiesen quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16 de septiembre de 1955”.

La reforma de 1988 mantuvo el contenido de varios de los artículos referidos precedentemente y además agregó nuevas cláusulas, reglas y principios protectores de los DESC (según esa denominación).

El *Preámbulo* explicita el propósito del convencional reformador de 1965 y 1988 de incorporar a la constitución los DESC que no habían sido contemplados con anterioridad, manifestando una notoria influencia del proceso constitucional nacional de 1949, que también se refleja en el artículo 1° cuando declara a la provincia “un estado autónomo constituido bajo la forma representativa, republicana y *social*” y asegura al pueblo “el ejercicio de sus derechos individuales y *sociales*” (el resaltado me pertenece).

Más adelante, en su artículo 6 establece la promoción de acciones en materia de DESC compatibilizadas con los organismos nacionales (inc. 6) y también a través de acuerdos en el orden internacional. Al hablar de las cargas públicas (art. 21) establece que las leyes que las establezcan deben sancionarse de conformidad con los principios de la *justicia social*.

La Constitución Provincial (CP) vigente, además de sus declaraciones de principios, contiene un capítulo destinado a reglar los DESC en una veintena de artículos. Reconoce el derecho a la propiedad privada, el que debe ser ejercido de conformidad con los principios de la justicia social (art. 50), promoviéndose el acceso a la propiedad inmueble con el fin de garantizar la vivienda y medios de vida dignos (art. 51), prefiriéndose el sistema de colonización para la distribución de la tierra (art. 52). Adelantándose en muchos aspectos a la Constitución Nacional (CN) consigna, entre otros, los derechos de los consumidores (art. 57), castigando la usura, y promoviendo el control de los precios bajo la competencia municipal. La salud se encuentra garantizada en general como un derecho fundamental del individuo y de la sociedad (art. 64), y en particular, algunos de sus aspectos son enunciados puntualmente como el derecho de las familias a procrear (art. 58 inc. 1), a la salud en el trabajo, a la protección especializada de grupos de atención prioritaria: maternidad, niñez, juventud, ancianidad y disfuncionalidad (art. 65).

La CP consta de un capítulo dedicado a la educación (arts. 263 al 278) estableciéndose entre otros principios la igualdad de oportunidades, libertad de enseñar y aprender, obligatoriedad de la educación primaria, gratuidad del servicio educativo y, relacionado con esto último, la seguridad de un presupuesto adecuado y necesario para el cumplimiento de los fines.

Todos los poderes del Estado provincial tendrán, de acuerdo a sus competencias y funciones, deberes constitucionales en pos de la promoción y garantía de estos derechos: la legislatura deberá asegurar mediante el dictado de las correspondientes leyes su operatividad (art. 110, incs. 12, 13, 15, 33, entre otros); mientras que el Ejecutivo, a través de diversos organismos, organiza el funcionamiento de los servicios públicos propendiendo al bien común (art. 149, inc. 25).

Es importante tener en cuenta que “lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la prestación debida” (ABRAMOVICH y COURTIS, 2002: 37). De esta manera, para la efectiva vigencia de los DESC y los demás derechos enumerados en la Constitución, se incorpora en la reforma de 1965 el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía de amparo, los cuales subsisten (reenumerados) en el texto vigente.

En su artículo 39 (ex 38) establece:

Todo habitante de la Provincia tiene derecho a utilizar un procedimiento judicial efectivo contra actos u omisiones de la autoridad o de terceros que violen, menoscaben, enerven o amenacen hacerlo, sus derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución o por las leyes dictadas en su consecuencia. Si el mismo no estuviera instituido o reglamentado, los jueces arbitrarán las normas necesarias para ponerlo en movimiento y resolver sin dilación alguna.

En el artículo 40 (ex 39) estipula:

Contra todo acto, decisión u omisión de los agentes administrativos que violen, amenacen o menoscaben derechos garantizados por esta Constitución o por las leyes sancionadas en su consecuencia, y que ocasionen un gravamen irreparable por otro medio, procederá el amparo, que se sustanciará judicialmente, por procedimiento sumario y sin necesidad de reglamentación previa.

De esto último podemos inferir que la Constitución provincial se inscribe en la corriente de exigibilidad de los DESC y, para ello, encomienda al Poder Judicial la utilización de procedimientos efectivos, aun en los casos que no estuviesen reglamentados. El proceso judicial por excelencia para su

protección eficaz y rápida es en nuestra Provincia, como en todo el país, la acción de amparo (BASTERRA, 2013).

### 3. EL ROL DE LOS JUECES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DESC

Las características propias de los DESC, que implican por parte del Estado un rol activo, una obligación de hacer, suponen también una actuación judicial acorde, capaces de desarticular los problemas estructurales y colaborar en la elaboración de políticas sociales protectorias: adecuación de los procedimientos a la materia y respuestas creativas.

Ciertamente el Poder Judicial, por sus características institucionales y por el lugar que ocupa en la distribución de funciones dentro del Estado, no está llamado a ser el principal protagonista a la hora de hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, tarea que corresponde primariamente a los denominados poderes políticos. Sin embargo, si resulta provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación y al mismo tiempo de desarticulación de algunas políticas públicas en el área social, con impacto directo en la vigencia de aquellos derechos (ABRAMOVICH y COURTIS, 2002: 118).

En el mismo sentido, AMAYA sostiene que

el sistema constitucional de frenos y contrapesos requiere y alienta el diálogo entre poderes, descansando en la idea de que el Poder Judicial le señalará a los órganos políticos la existencia de fallas estructurales en el cumplimiento de los derechos constitucionales, resolverá las situaciones de afectación que lleguen a su conocimiento y generará así los incentivos para que la administración y el Poder Legislativo lleven adelante las políticas Constitucionales (AMAYA, 2017).

### 4. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA

Sin perjuicio de que entendemos que existe una suficiente regulación constitucional de los derechos y procedimientos judiciales para garantizar su efectividad, no existen en la jurisprudencia de nuestra Corte más que algunos casos, exclusivamente en materia de salud, que nos permitan analizar los criterios rectores que sigue el tribunal supremo.

Este es un dato curioso, pues las estadísticas nos informan tasas alarmantes en materia de insatisfacción de DESC.<sup>6</sup> Los motivos por los cuales esos derechos insatisfechos no se han canalizado aún en reclamos jurisdiccionales, exceden los objetivos propuestos para este trabajo, aunque consideramos que debieran ser motivo de un profundo análisis en otra oportunidad.

En todos los casos analizados, la demanda se entabla contra la Obra Social de los Empleados Públicos (OSEP), órgano autárquico integrante de la Administración Pública provincial. La Corte se declara competente para resolver los procesos, en atención a las reglas que en la materia establecen las normas constitucionales provinciales. Aunque en otras ocasiones se ha desarrollado el tema *in extenso* (SALERNO, 2015), consideramos oportuno reiterar aquí algunas consideraciones en relación con el presente.

El artículo 204 de la carta fundamental de la provincia, al tratar de la competencia de la Corte de Justicia, dispone que el Alto Tribunal “decide en juicio pleno y única instancia en las causas contencioso-administrativas, previa denegación expresa o tácita de la autoridad administrativa competente, del reconocimiento de los derechos e intereses legítimos que se gestionan por parte interesada”. Por otra parte, la Ley provincial N° 4642, del año 1991, en su artículo 4, determina que

será competente para conocer de la acción de amparo, el juez de primera instancia, con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice, o tuviere o pudiere tener efecto, cualquiera fuese su competencia por materia y que esté de turno.

Como se advierte, una ley atribuye competencia a los jueces de primera instancia, por sobre la competencia originaria establecida constitucionalmente. La doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que la atribución de competencia a los Tribunales Superiores, nace de las Constituciones nacionales o provinciales y por ser esta de naturaleza constitucional, no puede ser aumentada, modificada, ni mermada por normas legales, bajo pena de que sea tachada de inconstitucional.

<sup>6</sup> Solo a título de ejemplo, traemos a colación algunos datos de estadísticas oficiales que pueden consultarse en <https://www.indec.gov.ar>. La Provincia de Catamarca tiene un 29,7% de pobres y 3,5% de indigentes según la EPH del Indec (tercer trimestre de 2017), un 32,7% de condiciones de vivienda deficitaria según datos del INDEC del último censo (año 2010).

Se plantea, entonces, una controversia competencial que debe ser dilucidada, y así lo ha vislumbrado nuestra Corte, que en el año 1999, resolviendo el *leading case* “Altamirano”,<sup>7</sup> alude a la existencia de una doble competencia y concluye que, para la materia netamente administrativa, entenderá originariamente la Corte, al tiempo que las cuestiones propias de daños y perjuicios, que no sean íntegramente de naturaleza administrativa, serán tramitadas ante la justicia ordinaria de primera instancia. En el fallo se cita doctrina nacional sobre la competencia de los Tribunales Superiores de provincia:

si la cuestión es exclusivamente administrativa, el juez de primera instancia que tramita el amparo invade el campo que la Constitución provincial reserva a la Corte Provincial. Pero el juez de grado es competente siempre que a esta materia se agregue, de modo indubitado, la violación directa de los derechos reconocidos por la Constitución (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1991).

Sostuvo la Corte en “Altamirano”:

En esa inteligencia, nuestra ley adjetiva sobre amparo al atribuir competencia originaria a los jueces de primera instancia para entender en esta acción, cualquiera fuere su competencia en razón de la materia, ha producido un desplazamiento de la competencia originaria de la Corte de Justicia cuando la cuestión fuere contencioso administrativa. La norma del art. 4º de la ley de amparo resulta evidentemente inconstitucional al estar en pugna con el art. 204 de la Constitución Provincial.

Así fue como en el año 2000 se sancionó la Ley N° 4998, modificatoria del artículo 4 de la Ley N° 4642, disponiendo en su artículo 1 lo siguiente: “Cuando la acción de amparo tuviere por objeto leyes o decretos, emitidos por el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, respectivamente, dictados en ejercicio de facultades constitucionalmente otorgadas que impliquen materia contencioso administrativa, la competencia corresponderá a la Corte de Justicia”.

A partir de ese momento, la jurisprudencia provincial continuó con el criterio sostenido en “Altamirano” que había sido consolidado en la reforma legal. Así se expresó, por ejemplo, la Corte de Catamarca en “Urquiza”:

<sup>7</sup> Corte de Justicia de Catamarca, “Altamirano, Mirtha Margarita Agüero de v. Dirección de Educación Gral. y Ministerio de Educación s/acción de amparo”, Expediente 135/99.

en consecuencia, la conducta de la administración que importe vías de hecho o el acto administrativo que debe dictarse en el ejercicio de atribuciones legales propias, dentro de normas regidas por el derecho administrativo, determina la competencia de este Tribunal para entender en la causa, en orden a lo establecido por el art. 204 de la Constitución Provincial, jurisprudencia sentada a partir del caso “Altamirano”, y posterior reforma legislativa del art. 4º de la ley 4642, por el art. 1º de la ley 4998.<sup>8</sup>

Por otra parte, la Corte provincial, en reiteradas oportunidades ha expresado que no todos los derechos vulnerados por actos del Estado provincial, ya sea en ejercicio de su actividad administrativa, legisferante o jurisdiccional, son susceptibles de producir o dar lugar a una acción contencioso administrativa, sino que es indispensable que ese derecho sea de naturaleza administrativa, es decir, regido por el derecho administrativo y no por otras ramas del ordenamiento jurídico; caso contrario se entenderá realizable por vía del amparo común.<sup>9</sup> Resultando, en consecuencia, que si el amparo no es de competencia originaria de la Corte de Justicia, intervendrá en el supuesto de que se interponga recurso de casación por alguna de las partes. En ese sentido, en una oportunidad en que se perseguía la declaración de inconstitucionalidad del “periodo de carencia” para los nuevos afiliados, establecido por Ley N° 3509/79, solicitando la cobertura inmediata de una paciente diagnosticada con una enfermedad severa en “Escalante, Andrea Jacinta c/OSEP s/Acción de Amparo” (Interlocutorio), el Tribunal se declara incompetente en atención a que “las leyes de la provincia no tipifican como actos administrativos susceptibles de revisión por vía contencioso administrativa, y no habilita la jurisdicción exclusiva, excluyente y de interpretación restrictiva de esta Corte”. No descarta de plano su intervención, habida cuenta de la naturaleza del bien jurídico de que se trata, pero advierte que la paciente se encontraba recibiendo el tratamiento prescripto por intermedio del sistema de salud pública, concluyendo que “la demandante no se encuentra desprotegida”.

<sup>8</sup> Corte de Justicia de Catamarca (2006), “Urquiza, Patrocinio Guillermo v. OSEP y Provincia de Catamarca s/acción de amparo”.

<sup>9</sup> Corte de Justicia de Catamarca (2006), “López González, Jorge Javier (Presidente Concejo Deliberante Municipalidad de Huillapima) c/ Provincia de Catamarca y/o Estado Provincial s/ acción de amparo” (Interlocutorio), voto ampliatorio del Dr. CACERES. Corte de Justicia de Catamarca (2013), “Pascualini, Alberto e Hijos SA v. Provincia de Catamarca s/daños y perjuicios”.



En otras oportunidades, el propio Tribunal ha demostrado su especial sensibilidad al resolver cuestiones en la materia. En el caso “Molina, Claudia Alejandra c/OSEP” (año 2014) la actora deduce acción de amparo persiguiendo la entrega de la medicación necesaria para completar la tercera y cuarta sesión de su tratamiento de quimioterapia, denegadas por la obra social en virtud de un faltante, lo que ponía en riesgo su salud. Al momento de resolver el amparo, la entrega ya se había practicado en su totalidad, deviniendo en una causa abstracta. De todas maneras, el Tribunal advirtió a las autoridades que

las prestaciones que debe brindar el organismo demandado, no pueden quedar sometidas a las vicisitudes administrativas, económicas o comerciales del mismo [...] ya que lo que está en juego es la salud, en suma, la vida de una persona.<sup>10</sup>

Podemos observar hasta aquí respuestas proactivas de un tribunal movilizado especialmente en temas de salud que no admiten vacilaciones. De esta manera complementando su propio criterio de que “en las acciones de amparo cabe sentenciar según la situación existente al momento de dictar sentencia definitiva”,<sup>11</sup> ha sabido actuar con la diligencia necesaria para responder a situaciones de afectaciones persistentes,<sup>12</sup> en un reclamo para la entrega de medicamentos para tratamientos prolongados, donde la OSEP al contestar el informe justifica el suministro de estos con alguna demora, pero cumplido con anterioridad a la demanda. La Corte, sin perjuicio de aquello ordena como medida de mejor proveer que la demandada informe si la entrega se había normalizado para el mes en curso y, ante la falta de respuesta oportuna, la condena a “la provisión en tiempo y forma de la medicación establecida”, aplicando una multa mensual igual al importe de los medicamentos para el caso de falta de entrega en el plazo señalado.

También se observa el espíritu proteccionista de nuestro más alto Tribunal, en el caso “Olmos, Ana Beatriz c/Estado Provincial s/Acción de amparo por mora” al decidir la reconducción o reencauzamiento de la acción de amparo por mora planteada, en un amparo (*mandamus* o mandato de ejecución). En

<sup>10</sup> Corte de Justicia de Catamarca (2014), “Molina, Claudia Alejandra c/OSEP”.

<sup>11</sup> Corte de Justicia de Catamarca (2015), “Heredia, Ivana Noelia (en representación de su hijo menor de edad Néstor Joaquín Soto) c/OSEP; entre otros.

<sup>12</sup> Corte de Justicia de Catamarca (2014), “Monferrán, Ricardo Francisco c/OSEP s/Amparo”.

este interesante caso, la actora promueve un amparo por mora para perseguir la entrega de una nueva silla de ruedas acorde al crecimiento del niño con discapacidad, derecho reconocido mediante el correspondiente acto administrativo, pero pendiente de ejecución por más de un año a la fecha de la demanda. Ilustrativamente, el Tribunal reflexiona sobre el propósito legal diseñado para el remedio procesal incoado, estableciendo en todo de acuerdo a la Ley N° 4795 de “Amparo por Mora de la Administración” ciñéndolo a los casos en los que la Administración, frente a peticiones o recursos del administrado, omite el dictado de la decisión correspondiente, para concluir que no se trata del remedio procesal idóneo para el bien jurídico tutelado.

La facultad de reconducir oficiosamente las pretensiones fue resuelta por la Corte en valiosos precedentes que esta trajo a colación, aunque siempre con carácter excepcional. Por ejemplo:

¿Puede este Tribunal mutar la calificación de la acción? La respuesta es afirmativa. Considero que es correcto cambiar de oficio la calificación de la acción intentada, inclusive cuando los procedimientos son distintos y el tribunal considera que es materia de la Corte. En efecto, éste no solo puede sino que debe reencausar la acción incoada, declarar su competencia y resolver sobre el fondo de la cuestión [...]. Es lo que el pretorio tiene expresado como encauzamiento oficioso de la pretensión. También podemos usar la denominación que utiliza HITTERS... reconducción de la acción entablada.<sup>13</sup>

Y concluye que

de no contemplarse el reencauzamiento, se entraría en colisión con el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir llevar a la práctica derechos fundamentales como el de la salud y se niega esta tutela judicial efectiva cuando su protección es impostergable.

<sup>13</sup> Corte de Justicia de Catamarca, “Farroni, Daniel Oscar (Fiscal de la Municipalidad de Andalgalá) s/ Acción de Inconstitucionalidad (ordenanza 048/04)”; también en “Jorge Herrera Castellanos, Presidente del Concejo Deliberante de Valle Viejo s/Avocamiento y Revocación de Medida de No Innovar dictada en Expte. Nro. 96/92 Albarracin, Hugo c. Concejo Deliberante de Valle Viejo acción de amparo”.

Aplica al caso el también excepcional proceso del *mandamus* o mandato de ejecución, al que califica de “remedio excepcional, presupuesto en orden a urgencia, irreparabilidad del daño, gravedad, ilegalidad manifiesta, procedimiento excepcionalísimo” tendiente a solicitar judicialmente la ejecución de un deber concreto de un funcionario o ente público y resuelve ordenando la entrega de la silla de ruedas en el plazo de 10 días.

Con prudencia, la Corte se ha manifestado denegando la tutela al amparista en los casos en que no se ha podido demostrar la arbitrariedad o ilegalidad de manera manifiesta preservando el carácter de excepcionalidad de la vía.<sup>14</sup> El requisito de la ausencia de remedios legales idóneos para la tutela del derecho también ha sido suficientemente escrutado, en casos en los que se entiende que la vía administrativa debe ser intentada preferentemente, habida cuenta de que no se evidencia un daño inminente o una urgencia que justifiquen el empleo del remedio de excepción, ya que como se ha dicho en reiteradas oportunidades

a través de la acción de amparo no puede pretenderse el sometimiento a consideración judicial de todo acto u omisión que se considere viciado de arbitrariedad o ilegalidad, conforme a la interpretación armónica del Art 2 inc. c) de la Ley 4642.<sup>15</sup>

#### **4.1. Medidas cautelares en el marco de procesos de amparo de salud**

La Ley Provincial N° 4642 solo prevé la tutela cautelar a través de la medida de no innovar (art. 9) la que puede ser dictada a pedido de parte o incluso de oficio, aunque de ello no se puede inferir de ninguna manera la inviabilidad de otras medidas por aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial. Así las cosas, es frecuente que la acción de amparo se acompañe con el pedido de soluciones provisorias urgentes, herramienta procesal supeditada al cumplimiento de los clásicos requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la contracautela, que necesariamente deben ser evaluados, sin perjuicio de la ponderación que en cada caso realice el Tribunal.

<sup>14</sup> Corte de Justicia de Catamarca (2013), “Lagoria, Norma Isabel c/OSEP s/Acción de amparo”; Corte de Justicia de Catamarca (2017), “Bulacios, Daniel Ezequiel c/OSEP s/Amparo”.

<sup>15</sup> Citamos, por ejemplo, Corte de Justicia de Catamarca “Barrionuevo, Esther Victoria c/Osep s/ Acción de amparo”; “Medina, María Magdalena c/Osep s/Acción de amparo”.

En múltiples ocasiones la Corte de Justicia se ha manifestado en el sentido de que

debe destacarse que en la materia específica de las tutelas cautelares, este Tribunal a través de sus distintas integraciones, en principio sostiene que la presunción de validez de que gozan los actos de la Administración Pública, exige de una interpretación restrictiva en la determinación de su procedencia. No obstante y excepcionalmente las ha acogido en supuestos en que se afecta el derecho a la salud, comprendido dentro del derecho a la vida.<sup>16</sup>

El análisis de la verosimilitud del derecho se concentra en la demostración *prima facie* de la ilegitimidad de la actuación de la Administración y, fundamentalmente sobre el peligro en la demora, que se configura por el deterioro que puede sufrir la salud del amparista por el transcurso del tiempo sin recibir la atención necesaria; así encontramos una variedad de supuestos en que se ha otorgado la tutela cautelar (ordenando desde la entrega de medicamentos, hasta la realización de intervenciones quirúrgicas de gran complejidad) y otros tantos en que ha sido denegado por considerar que alguno de los recaudos no se encontraban acreditados o incluso por factores externos, como la indisponibilidad del medicamento requerido en el comercio regular.<sup>17</sup>

## 5. CONCLUSIONES

Sin dudas, la Constitución provincial es un importante instrumento en materia de justiciabilidad de los DESC. La casuística observada, contrastada con los datos de la realidad, nos permite elaborar algunas reflexiones finales.

Las respuestas a demandas individuales y concretas, se dan como consecuencia de pretensiones que debieran ser automáticamente resueltas en un sistema de salud diligente, evitándole al enfermo la judicialización de su necesidad y con ello la dilación en una respuesta que soluciona la afectación personal del bien jurídicamente protegido.

<sup>16</sup> Podemos citar, entre otros, Corte de Justicia de Catamarca (2006), "Urquiza, Patrocinio Guillermo c/OSEP"; Corte de Justicia (2015), "Reales, Carlos David (en representación de su hija discapacitada María del Valle Reales) c/OSEP"; y más recientemente "Bulacios, Daniel Ezequiel c/OSEP" Interlocutorio N° 149, 2017.

<sup>17</sup> Corte de Justicia de Catamarca (2017), "Perea, Daiana Mercedes c/OSEP".

Pero esta es solo una faceta del problema: la individual. Sin embargo, observamos en el derecho comparado en los ámbitos nacional e internacional, múltiples ocasiones en las que las afectaciones de carácter estructural han sido llevadas al estrado y, en colaboración con entes públicos y asociaciones civiles, se han elaborado verdaderas políticas públicas a tono con los estándares de protección.

No ocurre lo mismo a nivel local, donde pese a la existencia de normas constitucionales y las incontrastables cifras de pobreza y exclusión, las demandas no se articulan en procesos judiciales, ya sea porque no se perciben como derechos justiciables, o porque se canalizan a través de otras modalidades que apreciamos a diario (como protestas o solicitudes individuales de asistencia social).

Aparecen como claras las responsabilidades de cada uno de los tres poderes en procura de la mayor satisfacción posible de los DESC, y pendiente aún en la provincia, la oportunidad del diálogo interinstitucional constructivo de políticas sociales acordes.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- AMAYA, J. A. (2017). Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación. *Revista de Derecho Público*, 2017-I, 43-61.
- BASTERRA, M. (2013). *El proceso constitucional de amparo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BAZÁN, R. (1999). *Historia institucional de Catamarca*. Catamarca: Sarquis.
- DANA MONTAÑO, S. (1960). *Las constituciones de Catamarca*. Catamarca: Primer Congreso de Historia de Catamarca.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1991). Atribuciones de los Superiores Tribunales de Justicia. *Derecho Público Provincial*, II, 62-63.
- SALERNO, G. (2015). Amparo en la Provincia de Catamarca. En M. Basterra, *Tratado sobre Amparo en el Derecho Federal y Constitucional Provincial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.



---

# Chaco

**SERGIO PAULO PEREYRA  
Y MANUELA PÉREZ FERRO**

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo desarrolla el tratamiento de los derechos económicos sociales y culturales (en adelante DESC) en la jurisprudencia del Superior Tribunal de la Provincia del Chaco. Para ello, nos propusimos indagar sobre qué reconocimiento tienen los DESC en la Constitución Provincial (en adelante CP) revisando si son exigibles expresamente; cómo ha entendido el máximo tribunal chaqueño la judiciabilidad de estos derechos y con qué argumentos; qué contenido le ha asignado a cada uno; qué rol ha asumido ante la tensión entre la envergadura de los derechos en juego y el principio republicano de división de poderes; cómo ha concebido y desarrollado la relación interinstitucional con el Poder Ejecutivo provincial para exigir el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de DESC y qué contenido y alcance le ha asignado a la obligación del Estado de dar efectividad a estos derechos.

La Constitución del Chaco, en el artículo 14, incorporó a su texto los derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el artículo 75, inciso 22, enumerados en la Constitución Nacional (CN) y les asignó expresamente plena operatividad en sede administrativa o jurisdiccional, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. Es decir que los DESC tienen en la CP una exigibilidad y operatividad directa.

Sin embargo, la judiciabilidad de este tipo de derechos y la ejecutoriedad de las sentencias judiciales aún tiene una gran resistencia por parte del principal obligado (el Estado), de la comunidad jurídica (que aún no ha desarrollado estrategias efectivas para ello) –ya sea porque no se interponen acciones o

porque obtenidas sentencias favorables no pueden ejecutarse— e incluso del Poder Judicial que genera jurisprudencia *fluctuante* en la materia según los momentos políticos.

## 2. OBSTÁCULOS PARA LA JUDICIABILIDAD DE LOS DESC. UNA CUESTIÓN IDEOLÓGICA

Una cuestión importante, para una mejor comprensión del tema e identificar la postura del Superior Tribunal de Justicia del Chaco en esta cuestión, es analizar los argumentos con los que se ha intentado sostener la no judiciabilidad de los DESC.

Esta tesis sostiene que existe una distinción sustancial entre los derechos civiles y políticos y los DESC: los primeros generan prerrogativas a favor de los particulares y obligaciones de no hacer para el Estado; los segundos, generan obligaciones de hacer a cargo del Estado que deben necesariamente solventarse con recursos del erario público, lo que obstaculiza su judiciabilidad. Por ello, afirma esta postura, solo los primeros son exigibles judicialmente.

Sin embargo, doctrina especializada en el tema demostró que esos argumentos carecen de sustento. Se sostiene que existen obligaciones estatales que se traducen en conductas de hacer y de no hacer que son comunes a ambas categorías de derechos: pensemos, por ejemplo, que para asegurar el derecho al voto el Estado debe realizar grandes erogaciones, lo que genera obligaciones positivas a su cargo (ABRAMOVICH, 2007).

Entonces, si el argumento más fuerte de la distinción entre derechos civiles y sociales no es tan tajante y vemos que ambos tipos de derechos presentan iguales prestaciones positivas y negativas, cabría reflexionar por qué han recibido diferentes tratamientos en la jurisprudencia y la doctrina respecto de su exigibilidad. Una respuesta posible podría encontrarse en la concepción *mercantilista* de los derechos que considera *inversiones* las erogaciones que el Estado debe efectuar para garantizar derechos individuales y, en cambio, hace aparecer como *gastos* las que el Estado debe realizar para dar efectividad a los DESC porque implica quitar privilegios e igualar a sectores vulnerables.

Otro argumento utilizado como obstáculo para la justiciabilidad de los DESC es la supuesta imposibilidad del Poder Judicial de fijar pautas de cumplimiento para que el Estado los garantice.



Si bien es cierto que, en principio, los encargados de cumplir con las obligaciones contenidas en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos son los poderes políticos –que crean y diseñan políticas públicas en materia de derechos sociales– también es cierto que para ello están obligados a respetar los estándares fijados por los Organismos Internacionales de Derechos Humanos para no comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Principalmente deben asegurar la *igualdad real* en el goce de los derechos (arts. 16 y 75, incs. 19 y 23 de la CN) a través de medidas de acción positiva.

El incumplimiento de los poderes políticos, por ausencia de normas jurídicas y/o políticas públicas efectivas que promuevan, garanticen y aseguren la plena satisfacción de los DESC, genera en la sociedad una desigualdad y exclusión de determinados sectores. En estos casos, sostenemos que estas desigualdades deben ser reparadas a través de medidas de acción positiva del Poder Judicial que, por aplicación del artículo 31 CN y como poder del Estado, está obligado a dar efectividad a los pactos internacionales de derechos humanos. Por estas razones, entendemos que las *sentencias* constituyen aquellas *medidas de otro carácter* a las que se refiere el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) para hacer efectivos los derechos allí consagrados.

En este orden de ideas, en el ámbito genérico de las medidas de acción positiva del artículo 75, inciso 23 CN, y en un esquema jurídico en el que no puede ignorarse el torrente axiológico que brinda el imperativo del preámbulo de *afianzar la justicia*, quedan vinculadas las sentencias judiciales como garantía de observancia de la Constitución Nacional y su reaseguro (BAZÁN, 2005).

La Constitución de la provincia del Chaco (art. 14) y en gran medida la jurisprudencia del Superior Tribunal de la Provincia sigue esta línea respecto de la operatividad de los DESC y el rol del Poder Judicial, pues en las decisiones judiciales revisadas, se evidencia una *conciencia* del máximo tribunal en relación a la función del Poder Judicial como parte del Estado y también obligado a dar efectividad a las normas establecidas en los pactos internacionales de derechos humanos. En este sentido, en reiterados casos se definió como garante de la exigibilidad y efectividad de estos derechos.

Sin embargo, esa postura ha tenido sus avances y retrocesos y ha adquirido distinta intensidad y forma según el derecho económico, social y cultural de que se trate.

Pudimos observar que el derecho más judicializado, en realidad sobre el que más se expidió el máximo tribunal del Chaco, fue el derecho a la salud y el menos judicializado, el derecho a la vivienda.

Un dato llamativo es que no encontramos jurisprudencia provincial en relación al derecho a la educación, lo que podría tener su causa en que por algún motivo no se han interpuesto acciones en protección de ese derecho, o que interpuestas, no han llegado a la instancia extraordinaria. No obstante ello, en la mayoría de los casos, el Superior Tribunal asumió un rol activo y de garante de esos derechos a través de diversos tipos de sentencias que analizan\_a continuación.

### **3. MODALIDADES DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE DESC**

Podríamos decir que los tribunales que intervienen sobre políticas en materia de DESC lo hacen con diversos grados de intensidad (ABRAMOVICH, 2005; 2006).

I. Un primer grado de intervención se da en aquellos casos en los que las autoridades judiciales ordenan implementar o ejecutar una política o un programa previamente delineado por el legislador o la autoridad competente. En estos casos los jueces confrontan hechos con normas, dentro del marco de intervención previsto legalmente. No emiten juicios de valor sobre la política o medida. Solo ordenan su ejecución luego de verificar el incumplimiento de lo ya establecido.

Este primer tipo de intervención se ve en sentencias como las dictadas en los casos: “Borgoni, Sandra por sí y en representación de su hijo menor Romaniuk, Lucas Genaro c/ Femechaco Salud s/ Acción de Amparo”, Expte. N° 72548/12, Sentencia N° 210 de fecha 23/09/2012 de la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia del Chaco; “Asociación Comunitaria Aborigen Chaco s/ Acción Autónoma de Nulidad en autos: Gersel Antonio Ceferino c/ Provincia Del Chaco s/ Demanda Contencioso Administrativa, Expte. N° 33.047/91 y su Acumulado Expte. N° 33.153/91” Expte. N° 46.581/99; “Leiva, Epifanio s/ Acción de Amparo (Legajo De Apelaciones)”,

N° 943/12-6-F, año 2013, Sentencia N° 141 de fecha 19/06/2014 de la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia del Chaco; “Leiva, José Eleuterio; Leiva, Hugo Alberto; Leiva, Valentina Beatriz y Leiva, Alicia Rosana s/ Acción de Amparo”, Expte. N° I2098112-2-C, año 2013, Sentencia N° 265 de fecha 03/11/2014 de la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

II. Un segundo modelo de intervención consiste en el examen o control por parte de los tribunales sobre la compatibilidad de la política pública o medida con ciertos estándares legales –como por ejemplo razonabilidad, progresividad y no regresividad, no discriminación, transparencia– o con el contenido mismo de los derechos en juego. Si entiende que la política o medida no satisface los estándares relevantes en el caso o el contenido del derecho afectado, la remite a los poderes políticos para su reformulación, a veces brindando pautas relativamente precisas, a veces formulando guías de carácter general. La remisión puede ser efectuada al Poder Legislativo y/o al poder administrador, dependiendo de si la falla proviene del diseño legislativo, administrativo, o de ambos. El juez, o bien define el marco dentro del cual los poderes políticos deben ofrecer una respuesta a la situación denunciada, o bien avanza en la definición misma de los contenidos de la política.

Este es el criterio de intervención asumido por el Superior Tribunal en los casos: “García Juan Ernesto c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos (In. S. S. Se. P.) s/ Acción de Amparo”, Expte. N° 11309/06, Sentencia N° 128 de fecha 10/06/2016 del Superior Tribunal de Justicia del Chaco; “A.L.A., A.M.M., A.B.L., A.J.L. y S.J.M. s/ Acción de Amparo (Legajo de Apelaciones)”, Expte. N° 918-15-6-F, año 2017 del 29/06/2017 dictada por la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco.

III. Un tercer nivel de intervención judicial supone una acción todavía más activa. Los tribunales corrigen la ausencia de una ley o programa y frente a obligaciones positivas de los Estados los jueces ordenan la adopción de medidas. Los tribunales corrigen la inacción de los poderes políticos. Alternativamente definen la política o medida a ser adoptada (aunque los detalles de su ejecución son generalmente librados a la discreción de la autoridad

administrativa) o derivan la identificación de la solución del conflicto a un proceso de negociación entre las partes afectadas.

Este también es el tipo de intervención que se identifica en el caso “A.L.A., A.M.M., A.B.L., A.J.L. y S.J.M. s/ Acción de Amparo (Legajo de Apelaciones)”, Expte. N° 918-15-6-F, año 2017 del 29/06/2017 dictada por la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco.

IV. Puede pensarse un cuarto tipo de intervención judicial, que se limite a declarar que la omisión del Estado es ilegítima sin disponer medida alguna de reparación. Aun en estos casos es de gran valor que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de DESC.

#### **4. FALLOS RELEVANTES DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL CHACO EN MATERIA DE DESC**

Seguidamente comentaremos los casos relevantes en materia de DESC sobre los que se ha expedido el Superior Tribunal del Chaco, detallando los argumentos de las partes y los del Tribunal como fundamento de su decisión.

##### **4.1. *Derecho a la salud: artículo 36 de la Constitución Provincial***

4.1.1. “Borgoni, Sandra por sí y en representación de su hijo menor Romaniuk, Lucas Genaro c/ Femechaco Salud c/ Acción de Amparo”, Expte. N° 72548/12, Sentencia N° 210 de fecha 23/09/2012 de la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

*Hechos:* la actora, una mujer asociada a la Caja Forense del Chaco que tenía convenio con la Federación Médica del Chaco (Femechaco) para cobertura de salud de los socios, incluyó como adherente a su hijo por quien abonaba mensualmente la cuota de manera directa a esa prestadora de servicio de medicina prepaga. El niño estaba haciendo un tratamiento que no podía cortar por un problema grave de salud. Femechaco rescindió el contrato con la Caja Forense del Chaco y cortó la prestación de salud a la actora y a su hijo. Ante esta situación, la actora interpuso acción de amparo para la restitución

de la afiliación para ella y su hijo menor contra la empresa prestataria de salud y la continuación del tratamiento médico del niño.

Femechaco rechazó la demanda aduciendo que el contrato era con la Caja Forense del Chaco, por lo tanto, era la fuente del derecho de la actora y su hijo y que al rescindirse dicho contrato no correspondía seguir prestando la cobertura a los afiliados de esa institución. También adujo que la Caja Forense había contratado a otra prestataria de salud para la cobertura de sus socios.

Primera instancia hizo lugar al amparo y esa sentencia fue confirmada por la Cámara.

La demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad invocando violación a su derecho de propiedad y a la libertad contractual.

*Decisión del Superior Tribunal:* el recurso de inconstitucionalidad fue rechazado argumentando que cuando en una relación contractual los fines perseguidos por las partes son, por el adherente, la protección integral de su salud y, por la predisponente, el fin mercantil de lucro, en principio, la fuente de la obligación es el contrato y por lo tanto la naturaleza jurídica del vínculo es contractual. Sin embargo, cuando se halla comprometida gravemente la salud de la adherente, la fuente de la obligación y la naturaleza jurídica del vínculo surge de la Constitución Nacional, la Constitución Provincial y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En consecuencia, según los fundamentos del fallo, podría afirmarse que, para el Superior Tribunal, los principios sectoriales de la materia contractual de autonomía de la voluntad y libertad para contratar, ceden ante la envergadura de los derechos en juego. Para ello, los jueces deben ponderar tres aspectos: la situación objetiva judicializada, las constancias del expediente y las disposiciones en juego.

La decisión comentada, también establece pautas normativas a tener en cuenta para interpretar las relaciones contractuales en materia de salud cuando se trata de menores de edad, las cuales deben realizarse a la luz de las directivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentadas en el caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” (en adelante “caso Q”). En tal sentido dispone que deberá tenerse en cuenta a tales efectos el nivel de satisfacción de ese derecho según las pautas establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), es decir, que asegure la dignidad, la autonomía y la participación activa del niño en la comunidad.

También sienta pautas amplias relativas a la legitimación para reclamar la protección del derecho a la salud de las personas menores de edad y establece que la carga de la prueba respecto de la no afectación del derecho corresponde a la prestataria de salud.

En consecuencia, es un fallo de gran contenido protectorio del derecho a la salud por parte del Poder Judicial, que pondera el derecho a la salud integral por sobre los derechos de la empresa.

4.1.2. “Maciel Nélide Dolores c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos (In. S. S. Se. P.) c/ Acción de Amparo”, Expte. N° 72179/11, Sentencia N° 173 de fecha 21/05/2013 de la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

*Hechos:* la actora, afiliada de la obra social In. S. S. Se. P., organismo provincial del Chaco, interpuso acción de amparo a fin de que esa obra social incluyera la enfermedad que padecía dentro del Fondo de Alta Complejidad (en adelante el FAC) a fin de solventar los gastos de su tratamiento. Adujo que la prestación básica de la obra social no le cubría el tratamiento y que, de no contar con esa cobertura, le sería imposible su recuperación.

La obra social rechazó la inclusión invocando las leyes provinciales N° 3525 y 4044, así como las resoluciones N° 2341/98 y N° 2283/04 del In. S. S. Se. P., que le daban al organismo discrecionalidad para las inclusiones de enfermedades en el FAC. Sostuvo también, que incluir a la actora provocaría un desequilibrio económico a la institución que tendría que contener, también, a todos los afiliados que padezcan la misma enfermedad.

Primera instancia rechazó el amparo y la Cámara de Apelaciones confirmó la Sentencia. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad aduciendo que la sentencia de Cámara era extremadamente formalista en la interpretación del derecho a la salud y su implicancia en el sistema de la obra social, priorizaba un principio económico y desoía la situación fáctica de la actora.

*Decisión del Superior Tribunal de Justicia:* el Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad y confirmó la Sentencia de Cámara. Esta decisión significó un retroceso en materia de protección de la salud en relación a lo sostenido por la misma Sala en el caso anteriormente analizado, y también en relación a las pautas en materia probatoria establecidas por la CSJN en el “caso Q” para brindar respuestas jurídicas justas y adecuadas a los estándares internacionales en materia de DESC.

Los argumentos esgrimidos en el fallo son dogmáticos, fundados en el desconocimiento de datos relevantes para la decisión, como ser el tipo y la habitualidad del tratamiento requerido o el criterio científico que recomendarían la inclusión de la enfermedad que padecía la actora en el FAC, incluso de las consecuencias económicas que podría acarrear a la obra social esa inclusión. Tampoco surge con claridad del fallo si el desconocimiento de tales datos se debió a la ausencia de prueba o la insuficiencia o falta de claridad de la misma. Sobre estas cuestiones el Tribunal solo alude no tener “base cierta” para cuestionarlas por parte de la judicatura.

Entendemos que en el caso planteado, dada la naturaleza del derecho en juego, el Tribunal tenía facultades para dictar medidas para mejor proveer a fin de indagar sobre las cuestiones que consideraba poco claras, pues ello respondía a la necesidad de dictar una sentencia justa y una protección al derecho de la amparista. Solamente luego de conocer los hechos puede dictarse una sentencia justa, sin embargo entendemos que, llamativamente, el Tribunal renunció a la verdad ya que no se propuso conocer acabadamente hechos relevantes para la decisión, y asumió una postura *pasiva*, en contraposición al *activismo* que venía desplegando a través de su jurisprudencia.

En este sentido, resulta llamativo que no se mencione en la sentencia el tipo de enfermedad que padecía la actora, invisibilizando una cuestión de hecho esencial a tener en cuenta para la justicia de la respuesta del caso. Tampoco se analizó la situación económica y social de la actora, pero sí se estudió la situación y los efectos económicos que la decisión podría tener en relación a la demandada.

El fallo utilizó prácticamente los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en el “caso Q”, que la CSJN desestimó como argumentos válidos en materia de DESC.

El Máximo Tribunal del Chaco rechazó el recurso de inconstitucionalidad con un argumento económico: la posibilidad de que la inclusión de la enfermedad en el FAC pueda generar algún perjuicio financiero a la obra social. Sin embargo, no reparó en que la prueba de la afectación financiera estaba a cargo de la demandada y debía ser certera conforme los lineamientos del “caso Q” referido en el cual la CSJN estableció la inversión de la carga de la prueba en materia de DESC y dispuso que es el Estado quien debe acreditar, en el caso concreto, que ha utilizado el máximo de los recursos disponibles para brindar una solución adecuada.

La fuente del derecho invocada en la sentencia es netamente legal y no constitucional o convencional como en el caso anterior comentado. Es decir, hay una sinonimia entre derecho y ley, propia del iuspositivismo. De esta manera aplica mecánicamente las leyes provinciales N° 3525 y 4044, así como las resoluciones N° 2341/98 y N° 2283/04 del In. S. S. Se. P., sin analizar mínimamente la razonabilidad de esa normativa en relación con el caso concreto.

Asimismo, invoca el principio de igualdad en su sentido formal, aduciendo que de prosperar el amparo se estaría beneficiando a la amparista por sobre otras personas con otras necesidades que tampoco menciona. Con lo cual no busca en el principio de igualdad la mejor respuesta correcta para el caso concreto, sino que interpreta ese principio para denegar un derecho.

4.1.3. “García Juan Ernesto c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos (In. S. S. Se. P.) s/ Acción de Amparo”, Expte. N° 11309/06, Sentencia N° 128 de fecha 10/06/2016 del Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

*Hechos:* el padre de un niño con discapacidad promovió acción de amparo contra el IN. S. S. SE. P. demandando la íntegra y total cobertura de prestaciones médico asistenciales para su hijo, tales como la aplicación de botox, kinesiología, hidroterapia y traslado desde su domicilio hasta el establecimiento educacional.

La jueza de primera instancia acogió favorablemente el amparo, y la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Resistencia confirmó el fallo. La demandada interpuso recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra la sentencia agravándose por arbitrariedad de sentencia y lesión grave e irreparable a su derecho de defensa en juicio, debido proceso legal, derecho de propiedad, principio de razonabilidad y supremacía constitucional. Adujo que el Poder Judicial avanzó sobre cuestiones privativas de la administración central y que dispuso de fondos que pertenecen al conjunto de los afiliados. Además afirmó que para hacer lugar al reclamo del amparista se utilizaron argumentos extrajurídicos apelando a valores que exceden el contenido de la normativa vigente.

*Decisión del Superior Tribunal:* no obstante considerar que el recurso no cumplía con los requisitos formales de admisibilidad, por la relevancia de los derechos en juego se avocó al análisis de los agravios de la recurrente. En esta circunstancia, sumada a se expidió de manera unánime con todos sus



miembros, podría entenderse que en este caso y con relación a este derecho, el Tribunal quiso sentar un precedente.

En efecto, confirmó la sentencia de Cámara argumentando que fue una decisión correcta, producto de la apreciación de las pruebas y la situación de hecho de la amparista a la luz del marco regulatorio aplicable y la ponderación de los derechos en juego. El sistema de fuentes de derechos que citó el fallo para brindar la solución al caso es amplio: Derecho a la Salud, Constitución Nacional (art. 33), Constitución Provincial (arts 4 y 5), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley Provincial N° 4044, Ley Provincial N° 5080 y Ley Nacional N° 22341. Utilizó también como fuente de la obligación del Estado no solo las convenciones y tratados sobre derechos humanos, sino también el alcance y contenido otorgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) en sus sentencias.

La visión del derecho que tiene el Tribunal en este caso es claramente no positivista, porque encuentra la respuesta jurídica mediante el análisis de razonabilidad de la legislación infra constitucional invocada por la recurrente a la luz de la Constitución, las obligaciones asumidas por el Estado al suscribir los tratados y convenciones sobre derechos humanos, y el contenido y alcance de los derechos humanos y las obligaciones de los Estados que les ha dado la Corte IDH en sus sentencias.

En relación al contenido que le asigna al derecho a la salud es integral y progresivo, de manera tal que el sujeto afectado pueda desarrollarse física, psíquica, educacional, emocional y culturalmente en la mayor medida posible.

En cuanto a la exigibilidad o judiciabilidad del derecho en juego, la sentencia concibe al Poder Judicial como el garante del pleno ejercicio y goce del derecho a la salud y establece que la función jurisdiccional es la de generar acciones positivas que eliminen los obstáculos para su ejercicio y goce. Es decir que en relación al derecho a la salud, comprendido dentro del derecho a la vida, la judiciabilidad es directa ante el Poder Judicial que se asume, acertadamente, como el garante de su efectivización mediante acciones positivas y flexibilizando las formas para evitar su frustración.

Asimismo, el contenido de la obligación estatal de garantizar el ejercicio y goce de este derecho es sumamente amplio y, en última instancia, el Estado es siempre el obligado directo de garantizarlo reiterando el criterio de casos anteriores (Sentencia N° 19/10 “Centurión Enrique y otra c/ IN. S. S. Se. P. s/ amparo” Expte. N° 67.364/09). En este sentido, haciendo suyos

los fundamentos de la Corte IDH en el caso “Ximenes Lopes VS. Brasil”, del 04/07/2016, delimitó el alcance de la obligación estatal como la de prevenir que terceros interfirieran indebidamente en el goce del derecho a la vida y a la integridad personal del sujeto, la de regular y fiscalizar toda asistencia en salud prestada bajo su jurisdicción independientemente de si los servicios son brindados por entidades de carácter público o privado y la de adecuar el marco normativo a los estándares de derechos humanos adoptando medidas de acción positivas a tal fin.

#### **4.2. Derecho a la vivienda**

Este derecho no tiene protección autónoma en la Constitución de la Provincia, sino como un aspecto dentro del derecho a la familia del artículo 35. Sin embargo, el artículo 14 incorporó en la Constitución, dándolos por reproducidos, los *derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el artículo 75, inciso 22, enumerados en la Constitución Nacional* entre los que se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC). Por ello, a través de este artículo 14, el derecho a la vivienda está protegido y consagrado en la Constitución provincial como derecho autónomo.

El único caso en el cual el Superior Tribunal de Justicia del Chaco se ha expedido directamente sobre este derecho es “A.L.A., A.M.M., A.B.L., A.J.L. y S.J.M. s/ Acción de Amparo (Legajo de Apelaciones)”, Expte. N° 918-15-6-F, del 29/06/2017, resuelto por la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco.

*Hechos:* la Asesora de Menores de Edad de la VI Circunscripción Judicial de la Provincia del Chaco promovió acción de amparo contra la provincia a fin de que se le ordenara cesar en su omisión de brindar asistencia a una madre y sus hijos menores de edad en situación de vulnerabilidad social extrema. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y tras la apelación de la demandada, la Cámara declaró desierto el recurso interpuesto y confirmó la sentencia. La demandada interpuso recurso extraordinario de inconstitucionalidad alegando que la acción de amparo no era la vía para la pretensión perseguida, que la provincia ya había tomado intervención satisfaciendo las necesidades del grupo familiar y, por lo tanto, la cuestión debió declararse abstracta.

Si bien este es el único caso –por lo menos según los resultados de la búsqueda realizada– en el que el Superior Tribunal del Chaco se expidió sobre el derecho a la vivienda, esa decisión sentó un precedente importantísimo en materia de judiciabilidad y contenido de este tipo de derechos –que no ha tenido mayor receptividad y desarrollo en la jurisprudencia nacional más allá del “caso” de la CSJN–.

A nuestro criterio, esta sentencia del Superior Tribunal del Chaco otorgó una mayor tutela al derecho en cuestión que la dada en el “caso Q” de la CSJN. En efecto, si bien la CSJN abundó en fundamentos filosófico-jurídicos sobre el contenido amplio del derecho a la vivienda y el umbral mínimo de protección por parte del Estado, en relación a la judiciabilidad del derecho fue sumamente restrictivo, pues el sustento fáctico del precedente –que afectaría el umbral mínimo de satisfacción del derecho por parte del Estado y habilitaría su exigibilidad judicial– es sumamente específico y de tal gravedad que, en su aplicación a otras situaciones, dejaría fuera de la protección judicial a un sector social sumamente vulnerable pero que no se encuentra en situación tan extrema. En consecuencia, podemos sostener que el contenido del derecho a la vivienda según “Q” es amplio, pero su judiciabilidad restringida a casos extremos de grave afectación a la dignidad humana.

Sin embargo, en el fallo en análisis, el Superior Tribunal del Chaco, amplió los supuestos de hecho en los cuales el derecho a la vivienda puede ser exigido judicialmente al Estado y, además, dio pautas claras respecto de la vía idónea.

El Tribunal entendió que la acción de amparo era la vía idónea para hacer operativo el derecho de acceso a la jurisdicción y reclamar al Estado la satisfacción del derecho a la vivienda. Para ello sostuvo que la existencia de expedientes o reclamos administrativos en trámite –en el caso, un expediente de protección integral iniciado con anterioridad– no eran obstáculo para la interposición de ese proceso especial de rango constitucional, cuando de la prueba surgía que la asistencia brindada por el Estado no había tenido continuidad y había resultado insuficiente para lograr el restablecimiento de los derechos reclamados.

No obstante ello, hay que señalar que el fallo no es claro en relación a la carga de la prueba, es decir, a si la carga de probar la pertinencia y continuidad de la intervención estatal era del Estado, o si quien debía probar la ineficacia era la amparista. Es decir, no surge del fallo en qué parte recaería

la carga de probar la idoneidad o inidoneidad de la vía del amparo para el reclamo del derecho en cuestión.

Asimismo, de la sentencia se pueden extraer pautas para analizar la pertinencia de la intervención estatal. En este sentido, sostuvo el Tribunal que el otorgamiento de módulos alimentarios, colchones, frazadas y gestión de turnos médicos no resultaron adecuados para la atención de problemáticas habitacionales y vulnerabilidad social y constituyeron solo una “respuesta” parcial del Estado frente a la situación de grave vulnerabilidad. Es decir, no resultaron medidas pertinentes y adecuadas para alegar el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales en materia de DESC – específicamente en este caso, del derecho a la vivienda digna–.

También, como pauta para analizar la razonabilidad, pertinencia e idoneidad de la intervención estatal sostiene que los casos de vulnerabilidad social deben abordarse desde una mirada e intervención estatal que tenga en cuenta la complejidad de este tipo de situaciones y que esa intervención debe ser monitoreada y sostenida en el tiempo hasta lograr la superación de ese estado de vulnerabilidad.

Es interesante la concepción sobre la pobreza como una cuestión *compleja* que debe ser tratada también de manera *compleja*, lo cual pone en evidencia la postura filosófica que sustenta el fallo en relación a las implicancias de la vulnerabilidad social, las que deben ser abordadas desde una intervención multidimensional. Esta es una concepción similar a la sostenida por algunos filósofos, que definen la pobreza como ausencia de capacidades y no solo de recursos económicos (SEN, 2000).

El sistema de fuentes aplicado a la solución del caso tiene un fuerte apoyo en la legislación en materia de niñez: Convención de los Derechos del Niño, Ley N° 26061 a nivel nacional y Ley N° 2086C (antes 7162) a nivel provincial.

En el plano normativo, en los principios y estándares establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos en resguardo de las personas menores de edad y en los aportes doctrinarios en materia de niñez, es donde el Tribunal encuentra la respuesta jurídica autoritativa en relación a las siguientes cuestiones: contenido de la obligación del Estado en materia de DESC, políticas públicas adecuadas, rol del Poder Judicial y su relación con el Poder Ejecutivo en relación a estos derechos, y la legitimación para exigir judicialmente al Estado la satisfacción del derecho a la vivienda cuando la vulnerabilidad social, económica y habitacional afecta a personas menores de edad.

En este caso, el Tribunal asumió el rol activo de garante de derechos ante la omisión del Estado de asegurar su satisfacción disponiendo incluso que la jueza de primera instancia realizara un seguimiento del cumplimiento de la sentencia.

**4.3. Derecho de acceso a la justicia para la protección de derechos indígenas y protección de la propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupan**

4.3.1 “Leiva, Epifanio S/ Acción de Amparo (Legajo De Apelaciones)”, N° 943/12-6-F, año 2013, Sentencia N° 141 de fecha 19/06/2014 de la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

*Hechos:* el Sr. Epifanio Leiva, en calidad de miembro de la comunidad Qom, promovió acción de amparo a fin de que se proceda a restituir la propiedad y posesión comunitaria indígena de la parcela N° 88 del Departamento General Güemes; tierras comunitarias que fueron ocupadas en virtud de un boleto de compraventa celebrado entre particulares con firmas certificadas por el Juez de Paz de Miraflores.

La jueza de primera instancia resolvió ordenar que el comprador de las tierras restituya el inmueble ubicado en el Lote N° 88 de la localidad de Miraflores, declarado reserva aborígen conforme el Decreto-Ley N° 1051/79. También dispuso que el Estado provincial cumpla con la obligación y el deber de respetar la reserva, procurando la no intervención y/o usurpación de personas ajenas a la comunidad. La sentencia fue apelada por los demandados y confirmada por la Cámara de Apelaciones. Contra esa sentencia el vendedor del inmueble y el Estado provincial interpusieron recursos de inconstitucionalidad.

*Decisión del Superior Tribunal:* el Tribunal rechazó los recursos interpuestos mediante argumentos normativos y de jurisprudencia de la CSJN y de la Corte IDH. Sostuvo que la protección de la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupó la comunidad demandante surgía expresamente de los artículos 75, incisos 17 y 22 de la Constitución Nacional, del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del Convenio sobre la Diversidad Biológica y, específicamente, del artículo 37 de la Constitución Provincial, que reconoce la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan los aborígenes y aquellas

otorgadas en reserva, las que declara con carácter de inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros.

En razón de esa protección jurídica, el Superior Tribunal sostuvo que el Poder Judicial era el garante de la eficacia de esos derechos. Por lo tanto, adujo que ante su afectación por alguna medida o acto de particulares, grupos económicos o del propio Estado Nacional o Provincial el Poder Judicial debe *buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento.*

Aclaró –entendemos que acertadamente–, a modo de mantener el respeto y el diálogo interinstitucional entre los distintos poderes del Estado, que la exhortación hecha por parte del Poder Judicial al Poder Ejecutivo a que garantice la no intervención y/o usurpación de terrenos por parte de personas ajenas a la comunidad, no constituía una intromisión indebida, pues el objetivo fundamental del Poder Judicial como poder del Estado, a la hora de administrar justicia, es tutelar derechos o suplir omisiones en la medida que existan derechos y garantías lesionados.

Asimismo, señaló que la responsabilidad del Estado provincial en relación a la tutela efectiva de los derechos de las comunidades indígenas respecto de sus tierras fue resuelta por la CSJN en la causa “Comunidad indígena Toba La Primavera - Navogoh c/ Formosa, Provincia de y otros s/ medida cautelar” (C. 528. XLVII, del 2/2013) y C.S., 18/09/2007, en el caso “Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional y otro”.

4.3.2. Con similares argumentos se expidió el Superior Tribunal en el caso “Leiva, José Eleuterio; Leiva, Hugo Alberto; Leiva, Valentina Beatriz y Leiva, Alicia Rosana s/ Acción de Amparo”, Expte. N° I2098112-2-C, año 2013, Sentencia N° 265 de fecha 03/11/2014.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Sin perjuicio de las críticas específicas realizadas, el Superior Tribunal del Chaco tiene una postura garantista respecto de los DESC y, en general, asume un rol activo y protectorio, pero también razonable, brindando una protección adecuada en avanzar por sobre las facultades de los otros poderes.

En función de ello, podemos afirmar que la cuestión de la judiciabilidad de los DESC es un asunto zanjado en su favor.

Finalmente, entendemos que el precedente “Q” es un parámetro utilizado por parte del Superior Tribunal del Chaco para la interpretación de los DESC y la modalidad y alcance de la intervención en esta materia, tanto del Poder Judicial como del Poder Administrador. Sin embargo, a través de sus fallos ha avanzado y superado la concepción del precedente mencionado en cuanto al contenido de los DESC y alcance de las obligaciones del Estado para garantizarlos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. (2005). Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2(2), 194-232.
- (2006). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. En H. BIRGIN Y B. KOHEN, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas* (pp. 59-82). Buenos Aires: Biblos.
- (2007). Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y control de las políticas sociales. En V. ABRAMOVICH, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local – La experiencia de una década* (pp. 217-252). Buenos Aires: Del Puerto/CELS.
- BAZÁN, V. (2005). Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, II, 547-584.
- SEN, A. K. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Buenos Aires: Planeta.
- TUSHNET, M. (2004). Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review. *Texas Law Review*, 1895, 1898-912.





---

# Chubut

**MARIELA A. GONZÁLEZ DE VICEL**

## 1. INTRODUCCIÓN Y MARCO LEGAL

En tiempos en que como sociedad somos espectadores sorprendidos de eslóganes con pretensiones de utopías que, a la postre, solo importan retrocesos de grandes conquistas,<sup>1</sup> nos sentimos en la obligación de atestiguar que, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, vive y reina el principio de incertidumbre.

Esta afirmación equivale a señalar que el Estado de Derecho que emergía de la tensión entre los distintos sectores sociales y muchas veces debía ser dirimido judicialmente, está en período de revisión y readecuación, y pareciera que el camino es el del retroceso en términos de Derechos Humanos.<sup>2</sup>

En ese peculiar contexto, intentaremos cumplir con la encomienda de relevar el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales (en adelante DESC) en la Constitución de la provincia de Chubut, su exigibilidad y el funcionamiento de la jurisprudencia local en esa área, en particular lo que hace al control –o no– del margen de discrecionalidad del que gozan los poderes administradores.

1 Entre otras políticas macro económicas de impacto directo en los sectores vulnerables del último período, englobadas en la ambigüedad del término “cambio” podemos señalar: a) recortes presupuestarios para la ciencia, la tecnología, y la investigación, b) desarticulación de programas destinados a la violencia de género, las personas con discapacidad, la salud sexual y reproductiva, c) arremetida exitosa por vía de la presión fiscal a las provincias para la reforma del sistema previsional, etc.

2 Puede catalogarse como mínimo de inquietante en términos de vigencia del derecho convencional de los tratados de derechos humanos, el contenido de la sentencia dictada por la CSJN en fecha 3/05/2017 en el trámite 1574/2014/RHI autos: “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario”, conocido como “el fallo del dos por uno”.

Colocando el énfasis en el acceso a los derechos a la vivienda, la salud y la educación y acotando que la obligación de los Estados de proporcionar su satisfacción en relación a cualquier habitante del país se concreta progresivamente, a partir de la elaboración y puesta en práctica eficiente de programas y condiciones de acceso, dentro de las posibilidades que las capacidades económicas les permitan, con más la pauta convencional de aprovechamiento máximo de sus recursos disponibles –para lo cual se exige la demostración del avance en las políticas públicas destinadas a garantizarlos– se exhibirá el panorama de la jurisprudencia provincial en la materia. En particular en cuanto a si su implementación tiene carácter operativo directo o derivado. En este tópico, y si bien la compulsa de las sentencias de la máxima instancia judicial no fue fructífera en lo tocante a fallos relacionados con el derecho a la vivienda digna, cabe señalar que cuando el Superior Tribunal de Justicia se refirió a temas vinculados con los derechos humanos fue contundente, juzgando que: “Es sabido que en materia de derechos humanos, existe un ordenamiento supranacional y supraconstitucional que es operativo. Estos derechos deben cumplirse y aplicarse en forma inmediata” (STJCH, SD N° 03/SRE/2010) postura que reiteró en la sentencia 13/2014 en el caso “M., J. L. s/Incapacidad” del 29 de septiembre de 2014.

La Constitución de la Provincia de Chubut contiene en su primera parte una serie de declaraciones, derechos y garantías, que reconocen un conjunto de deberes y políticas de Estado, siendo de interés destacar que el artículo 9 hace referencia a los derechos fundamentales y establece con claridad que el Estado se autolimita frente a los derechos naturales del individuo, que le corresponden al hombre por su propia condición humana.<sup>3</sup> Además consagra una cláusula bisagra en su artículo 10, que procura evitar la aplicación de leyes, decretos u ordenanzas que impongan restricciones al ejercicio de las libertades o los derechos, o prive de las garantías reconocidas, fulminándolas de nulidad y disponiendo expresamente que no pueden ser utilizadas por los jueces. Luego –en el art. 18– establece un catálogo de derechos que enumera, con independencia de los reconocidos en la Constitución Nacional. A

3 Derechos Fundamentales. Artículo 9.- Los derechos y garantías consagradas por esta Constitución no serán alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. El derecho es el fundamento del Estado y éste se autolimita frente a los derechos naturales del individuo y de las sociedades no estadales, anteriores al Estado mismo y que corresponden al hombre por su propia condición humana.

su vez, dispone expresamente en el artículo siguiente que no se trata de una enumeración taxativa sino que en el derecho provincial existe la posibilidad de obtener el reconocimiento de la concreción de todo otro derecho que le corresponde a la persona humana en su calidad de tal y como integrante de formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, a la par que enumera los valores constitucionales de solidaridad política, económica y social.

En lo que atañe al tema que motiva este trabajo, señalamos que la cláusula constitucional alojada en el artículo 21 establece categóricamente la operatividad de los derechos y las garantías, salvo que la reglamentación resulte indispensable, aunque dejando a salvo una consideración que resulta primordial en materia de DESC: que en todos los casos debe respetarse el contenido esencial del derecho. Esto significa que en el derecho provincial existe un piso mínimo “debiendo los jueces arbitrar en cada caso los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de trámite sumario”.<sup>4</sup> Dicha operatividad reclama de una interpretación razonable que considere las prioridades del Estado y su disponibilidad económica, debiendo interpretarse la tensión entre derechos de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales ratificados por la Nación Argentina, y los jueces adoptar los recaudos y medidas tendientes a la preservación de los derechos –art. 22 CPCh–, lo que se traduce en un reforzamiento del cumplimiento de ese deber de cobertura mínimo para que el derecho de que se trate no quede reducido a una expresión de deseos.

En el Capítulo II de la porción reservada a los derechos, el constituyente de 1994 reconoció dentro de los derechos sociales los que corresponden al trabajador, a la familia, la mujer, la niñez, la juventud, la ancianidad, los discapacitados –arts. 23 a 30– y también reservó un artículo para el desarrollo pleno de las personas con capacidades o talentos de notorio nivel. Contempla, en definitiva, a los grupos o categorías vulnerables, enumerando dentro de estos

4 Operatividad- Reglamentación. Artículo 21.- Los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por esta Constitución se consideran operativos salvo cuando resulte imprescindible reglamentación legal a los efectos de su aplicación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales, debiendo los jueces arbitrar en cada caso los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de trámite sumario. Los derechos sociales y principios de políticas del Estado reconocidos y establecidos por esta Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos. Sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción conforme las leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas.

a los indígenas, los usuarios y consumidores, las víctimas, los veteranos de guerra, y reconociendo prerrogativas de asociación y respaldo constitucional a las asociaciones intermedias y colegios profesionales.

En otra porción del articulado, dentro de la categorización de políticas del Estado, la Constitución provincial se refiere al régimen social y allí reconoce al trabajo como factor de promoción individual, familiar y social, asegurando la protección efectiva de los trabajadores –art. 71–; a la salud como un bien social a ser garantizado y a los recursos que se afecten a esa área como una inversión social –arts. 72 y 73– disponiendo expresamente que se destinan al desarrollo humano entendido como logro de un nivel de vida ascendente y a la salud como condición necesaria en la búsqueda del máximo bienestar.

Dentro de este apartado, la norma constitucional destina al derecho de acceso a la vivienda digna un reconocimiento expreso, y determina que se incluyen en su definición los servicios sociales y públicos, la integración con el entorno natural y cultural y el resguardo a la privacidad, explicitando el deber estatal de fijar pautas de acceso equitativas y dotando de prioridad de acceso a ese bien a las personas de menores recursos.<sup>5</sup> Es notoria la relevancia de esta cláusula constitucional, que debe ser interpretada y aplicada en forma armonizada con las garantías enumeradas en la primera parte, pero también con otras reglas, como la alojada en el artículo 100, que reconoce expresamente la función social de la tierra.

La Constitución chubutense no se agota en estas normas. Enumera también los derechos culturales y el acceso a la educación y a la participación de los bienes derivados de ambos, constituyendo un compendio autosuficiente en materia de DESC, sin perjuicio de que las cláusulas ya referidas admiten específicamente la ampliación en función de la posibilidad de que existan algunos no reconocidos expresamente.

5 Vivienda. Artículo 77.- El Estado propende a que toda persona acceda a una vivienda digna, para sí o su familia, que incluye servicios sociales y públicos e integración con el entorno natural y cultural, quedando resguardada su privación. En sus previsiones el Estado contempla planes habitacionales, individuales y colectivos, en función del progreso tecnológico y de la evolución social. La política respectiva provee el ordenamiento territorial con miras al uso racional del suelo, al interés público y a las características de las diversas comunidades. El acceso a la vivienda propia se promueve en todo el ámbito de la Provincia, sobre la base de la equidad y mediante regímenes adecuados a los distintos casos, con prioritaria consideración a los de menores recurso.

Finalmente, mencionamos que la provincia de Chubut cuenta, en el ámbito de la Defensa Pública, con áreas específicas dedicadas a los DESC distribuidas en las distintas circunscripciones judiciales y a cargo de magistrados seleccionados a ese efecto por el Consejo de la Magistratura. El rol y la competencia de los Defensores Públicos con especialización en DESC o Derecho Indígena se rige por los artículos 194 y 196 de la Constitución Provincial, 1, 9, 10 y 13 de la Ley V- N° 90 (texto conforme ley V-N° 139), “Las 100 Reglas de Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, promovidas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia en 2008, el Acuerdo Plenario 3872/10, y las instrucciones generales emanadas del Defensor General de la provincia. Las labores que desarrollan estos magistrados son preponderantemente extrajudiciales, en especial en la faz administrativa, sin perjuicio de lo cual ellos, u otros magistrados dependientes del Ministerio de la Defensa Pública, llevan a cabo acciones judiciales en procura del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en la materia regulada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

En cuanto a los procesos, la provincia cuenta con una norma que reglamenta la acción de amparo contenida en el artículo 54 de la Constitución de la Provincia del Chubut,<sup>6</sup> la Ley V N° 84, y además la Ley de Protección Integral de la Niñez, la adolescencia y la Familia III N° 21, que, dictada como consecuencia de la manda constitucional alojada en el artículo 171, establece el reconocimiento específico de derechos humanos de las personas menores de edad, entre ellos el acceso a una vivienda digna y otros DESC, así como la competencia de los jueces y las juezas de familia para dirimir esos conflictos.

6 Amparo. Artículo 54.- Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional o por la presente y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma sumarísima que determine la ley. La elección de esta vía no impide el ejercicio de otras acciones legales que pudieran corresponder. En su caso el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

## 2. UN PRIMER FALLO COMO APROXIMACIÓN

Casi al tiempo en que estas líneas fueron redactadas, se dictó una sentencia relativa al tema del alcance de la exigibilidad de los DESC, el derecho a la educación –arts. 13 y 14 PIDESC– y al desarrollo integral de la niñez y la juventud –art.15 PIDESC–, extensivo a los derechos laborales de quienes se veían afectados por una decisión administrativa que no admitió dar continuidad al financiamiento estatal de talleres vinculados al objeto curricular de un establecimiento educativo. En primera instancia no se hizo lugar al planteo de la parte actora, siendo admitido en la apelación.<sup>7</sup>

No obstante el resultado obtenido, nos adelantamos en señalar que en la fundamentación por la que la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn admite la acción de amparo, no se apela a las reglas constitucionales enunciadas al inicio de este trabajo. Veamos.

Se trató de una demanda dirigida contra la provincia de Chubut, interpuesta por una Fundación que tiene a su cargo una escuela de gestión social. La pretensión consistió en obtener por vía de la acción de amparo –que Chubut regula autónomamente<sup>8</sup>– la financiación de diez talleres de capacitación laboral que –según el escrito inaugural de la instancia– correspondían al ciclo lectivo 2017, de conformidad con el proyecto educativo institucional elaborado y aprobado a nivel ministerial. La demandada sostuvo que esos espacios no integraban la currícula de la Escuela de Gestión Social con orientación agro y ambiente, sino que guardaban relación con una capacitación en el marco del Programa Provincial de Fomento de Empleo, que se implementó por un convenio al que se arribó en una instancia judicial precedente a la acción de amparo.

La Cámara revoca la sentencia denegatoria del amparo, hace lugar a la demanda reconociendo que los talleres formaban parte del proyecto educativo y que el Estado tenía obligación de cobertura financiera de aquellos relacionados con el mentado plan. Para así decidir –y sin mencionarlo– se vale del principio de no regresividad, al señalar que la actuación de la administración había sido hasta ese momento de reconocimiento de dichos espacios.

<sup>7</sup> Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, (20/12/2017), “Fundación Ceferino Namuncurá c/ Provincia del Chubut s/ Acción de Amparo” (Expte. N° 313 Año 2017) provenientes del Juzgado de Familia N°2 (Expte. N°431/17), inédito.

<sup>8</sup> Arts. 54, 57, 58, 59 y 111 de la Constitución Provincial, y Ley V N° 84 DJP, antes Ley N° 4572.

En consecuencia, ordena que el equipo técnico de la Fundación practique liquidación que comprenda todos los gastos devengados o realizados que deriven del servicio educativo y que tengan relación directa con los diez talleres de capacitación que tienen estricta vinculación con la entidad y sus fines orientados al agro y el ambiente, ordenando la satisfacción de los recaudos contables e impositivos que correspondan. Agrega la manda que, en el plazo de cinco días de definidas las sumas, la provincia de Chubut deberá depositar las que resulten.

Entre los argumentos, el tribunal de revisión hace notar que:

[la jueza de grado señaló que la demanda] apunta al presupuesto provincial, a la facultad constitucional de los poderes, ejecutivo y legislativo provincial, al manejo del presupuesto financiero de la provincia, (arts.135 y 155 de la Constitución Provincial), y por ello, concluye que obligar al estado provincial a realizar un convenio cada año, cuando no se advierten violaciones a los derechos constitucionales por actos arbitrarios, ilegales y manifiesto por parte de la administración pública, se estaría frente a un indudable exceso de jurisdicción.

Agrega que la magistrada también anotó que: “la jurisdicción no la faculta para decidir sobre la conveniencia o no de designar una partida presupuestaria para la celebración de un convenio, y que además la propia amparista en su escrito de inicio, lo refirió como un proyecto socio educativo”, sumando que la sentencia de la primera instancia hizo notar que:

tampoco se tienen datos económicos que permitan medir la incidencia presupuestaria que pueda tener la medida requerida, y menos aún la fuente y el caudal de los recursos que puedan asignarse a la Secretaría de Trabajo o al Ministerio de Educación, para el fin pretendido, con lo cual tampoco le resulta posible efectuar un juicio técnico sobre las implicancias [sic] de obligar al Estado a una obligación contractual.<sup>9</sup>

Antes de avanzar en las consideraciones de la Cámara para revertir el fallo de primera instancia, remarcamos que surge de las transcripciones precedentes que parecería que la jueza de grado soslayó que cuando de derechos

<sup>9</sup> Fallo inédito, citado en nota al pie 8.

humanos se trata, corresponde al poder administrador la carga de probar la maximización de esfuerzos en la utilización de los recursos disponibles para procurar la satisfacción del derecho que se pretende garantizar o reponer: en el supuesto analizado, a la educación de personas especialmente vulnerables.<sup>10</sup>

Si bien el tribunal de revisión no se detiene a apreciar que las afirmaciones de la sentencia parecieran no satisfacer el recaudo de análisis de la progresividad que en materia de DESC debe primar en la interpretación jurídica, luego de extraer los fundamentos considerados, los rebate con dos argumentos principales: 1) la naturaleza y función social de la institución reclamante y 2) los derechos vulnerados, operando en el sentido de vigencia del principio.

Con relación al primer postulado, señala la camarista que abre la votación que se trata de un establecimiento de gestión social, al que la ley provincial VIII N° 91 determina como:

I) un tipo de unidad educativa contemplada en el artículo 14 de la Ley de Educación Nacional N° 26.206. Surgen como respuesta de las necesidades del presente, impulsadas por distintas organizaciones sociales, fundacionales, organizaciones sin fines de lucro, organismos no gubernamentales, iglesias de diferentes credos religiosos, fábricas y empresas recuperadas. II) Son unidades educativas de carácter universal y gratuito, que atienden a los sectores de la comunidad en situaciones de vulnerabilidad y en condiciones de pobreza, son espacios de inclusión social que permiten la permanencia en el sistema educativo, implementan proyectos socioeducativos, dando respuesta a las necesidades de los/as alumnos/as, evitando la deserción y el desgranamiento escolar. III) El Estado podrá aportar fondos necesarios para gastos de funcionamiento: salarios de personal, alquileres, insumos, servicios públicos y toda otra erogación que derive del servicio educativo.

En otro pasaje de la sentencia se recordó que las escuelas de gestión social debían ejecutar proyectos educativos previamente autorizados por el Ministerio de Educación de la Provincia, de acuerdo a las normas vigentes<sup>11</sup>

<sup>10</sup> PIDESEC, arts. 2 a 5, 13 y 15

<sup>11</sup> Entre las que se citó la Ley de Educación Nacional, cuando en el art. 13 señala la responsabilidad del Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de reconocer, autorizar y supervisar el funcionamiento de instituciones educativas de gestión privada, confesionales o no confesionales, de gestión cooperativa y de gestión social; el artículo 140° que



con el fin de dar respuestas concretas a los estudiantes y evitar la expulsión del sistema formal, y sus consecuencias de deserción y profundización de vulneraciones estructurales.

Sin embargo, no se profundizó en esa cuestión y, al respecto, vale recordar que el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad en función de qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes, pero las adoptadas están sujetas a revisión judicial si con ellas se vulneran, por acción u omisión, los contenidos básicos del sistema de derechos. A ello se suma que, en el particular caso del PIDESC, la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Sociales señaló respecto de esa discrecionalidad, la necesidad de un equilibrio que condujera a un contenido de eficacia razonable, o piso mínimo de visibilidad y concreción del derecho. Se dijo en ese documento: “el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”.<sup>12</sup> En función de esto, en ambas instancias debió considerarse que todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en aspectos reconocidos en los pactos requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga, obligación que recae sobre el Estado, y no sobre los ciudadanos.<sup>13</sup>

establece que “el Consejo Federal de Educación acordará los criterios generales y comunes para orientar, previo análisis y relevamiento de la situación en cada jurisdicción, el encuadramiento legal de las instituciones educativas de gestión cooperativa y social y las normas que regirán su reconocimiento, autorización y supervisión” y la Ley VIII N° 71 DJP de Chubut, más las diferentes resoluciones ministeriales que aprobaron el funcionamiento de estos establecimientos y la contribución del Estado provincial a sus sostén financiero.

**12** Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), oficina del Alto Comisionado, 5° período de sesiones, 1990, en especial párrafo 9, disponible en [http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=uploads/RTEmagicP\\_1452](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=uploads/RTEmagicP_1452).

**13** Se señaló en Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos por consenso el 27 de septiembre de 2012, en la Resolución 21/11, en el apartado IV. “Requisitos de aplicación, 48. Los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar medidas para hacer plenamente efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, y la normativa de derechos humanos exige que en todo momento se garanticen por lo menos los niveles esenciales mínimos de todos los derechos.

La sentencia hace notar que la resolución ministerial que habilitó el plan pedagógico tuvo en miras un informe en el que se relevó la carga horaria áulica y su complemento con el desarrollo de talleres, todo en función de determinado proyecto educativo. Finaliza revocando la decisión de la anterior instancia solo en virtud de una cuestión formal, como lo es la ausencia de comprobante que acredite la notificación a la Fundación de la decisión ministerial de no dar continuidad a la modalidad hasta allí implementada.

Sin embargo, no puntualiza sobre un tema relevante desde el punto de vista de los derechos involucrados y su implicancia en el desarrollo humano: la universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia como característica esencial,<sup>14</sup> y el sistema interamericano de protección de los mismos. En ese sentido, cobra relevancia lo señalado por el Comité de seguimiento del PIDESC en la Observación General N° 18 cuando explicitó, en relación con el derecho de la juventud al trabajo y su vinculación con la educación, sobre todo en contextos de fragilización socio-económica que:

El acceso a un primer trabajo constituye una ocasión para obtener autonomía y, en muchos casos, escapar de la pobreza. Las personas jóvenes, especialmente las mujeres jóvenes, tienen en general grandes dificultades para encontrar un primer empleo. Deben adoptarse y aplicarse políticas nacionales relativas a la educación

La normativa internacional de derechos humanos prevé, cuando las limitaciones de recursos así lo exijan, la realización progresiva de algunos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales a lo largo de un período de tiempo y con indicadores bien definidos, pero las medidas regresivas deliberadas solo están permitidas en casos excepcionales y con carácter temporal. En todo momento, los Estados deben poder demostrar que han adoptado medidas concretas para combatir la pobreza y probar que lo han hecho hasta el máximo de los recursos de que disponen, con inclusión de la asistencia y la cooperación internacionales". Cita que, entre otros argumentos, refuerza lo sostenido. Recuperada de [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR\\_ExtremePovertyandHumanRights\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf)

**14** Reconocido, entre otros instrumentos, en la Declaración sobre el derecho al desarrollo adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, art. 6.2, 8 y 9, y en especial el art 10 que señala: "Deben adoptarse medidas para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo, inclusive la formulación, adopción y aplicación de medidas políticas, legislativas y de otra índole en el plano nacional e internacional".

y formación profesional adecuadas, para promover y apoyar el acceso a oportunidades de empleo de personas jóvenes, en particular mujeres jóvenes<sup>15</sup>

que constituye un argumento fuerte para analizar el tema debatido. Del mismo modo que lo hubiese sido invocar las apreciaciones de ese organismo a nuestro país cuando señaló:

El Comité recomienda al Estado parte que aplique eficazmente la legislación vigente para garantizar el derecho a la educación y atender, en particular, los problemas relacionados con los niños que no se han incorporado al sistema educativo, el analfabetismo, la repetición de cursos y la deserción escolar<sup>16</sup>,

suficiente para sostener que corresponde al Estado provincial demostrar con qué método alternativo a los talleres que se negó a sufragar, se posibilitaría la reducción de la deserción escolar.

En cuanto al segundo argumento que sella la suerte del recurso, se puede condensar en el párrafo del segundo votante que sostiene:

teniendo en cuenta que se encuentran comprometidos derechos de raigambre constitucional como el derecho de los niños, niñas y adolescentes a su educación [...] y el derecho a trabajar [...], considero que deben incluirse las horas cátedras de los diez talleres [...] que integran el Proyecto Educativo Institucional en base a la orientación en Agro y Ambiente de la Fundación Ceferino Namuncurá pues comparto con mi colega proopinante que éstos integran la currícula.

Con estas apreciaciones se pretende poner de resalto una circunstancia bastante visible en la provincia de Chubut: la –en general– escasa fundamentación de los fallos vinculados a derechos de esta envergadura con argumentos de fuste y relacionados a la teoría de los derechos humanos, la poca

<sup>15</sup> Observación General N° 18 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “El derecho al trabajo” (artículo 6 PIDESC), aprobada el 24 de noviembre de 2005 por el CESCR en su 35° período de sesiones.

<sup>16</sup> Observaciones finales del Comité DESC para la República Argentina, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 47° período de sesiones 14 de noviembre a 2 de diciembre de 2011. Recuperado de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/ARG/CO/3&Lang=Sp](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/ARG/CO/3&Lang=Sp)

referencia a doctrina y jurisprudencia emanada de los organismos del sistema americano o internacional, limitándose mayormente a la mera invocación de reglas jurídicas infra constitucionales, cuestiones de hecho o generalizaciones. Esto sin perjuicio de la existencia de las excepciones, que en general pueden ser observadas en fallos correspondientes a las instancias anteriores a la Corte Provincial.

### **3. LOS TRIBUNALES DE LA PROVINCIA DE CHUBUT DECLARAN EXIGIBLES A LOS DESC: ¿CON QUÉ ARGUMENTOS?**

#### **3.1. *Derecho a la salud***

Con fecha 26 de marzo de 2015, la Corte provincial dictó sentencia en el expediente “A., O. E. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia de Chubut s/ Amparo” (Expte.: N° 23.463-A 2014). La causa se inició con la acción de amparo que planteó la afiliada a la obra social SEROS y dirigió contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut para que procediera a cubrir todos los gastos sanatoriales, farmacológicos, de estadía y traslado por vía aérea con un acompañante, para el tratamiento de la enfermedad que le fuera diagnosticada (Dx. Anemia + hematuria y CA de útero y CA de mama), y sus derivadas. Solicitó también que se decretara la ilegalidad, arbitrariedad e inconstitucionalidad de todos los préstamos otorgados por el organismo accionado para cubrir dichos gastos y el cese de los descuentos en sus haberes motivados en esos adelantos, y su consiguiente reintegro, con más los intereses respectivos a la tasa activa del Banco del Chubut SA. Su contraria repelió el reclamo, siendo uno de sus argumentos que la vía ordinaria era el camino procesal más adecuado, toda vez que no medió restricción ni privación de acceso a la salud de la demandante. A ello sumó que la amparista no había justificado la obligatoriedad de SEROS derivada del Programa Médico Obligatorio, las características del sistema de cobertura provincial; además, no consideró que existiera obligación legal de solventar los gastos que se demandaban, sin perjuicio de asumir que, en este caso particular, podrían ser atendidos por el Directorio de la accionada en virtud de la dificultad patrimonial que refería la actora para afrontarlos sola.

La sentencia de grado resolvió hacer lugar al amparo y entre los argumentos se señaló que la Ley XVIII N° 12,<sup>17</sup> en su artículo 24, impone obligaciones al organismo encargado de administrar la cobertura de salud tales como sufragar lo necesario para diagnosticar, tratar, y llevar a cabo todas las prestaciones tendientes a fomentar, proteger, recuperar y rehabilitar a los afiliados, como asimismo, obtener su bienestar social. Esa disposición la armonizó con lo que establece el artículo 25 respecto del traslado de las personas que padecen discapacidad, para concluir que la situación de la dolencia de la amparista la posicionaba en situación equiparable a una persona con discapacidad.

La Cámara de Apelaciones confirmó en lo sustancial el fallo, reduciendo únicamente el monto a reintegrar a la actora por aplicación del artículo 4030 del Código Civil, en ese entonces vigente.

Llegado el caso a la Corte provincial, el ministro que inicia el razonamiento hace referencia al derecho a la salud y su inserción en el concierto legal de nuestro país en estos términos:

Este derecho no está reconocido de manera expresa en nuestra Constitución Nacional, pero sí [sic] a través de los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (Confr. doctrina de Fallos, 329:1638). Por su parte, el art. 14 bis establece que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable.<sup>18</sup>

Además, el magistrado recuerda:

**17** La Ley XVIII-N° 12 (antes Ley 1404) instituye el régimen de prestaciones de salud y asistenciales para el personal de la Administración Pública Provincial y Entidades Descentralizadas, de las Corporaciones Municipales que se adhieran y de los beneficiarios del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, con excepción de todos aquellos agentes que se encuentren amparados y obligados a efectuar aportes a otra Obra Social por imperio de Leyes Provinciales y/o Nacionales.

**18** STJCh (Sentencia 002/2015), “A, O. E. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia El Chubut S/ Amparo”. Expte: 23463/2014, fecha de firma: 26/03/2015. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>#

En el ámbito local, la Constitución Provincial (en adelante (CP), establece en su art. 18, inc. 2, el derecho de los ciudadanos de Chubut, a la protección de la salud. El organismo que se encarga de llevar a cabo el régimen de prestaciones de salud y asistenciales para el personal de la Administración Pública Provincial y Entidades Descentralizadas, entre otros, es el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, conforme lo normado por el art. 1° de la Ley XVIII N° 12.<sup>19</sup>

Con lo extractado del fallo queda explicitada la directa operatividad de la aplicación de las normas constitucionales en el ámbito provincial en lo que hace al derecho a la salud, puesto que no se exige ninguna reglamentación de las reglas constitucionales, adentrándose de lleno al tratamiento de las cuestiones vinculadas con él.

Luego de colocar al derecho afectado –la salud– en un sitio relevante respecto de otros, y ya para rebatir los argumentos de la vencida cuando sostuvo que los anteriores sentenciantes erraron al aplicar analógicamente la legislación vigente para personas con discapacidad se señala:

Si bien la demandada afirma que existen dos coberturas en pugna, no puede ello entorpecer la efectividad del derecho a la salud el que no puede verse coartado o disminuido porque las leyes de discapacidad solo resulten aplicables a las obras sociales establecidas en la Ley N° 23.660, ya que esta norma y la 23.661 que instituye el Sistema Nacional de Salud procuran el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica; sistema en que las obras sociales tienen participación en la gestión directa de los servicios asistenciales para hacer efectivo el derecho a la salud de sus afiliados.<sup>20</sup>

Posteriormente el decisorio ciñe el razonamiento a recordar que la provincia del Chubut adhirió a la Ley Nacional de discapacidad mediante Ley XVIII N° 36, a la par que se realiza el deber procesal que pesa sobre la accionada a quien atribuye “una carga mucho mayor por resultar una obra social obligatoria para la amparista”.

<sup>19</sup> Voto del ministro PASUTTI.

<sup>20</sup> Voto del ministro PASUTTI.

En otras palabras, el fallo se encarga de establecer el justo equilibrio entre los derechos de la parte más débil de esta relación de adhesión a un sistema de cobertura que impone la cautividad del afiliado respecto de la prestadora, que detenta una posición mejorada donde la afectación eventual sería únicamente económica, y no a derechos fundamentales.

En cuanto a la condena al reintegro de los montos solventados por la amparista en los múltiples traslados para atención, la Corte provincial entendió precluída la etapa.

El ministro que emite el voto en segundo término, circunscribe aún más su ponderación, pero no por eso la hace menos firme. Señala, en punto a que el juez de grado equiparó la situación de la amparista a la de una persona con discapacidad y esto fue específicamente confirmado por la Cámara de Apelaciones, que el Tribunal colegiado analizó el argumento del juez que:

no se limitó a esgrimir que la demandada debía brindar la cobertura requerida en virtud de lo establecido por el art. 24 de la Ley XVIII N° 12, sino también que, con fundamento en un fallo de este mismo Superior Tribunal de Justicia (Sentencia N° 03/ SRE/2015), las disposiciones de la Ley I N° 296 de Protección Integral de las Personas con Discapacidad son plenamente aplicables a quienes padecen cáncer, por lo que la demandada debía cubrir las prestaciones de traslado y estadía previstas en el art. 25 de la Ley XVIII N° 12.

En conclusión, refuerza la idea confirmatoria a partir de señalar que el argumento no resultó aislado, sino coadyuvante de una interpretación en la que se ponderó el tipo de dolencia de la actora y tanto el alcance como el grado de obligatoriedad de la responsabilidad de la proveedora del servicio de cobertura de los costos.

Más acá en el tiempo, el mismo STJ, aunque para rechazar un recurso de queja interpuesto contra la casación denegada por la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala B sostuvo:

cabe recordar que por las Leyes 22.431 y 24.091 se crearon los Sistemas de Protección Integral de los Discapacitados y de Prestaciones Básicas a Personas con Discapacidad –respectivamente–; asignándose a las Obras Sociales –en su rol de

Agentes del Seguro Nacional de Salud de la Ley 23661– la obligación de brindar la cobertura integral de los servicios médicos asistenciales allí establecidos.<sup>21</sup>

Reiterando, así, la doctrina judicial de la equiparación que emerge del fallo analizado en primer término.

### **3.2. Derecho a la igualdad en relación con el derecho a la salud**

En fecha reciente –a los 11 días del mes de agosto del año 2017– en los autos caratulados “L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad - art 9 inc. a) y 10 inc. a) Ley XVIII N° 12 (ex Ley 1404)” (Expte. N° 23.365-L-2014), se dicta la sentencia N° 18/S.R.O.E./2017.<sup>22</sup> El trámite tuvo lugar a partir de que la actora promovió demanda de inconstitucionalidad de esas normas por considerar que vulneran el principio de igualdad y la garantía constitucional del artículo 16 de la Constitución Nacional y lo normado por los artículos 6, 7 y 19 de la Constitución provincial. Solicitó que, declarada la inconstitucionalidad, se ordenara la incorporación como afiliado indirecto de la obra social SEROS a su cónyuge, sin cargo adicional alguno ni período de carencias.

Las normas cuestionadas establecían, respectivamente: Artículo 9°.- “Quedan comprendidos en la categoría de Indirectos Obligatorios los integrantes del grupo familiar del Afiliado Directo que se detallan: a) El cónyuge mujer; cónyuge varón con incapacidad laboral total y permanente” y Artículo 10.- “Comprende la categoría de Indirectos Voluntarios: a) Esposo de la afiliada directa”. La demandante –funcionaria judicial– cuestionó la reglamentación sosteniendo que la colocaba en situación desventajosa respecto de los varones en su misma condición de afiliados principales, ya que para incorporar a su marido, quedaría en desigualdad respecto de un funcionario varón que desempeñara el mismo cargo y que quisiera incorporar a su esposa a la obra social. Este último no vería mermado su sueldo mientras que ella sí, en razón de que se exige un pago diferencial para el afiliado indirecto “voluntario”.

<sup>21</sup> STJCH (10/11/2017) “Recurso de Queja en autos: ‘L., A. E. c/Obra Social Unión Personal de la Unión Personal Civil de la Nación (OSPCN) s/Medida autosatisfactiva’, (Expte. N° 54/2017 CACR)” (Expte. N° 24726/2017), Sentencia N° 195/SRE/2017.

<sup>22</sup> STJCh (018/2017) “L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad art. 9 inc a) y 10 inc. a) Ley XVIII N° 12 (ex ley 1404) Expte: 23365/2014. Fecha de firma: 11/08/2017. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>”#



Adujo también que se vulneraba el derecho a la salud ya que el PIDESC exige a los Estados que asuman frente a sus habitantes el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Esta obligación no se cumplía si se le descontaba a la actora un porcentaje de su sueldo para cuando no ocurría lo mismo con el hombre en las mismas circunstancias.

Con posterioridad a quedar la causa en estado de ser resuelta, se sanciona la Ley XVIII N°88 que sustituye los artículos cuestionados en el caso, disponiendo que “quedan comprendidos en la categoría de Indirectos Obligatorios los integrantes del grupo familiar del Afiliado Directo que se detallan: a) Cónyuge o conviviente sin distinción de género, que no posean Obra Social nacional, provincial, sindical o privada...” y Artículo 10°.- “Comprenden la categoría de Indirectos Voluntarios: a) Padre o madre del afiliado directo o su cónyuge, cuando no goce de otra Obra Social”. La actora postula que esa redacción no resuelve la cuestión planteada, e insiste en el dictado de la sentencia.

El tribunal ingresa al tratamiento del recurso previo a señalar que el caso es de la misma índole que el fallado por ese Tribunal, caratulado “S. de Ch., L. O. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda de Inconstitucionalidad” (Expte. N° 23.305-S-2014), que culminó con el dictado de la SD N° 06/SROE/2017. Entienden que la normativa que reemplazó la tachada de inconstitucional cambió el eje de la discusión que planteaba el caso, en tanto se diluyó la originaria fundada en el sexo del afiliado, por otra fórmula que consideraron, en definitiva, razonable. Y es que la condición que la reforma legislativa impuso, supedita la inclusión directa del cónyuge al hecho que carezca de otra obra social, lo que se estimó atendible si no se justifica que en el caso concreto la persona queda en una situación de evidente desvalimiento o desprotección, sujeta por ende a riesgos que cercenen o menoscaben su acceso a prestaciones de salud. Dado que la propia actora refirió que el cónyuge titularizaba otra obra social en tanto dependiente universitario, el segundo magistrado que emitió su juicio refirió

que su derecho a la protección adecuada a la salud no se encuentra restringido en la medida en que no implica hostilidad hacia su condición o fortuna, pues no es que la ley le exija un esfuerzo desmesurado, sino que lo distingue adecuadamente

en tanto no pasa por alto la protección que encuentra mediante otra cobertura que cubre la situación de un universo de iguales en iguales circunstancias.<sup>23</sup>

Desde otro punto de vista, y en consonancia con la doctrina judicial ya firme respecto del derecho a la salud y la aplicación del PIDESC, el ministro PFLEGER escribía:

Como consecuencia de lo dispuesto en el Bloque Constitucional ya referido, el derecho a la salud (a la adecuada preservación de la salud) está comprendido dentro del ámbito más general del derecho a la vida y su protección razonable constituye un deber de prestación insobornable para la autoridad pública que ha de garantizarlo mediante acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Confr.: CSJN, *Fallos*: 321:1684 y 323:1339).<sup>24</sup>

Estos argumentos fueron reforzados recordando que aquel bloque constitucional establecía mandatos:

los llamados deberes de prestación, propios del Estado Social de Derecho, normativamente estipulados, por ejemplo, en el art. 14 de la C.N que declara el carácter de “integral e irrenunciable” de aquellos, el art. 75 inc. 23 C.N. que resulta claro al exigir la acción positiva del Estado para asegurar la igualdad real y la protección de los vulnerables, y los consagrados en los diferentes tratados incorporados en el art. 75, inc. 22 C.N.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> STJCh (24 de mayo de 2016) “L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad art. 9 inc. a) y 10 inc. a) Ley XVIII N° 12 (ex ley 1404), con cita del fallo de la Corte Suprema de la Nación en la causa ‘B., V. P. c/ Obra social del Poder Judicial de la Nación s/ expedientes civiles’”. Al resolver el Recurso de Hecho deducido por el Estado Nacional (Ministerio de Justicia y Derecho Humanos), revocando la sentencia apelada y rechazando la demanda “en tanto que la familiar de la actora cuenta con las prestaciones de salud que le otorga su obra social, se aprecia que la denegación de la afiliación por la institución demandada no comporta un menoscabo de los derechos constitucionales relativos al resguardo de la salud”.

<sup>24</sup> STJCh, “L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad art. 9 inc a) y 10 inc. a) Ley XVIII N° 12 (ex ley 1404, del voto del ministro PFLEGER

<sup>25</sup> STJCh, “L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad art. 9 inc a) y 10 inc. a) Ley XVIII N° 12 (ex ley 1404.

En el razonamiento que dio lugar a la sentencia se hizo expresa referencia a lo elocuente que resultaba el PIDESC en tanto los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” y asumen el compromiso de tomar “medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (art. 11.1).

### **3.3. Derecho a la vivienda: persona con discapacidad**

La Sala A de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Comodoro Rivadavia se expidió en un caso en que se había ordenado al Municipio que restituyera la vivienda al actor en condiciones dignas de habitabilidad y/o efectivizara una propuesta habitacional alternativa superadora, confirmando el fallo en función del deber de garantía que atribuye al Estado por tratarse de una persona vulnerable de las incluidas en el artículo 75, inc. 23, CN.<sup>26</sup>

El caso es llevado a los tribunales pues se trataba de un joven discapacitado que, a raíz del fallecimiento del progenitor y el posterior incendio de la vivienda que ocupaban, había quedado en situación de calle siendo asistido por diversos organismos con subsidios y alojamiento en un espacio comunitario. A raíz de que el progenitor carecía de título de propiedad del inmueble siniestrado, el municipio se negaba a reconocerle al hijo los derechos pre adjudicados al padre, lo que llevó al Tribunal a declarar que esa actitud controvertía el PIDESC y la Observación General 4 del Comité. Argumentan los jueces que “los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial”.<sup>27</sup>

Apelando a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que afirma en su artículo 17 que “toda persona tiene derecho a la propiedad,

<sup>26</sup> Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A (15/09/2015) “N., V. J. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo”. Expte. N° 415/15, origen: Juzgado Letrado de Familia nro. 1 (Expte. nro. 399/15). Sentencia 013 /2015. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>”

<sup>27</sup> Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, “N., V. J. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo”, Expte. N° 415/15, origen: Juzgado Letrado de Familia nro. 1 (Expte. N° 399/15).

individual y colectivamente, y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad” y en su artículo 25.1 establece:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Recuerdan que a partir de tal declaración el mentado derecho fue reconocido como un derecho humano en las siguientes declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos: Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (art. 11.1); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.iii); Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.h); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27.3); Convención para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias (art. 43), y Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (arts. 13 a 19).

En el desarrollo argumental se refuerza la idea de que la Observación General N° 4 del Comité DESC constituye la principal pauta hermenéutica para el entendimiento del concepto de vivienda alojado en el artículo 11.1 del PIDESC, a la par que se señala que la extensión de cada derecho en particular ha sido admitida sin ambages por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos: “Poblete -voto del Dr. Lorenzetti”, S. 1767 XXXVII, T.328, P. 2056; “Cristalux S.A.”, T. 329, P. 1053; “Girolodi”, T. 318, P. 5141).

Entre los argumentos centrales, se señala que: “El derecho a la vivienda, vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al PIDESC, debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Se afirma en dicho documento que el derecho a una vivienda adecuada, consiste en disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable, se aplica a todos; tanto las personas

como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores.<sup>28</sup>

En orden a la legislación provincial, también se enuncia que la Constitución provincial, categóricamente, en su artículo 77, establece que “el Estado propende a que toda persona acceda a una vivienda digna, para sí y su familia, que incluye servicios sociales y públicos” y finalmente invocan las previsiones de los artículos 15, 36 y 39 de la Carta Orgánica Municipal. Haciéndose cargo de la variedad de fuentes que protegen el derecho del actor, el Tribunal señala la necesidad de determinar el alcance del deber prestacional desde una óptica que asegure su mayor operatividad en el caso que nos ocupa como categóricamente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” del 24 de abril 2012 (Fallos de la CSJN, Tº 335 -1-, año 2012, págs. 452/499), en doctrina plenamente aplicable al presente en atención a la identidad fáctica.<sup>29</sup>

En la sentencia se puntualiza que el derecho a la vivienda está íntimamente relacionado con otros derechos humanos y fundamentales, y citando como fuente al Alto Comisionado de la ONU, Folleto Informativo N° 21, *El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada*, se sostuvo que

por cuanto un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles, no solo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes.

Finalmente, y rebatiendo la crítica al fallo formulada por la demandada respecto del exceso de jurisdicción se señala que “al Poder Judicial le corresponde, supeditado al resultado que arroje el proceso, y comprobada la omisión, fijar las pautas para activar los mecanismos del poder administrador

<sup>28</sup> Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, “N., V. J. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo”, Expte. N° 415/15, origen: Juzgado Letrado de Familia N° 1 (Expte. N° 399/15), del voto de la Dra. ALONSO.

<sup>29</sup> Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, “N., V. J. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo”, Expte. N° 415/15, origen: Juzgado Letrado de Familia N° 1 (Expte. N° 399/15), del voto de la Dra. Alonso.

tendientes a la concreción de los derechos ya legislados e incorporados al ordenamiento jurídico vigente” (del voto de la Dra. Alonso).

En sentido similar, la Sala B de la misma Cámara de Apelaciones resolvió en los autos “Legajo de copias en Expte. N° 144/2017 ‘H., J.M, c/ Municipalidad de Sarmiento s/ Acción de amparo” Expte N° 330/2017,<sup>30</sup> la confirmación de la medida cautelar anticipatoria peticionada por un ciudadano con una dolencia oncológica y próximo al desahucio de la vivienda que ocupaba. La disposición jurisdiccional consistió en ordenar a la Municipalidad que en el término de diez días corridos provea al peticionante y su grupo familiar de una vivienda digna que se encuentre en condiciones de habitabilidad, con los servicios de luz y gas, bajo apercibimiento de estipular un canon locativo que, teniendo presente los valores de mercado habitual de arrendamientos, no podrá ser inferior a la suma de pesos nueve mil. El juez de grado entendió que el actor logró acreditar no solo la gravedad de su estado de salud, sino también el estado de vulnerabilidad habitacional, el que podría verse empeorado seriamente en la época invernal, con claro riesgo para su vida, en el supuesto de tener que esperar el dictado de la sentencia definitiva.

El tribunal de apelación señaló genéricamente los derechos involucrados, sin embargo argumentó:

Sabido es que el derecho a la vivienda es un derecho social y a la vez civil. Social en cuanto hace a la obligación de la sociedad de arbitrar los medios necesarios para proveerla a todos los habitantes, pero es también civil, en cuanto derecho a su uso, goce y preservación, cuando ya se la tiene. Y cuando no se la tiene, o se la ha perdido, o está próxima a ser despojada de la misma, allí es cuando deben intervenir las instituciones del Estado, creadas para dar solución a este derecho fundamental, y cuando no operan en la debida forma dichas instituciones, le corresponde a la Justicia, dar la solución ante el derecho amenazado.

Es en esa línea en que sigue la posición de garante que corresponde a uno de los poderes del Estado (el Judicial), que también se señalara en el fallo precedente, de la Sala A del mismo Tribunal Colegiado.

<sup>30</sup> Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia-Sala B (29/08/2017). Sentencia 127 /2017. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>

### 3.4. *Derecho a la vivienda: violencia familiar*

En ocasión de entender en la apelación formulada por una mujer víctima de violencia de género, la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia hizo lugar parcialmente a los agravios y ordenó la intervención de los organismos administrativos.<sup>31</sup>

La accionante había denunciado una situación de vulnerabilidad socio estructural y con fundamento en la Constitución Nacional, provincial, Leyes N° 26061 y 26485, solicitó se libre oficio a la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia dependiente de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, a la Sra. Ministra de Familia y Promoción Social de Chubut, a efectos de poner en su conocimiento la situación de vulnerabilidad y violencia de género que padece y solicitarles gestionen de manera conjunta, coordinada y estructurada un dispositivo de apoyo y salvaguarda que contemplan: 1) derecho a una vivienda digna, previendo una solución definitiva; 2) derecho a una buena alimentación y vida sana; 3) derecho a un trabajo; 4) derecho a la educación y/o recreación, esparcimiento y deporte. La jueza señaló que esas cuestiones excedían el trámite, no obstante dio intervención a esos organismos.

Posteriormente la mujer solicita se libre oficio al Instituto Provincial de la Vivienda, a fin de que proceda a arbitrar los medios para concederle una vivienda dentro de los planes que se encuentren en ejecución o próximos a su entrega, con la concesión de un plazo de gracia de cinco años para comenzar a abonar el plan de cuotas. Hasta tanto ello ocurra peticiona se ordene al IPVyDU, Ministerio de Familia y Secretaría de Desarrollo que de manera separada, conjunta o articuladamente proceda a alquilar una vivienda digna, que conste con las comodidades suficientes para albergar al grupo familiar. Funda su derecho en la Ley N° 26485, artículo, 9 inciso “k”, Ley XV N° 12, “Convención de Belém Do Pará”, artículo 29 Ley N° 26.061. La Asesoría de Familia argumenta sobre el derecho a la vivienda digna, y la jueza mantiene su anterior posición, determinando la necesidad de tramitar un proceso diferente donde se haga parte a los organismos exigidos.

Se agravia la peticionante porque la decisión no reconoce la facultad jurisdiccional de ordenar de modo autosatisfactivo la restauración de los derechos

<sup>31</sup> Cámara de Apelaciones Comodoro Rivadavia-Sala B (29/08/2017). Sentencia 128 /2017, “T., J. c/ A., S. A. s/ violencia familiar”. Expte. 244/2017. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>

que se solicitan, así como los involucrados en el deber de reparación integral, poniendo así en jaque la responsabilidad del Estado. Señala que la medida de protección requerida al IPVyDU se enrola dentro del marco de la tutela judicial efectiva, tendiente a obtener un hogar que le brinde independencia, seguridad, autonomía para empoderarse y no necesitar de la figura del agresor para desenvolverse en la sociedad. Invoca la regla alojada en el artículo 706 del Código Civil y Comercial.

También se queja argumentando que la decisión aumenta la posición desaventajada de la recurrente, de indefensión respecto del denunciado y el riesgo de sufrir nuevos hechos de violencia por el retorno al ciclo violento.

Al resolver el recurso, la Cámara señala: a) que el Estado ha cumplido algunas obligaciones, como la contención psicológica y acompañamiento brindado a la Sra. (apoyo económico por manutención, incorporación al programa alimentario, actualización de DNI, inscripción en la red de Servicio de empleo municipal), espacios recreativos para los niños, orientación a fin de solicitar titularidad de un lote que pertenecía a sus progenitores, restando resolver su situación habitacional; b) el deber jurisdiccional de responder integralmente, recordando lo que tiene dicho el Superior Tribunal de Justicia:

es más, no se trata de una opción, es una obligación de los actores judiciales, y tal omisión no satisface la protección solicitada por las víctimas sino que a la postre, también, pone en riesgo la responsabilidad que el Estado Argentino asumió al suscribir los instrumentos internacionales ya referidos. Reiteramos, los parámetros que debieron fundar la solución del caso, no se encontraban en las leyes infra constitucionales que se aplicaron para resolver, sino que los estándares a los que debió recurrir surgían de los principios expresados por la CEDAW, la Convención Belem do Pará, la jurisprudencia de la CIDH y demás instrumentos internacionales que se ocupan de combatir la violencia de género, como conductas que afectan los derechos humanos de las mujeres, y que, por conformar el bloque de constitucionalidad tienen plena operatividad.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> STJCh. (21/10/2016) “D.,L.M. C/M.,F.M.I s/ Violencia Familiar (Expte. N° 25/2016)”. Expte 24525/2016. Sentencia 088 /2016. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>”#



El tribunal juzga que incorporar a la accionante a un plan de viviendas ya terminado importaría afectar derechos de otras personas que ya se encuentran inscriptas y que son destinatarias de esas viviendas, por lo que decide

hacer lugar parcialmente a los agravios y se ordenará al Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano de la Provincia del Chubut, se incluya a la actora en el listado de un plan de próxima ejecución, otorgándosele asimismo un plazo de gracia de dos años para comenzar a abonarlo, a contar desde su entrega,<sup>33</sup>

reconociendo así la operatividad del derecho a la vivienda digna.

En el mismo sentido, en el año 2011, el Juzgado de Familia N° 1 de Esquel resolvió, en un trámite iniciado por el Servicio de Protección, que la situación de violencia familiar denunciada debía ser abordada integralmente, en consonancia con la legislación sobre salud mental, desechando la pretensión de la Administración de procurar la disgregación familiar.<sup>34</sup> Allí se señaló:

considero necesario dejar sentado que el Poder Judicial no es ni puede ser un ámbito de definición de la política social. Cuanto más, su función es reducir el margen de discrecionalidad en el diseño e implementación de la misma, siendo su deber la garantía del goce de los derechos, transformándose la judicatura en la encargada de verificar (en presencia de “caso”) la razonabilidad de medidas positivas o negativas adoptadas por el Estado, en base a estándares mínimos de satisfacción de derechos, que de otro modo quedarían únicamente enunciados. Digo “transformándose” porque éste (la mutación de obsoletos esquemas) es uno de los nuevos desafíos de este poder del Estado, a partir sobre todo de la incorporación de los tratados universales a las constituciones nacionales.<sup>35</sup>

Y con ese, y otros argumentos, dispuso –entre otras medidas de abordaje– que en un plazo que se fijó, y en las condiciones que el Municipio o la

<sup>33</sup> STJCh (21/10/201) “D.,L.M. C/M.,F.M.I s/ Violencia Familiar (Expte. N° 25/2016)”. Expte 24525/2016. Sentencia 088 /2016.

<sup>34</sup> STJCh, “C., J. D. S/violencia familiar”, Expte. N° 929-182-2008-C- corregido por orden judicial - “Servicio de Protección de Derechos s/ Medida de protección de derechos”. Recuperado de <http://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/3085>

<sup>35</sup> STJCh, “C., J. D. S/violencia familiar”, Expte. N° 929-182-2008-C- corregido por orden judicial - “Servicio de Protección de Derechos s/ Medida de protección de derechos”.

Provincia entendieran razonables, se solucionara el problema habitacional de la familia.

#### **4. CONCLUSIONES**

Como se puede observar, la jurisprudencia de la provincia del Chubut –aún a pesar de que se cuenta con excelentes reglas jurídicas a nivel local– no echa mano a las pautas constitucionales propias, ni recurre –en general– a las herramientas que aporta el sistema interamericano. Sin embargo, esa modalidad argumental no empaña el efectivo reconocimiento de los DESC que, en definitiva, gozan de aplicación en los tribunales chubutenses.

Podemos sostener que Chubut ha decidido en este tema aferrarse no a un eslogan, sino a un principio: ¡Ni un paso atrás!

---

# Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**MAURO BENENTE**

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde 1880, con la sanción de la Ley N° 1029, hasta la reforma constitucional de 1994 lo que hoy es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) era solamente la Capital Federal. Si bien contaba con un intendente y un consejo deliberante, la jefatura de gobierno era desempeñada por el presidente de la Nación (art. 86, inc. 3 de la Constitución Nacional) y la legislatura era ejercida por el Congreso de la Nación (art. 67, inc. 27 de la Constitución Nacional). En 1994 el artículo 129 de la Constitución Nacional declaró la autonomía del gobierno de la CABA con facultades de legislación y jurisdicción, y un jefe de gobierno elegido directamente por los y las habitantes de la ciudad. Bajo este nuevo paradigma institucional, el Congreso de la Nación debía convocar a los y las habitantes de la Ciudad para la elección de representantes que dictaran el estatuto organizativo de sus instituciones. Además, el Congreso debía sancionar una ley que garantizara los intereses del Estado Nacional mientras la Ciudad fuera la Capital Federal.

Para dar cumplimiento al artículo 129, el 21 de diciembre de 1995 el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 24620, mediante la cual se convocaba para el 30 de junio de 1996 a elecciones de jefe y vice-jefe de Gobierno y de representantes para dictar el Estatuto Organizativo. De las sesenta bancas de la Convención Estatuyente, veinticinco quedaron para el Frente País Solidario, que obtuvo el 34,71% de los votos; diecinueve para la Unión Cívica Radical, que alcanzó el 27,24% de los sufragios; once para el Partido Justicialista, que llegó al 15,05%; y cinco obtuvo Nueva Dirigencia, con el 8,18%. Si bien no alcanzó la mayoría, el Frente País Solidario le dio una impronta nitidamente progresista a la Convención, aunque lo curioso es que no se quedó con la

Presidencia de la Comisión de Declaraciones, Derechos y Garantías, que estuvo a cargo de Víctor Santa María, de Nueva Dirigencia.

La Convención Estatuyente inició su labor el 19 de julio de 1996, y la primera sesión plenaria fue el 2 de agosto y finalizó su trabajo el 1º de octubre, cuando fue sancionada la Constitución de la CABA. El 10 de octubre, en el Teatro Colón, curiosamente la Constitución fue jurada con dos fórmulas distintas, que ponían de manifiesto buena parte de las discusiones que se habían desarrollado al interior de la Convención. El Partido Justicialista, alineado con el entonces Presidente Carlos MENEM, proponía una versión restringida de la autonomía de la Ciudad por entonces gobernada por el radical Fernando de la Rúa, no mencionaba la idea de una Constitución de la Ciudad, y por ello juró por “la Constitución Nacional, por las leyes sancionadas en su consecuencia y por el Estatuto”. Los restantes partidos políticos apostaron constantemente por una mayor autonomía durante la Convención y por ello juraron por “la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

## 2. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC) EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, hacia 1996 los y las convencionales de la Ciudad trabajaron sobre un piso bastante sólido de reconocimiento de DESC. Esta plataforma fue notablemente superada y la Constitución de la CABA incluyó una carta de derechos especialmente ambiciosa y exigente tanto en términos generales cuanto en materia de DESC en particular.

El artículo 10 estipula que en la CABA rigen los derechos declarados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen en el futuro. Pero además declara la operatividad de los derechos puesto que de modo claro enuncia que “no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación” (art. 10) y explícitamente menciona que el goce de los derechos debe ser por igual por parte de hombres y mujeres (art. 36). Asimismo, es interesante tener en cuenta que se incluye un Título de *Políticas especiales*, y su articulado bien puede traducirse como un compromiso de la CABA con la realización de los DESC. Por una parte, la CABA debe desarrollar “políticas sociales coordinadas para superar

las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos” (art. 17) y, por otra, debe promover un desarrollo equilibrado “que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio” (art. 18).

El derecho a la salud se garantiza de modo “integral”, lo que supone “la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente” (art. 20). De modo explícito se garantiza la gratuidad de las áreas estatales que prestan el servicio de salud (art. 20). Por su parte se establece que la Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud,<sup>1</sup> que entre otras cosas debe contemplar: la promoción de una maternidad y paternidad responsables, poniendo a disposición “información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos” (art. 21, inc. 4); la atención integral del embarazo, parto, puerperio y de la niñez hasta el primer año de vida; la atención particularizada a la tercera edad; la prevención y atención integral de la discapacidad; el desarrollo de una política de medicamentos que garantice “eficacia, seguridad y acceso a toda la población” promoviendo además el “suministro gratuito de medicamentos básicos” (art. 21, inc. 10).

Respecto del derecho a la educación, la CABA debe asegurar “la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo” (art. 23) y asume la responsabilidad de financiar “la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades (art. 24). Por su parte, reconoce “el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado” para lo cual debe resolver el déficit habitacional “dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”, y promueve “la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva” (art. 31). Además, la CABA asegura a los/as trabajadores/as los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y “se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo” (art. 43). Asimismo, en lo vinculado al empleo público, asegura la estabilidad de sus agentes, a los que les reconoce el derecho de negociación colectiva. Finalmente, establece la obligación de promover

<sup>1</sup> Es la Ley N° 153, sancionada el 25 de febrero de 1999 y reglamentada por el Decreto N° 208/2001 del 2 de marzo de 2001. Al año siguiente, el 27 de julio de 2000, la Legislatura sancionó la Ley de Salud Mental (Ley N° 448).

prácticas culturales (art. 32), deportivas (art. 33), la investigación científica y la innovación tecnológica (art. 56).

Además de esta amplia gama de DESC, la Constitución menciona específicamente la situación de las mujeres e incorpora la “perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas” (art. 38); de los niños, niñas y adolescentes, quienes deben tener prioridad en las políticas públicas y se les garantiza una protección integral (art. 39); de la juventud, debiendo la CABA promover su acceso a la vivienda, empleo y sistemas de cobertura social (art. 40); de las personas mayores, a las que se les debe igualdad de trato y oportunidades y políticas de integración (art. 41); de las personas con necesidades especiales, respecto de las cuales la CABA debe desarrollar políticas de “protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral” (art. 42).

### **2.1. *La Ley para la Protección Integral de los Derechos Sociales***

Si bien la Constitución de la CABA es bastante exigente en materia de DESC, el 24 de noviembre de 2011 la legislatura sancionó la Ley N° 4036, para la Protección Integral de los Derechos Sociales. En una primera lectura, podría decirse que es una normativa algo extraña puesto que por tratarse de una ley, tiene un nivel de generalidad no muy inferior al que podemos encontrar en un texto constitucional. Aquí no detallaré las obligaciones genéricas y las prestaciones económicas, técnicas y/o materiales que se imponen respecto de niños, niñas y adolescentes, mujeres, adultos mayores y personas con discapacidad, pero sí me interesa remarcar que la ley tiene por objeto la protección de los DESC, “priorizando el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia” (art. 1). La ley define a la vulnerabilidad como la condición “de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos” (art. 6). De esta manera, las personas en situación de vulnerabilidad son las que “por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos” (art. 6).

La CABA, entonces, además de ser el distrito más rico de la República Argentina, cuenta con una normativa constitucional e infraconstitucional a primera vista muy exigente en materia de DESC. No podré abordar aquí toda la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) en materia de DESC así

que me limitaré a los casos de derecho a la vivienda. Tal como veremos, en comparación con el reconocimiento constitucional, el Tribunal ha mantenido una jurisprudencia notoriamente restrictiva del derecho a la vivienda digna y adecuada, y ha empleado la Ley N° 4036 como una estrategia para limitar los alcances su reconocimiento.

### 3. EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ

La jurisprudencia del TSJ en materia de derecho a la vivienda se transformó en un asunto de cierta relevancia nacional porque el caso “Q. C., S. Y.”, en el que el 24 de abril de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) estableció el carácter derivado de la operatividad de los DESC,<sup>2</sup> fue la revocatoria de una sentencia dictada por el TSJ. La jurisprudencia del TSJ en materia de derecho a la vivienda es especialmente extensa, y es así que, si tomamos solamente el período que se extiende entre febrero de 2014 y agosto de 2016, se dictaron 376 sentencias sobre la materia (Ministerio Público Fiscal de la CABA, 2017: 47-62). Teniendo en cuenta esta situación, aquí será imposible dar cuenta de cada uno de los pronunciamientos y solamente reseñaré algunos casos relevantes, previos y posteriores a la sentencia de la CSJN en la causa “Q. C., S. Y.”.

#### 3.1. *Entre el silencio y las pocas palabras sobre la exigibilidad del derecho a la vivienda digna y adecuada*

En la CABA, buena parte de la política habitacional se redujo a programas focalizados, y la jurisprudencia sobre el derecho a la vivienda digna y adecuada debe leerse a la luz de la impugnación judicial de estos programas. El primero, que se sumaba al Programa Nuestras Familias (ordenanza 43.821/89), fue el Programa Integrador para Personas o Grupos Familiares en Situación de Emergencia Habitacional (Decreto N° 607/97), mediante el cual las familias en situación de calle eran derivadas a paradores o se les pagaba una habitación de hotel. Hacia mediados de 2001, el Programa Integrador llegó a su fin y se presentaron decenas de acciones de amparo, y rápidamente los juzgados de

2 CSJN. (24 de abril de 2012), “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

primera instancia obligaron al gobierno de la CABA a garantizar el derecho a la vivienda digna de las familias que estaban muy próximas a ser desalojadas de los distintos hoteles, medidas que fueron confirmadas por la Cámara de Apelaciones.<sup>3</sup> Cuando los recursos presentados por la CABA llegaron al TSJ, el Jefe de Gobierno ya había dictado el Decreto N° 895/02 que modificaba el Plan Integrador y resolvía las deficiencias marcadas en los pronunciamientos de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario. Es por ello que el TSJ, en sentencias de noviembre de 2002, evitó pronunciarse sobre el derecho a la vivienda digna y adecuada y se limitó a declarar abstractos los casos.<sup>4</sup> Al año siguiente, el TSJ tomó intervención en una causa en la cual en primera y en segunda instancia se consideró que el caso se encontraba abstracto por el dictado del citado Decreto N° 895/02, pero los accionantes exigían una resolución de fondo. Nuevamente el TSJ evitó pronunciarse sobre el derecho a la vivienda digna y adecuada, y confirmó el carácter abstracto de la causa.<sup>5</sup>

- 3 Al respecto, ver Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I. (12/2001), “Silva Mora, Griselda y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”; Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II. (12/03/2002), “Ramallo Beatriz y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”.
- 4 TSJ. (1/11/2002), “Silva Mora, Griselda c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ. (1/11/ 2002), “Ortíz, Célica y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (1/11/2002), “Ríos Alvarez, Gualberto Felipe c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (1/11/2012), “Tarantino, Héctor Osvaldo y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (20/11/2002), “Ruiz Díaz, Omar c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”.
- 5 TSJ. (01/10/2003). “Jasmín, José Alberto y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido.” En el mismo sentido, TSJ (09/10/2013) “Martínez, Rosa Carmen c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (09/10/2013) “Santa Cruz, Catalina c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (09/10/2013) “Nieto, César O. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (09/10/2013), “Moscovich, Silvia Beatriz y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (09/10/2013), “Rodríguez, Alberto Rubén c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (09/10/2013), “Melgar, Patricia Verónica y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (09/10/2013), “Arauz, Mario Oscar c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (09/10/2013), “Guerra, Rosa Liliana y otro c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; TSJ (09/10/2013) “Cáceres, Hilda y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”.



En 2006 el TSJ se pronunció en el caso “Panza”,<sup>6</sup> y si bien continuó sin expedirse sobre el derecho a la vivienda digna y adecuada, la sentencia merece un pequeño análisis puesto que revocó un pronunciamiento favorable al derecho a la vivienda, y aunque no desarrolló con profundidad la discusión sobre su operatividad, algunos argumentos se acercaron a aquellos que hacen de los DESC, derechos meramente programáticos. Los accionantes reclamaban la reincorporación al programa de emergencia habitacional y mientras en primera instancia se rechazó el amparo, en la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario se revocó la sentencia y se obligó al Gobierno de la CABA a brindarles una asistencia habitacional sea en el marco del programa reglamentado por el Decreto N° 895/02 o por otros medios. Llegado el caso al TSJ, la jueza Ruiz propuso confirmar la sentencia por entender que los agravios de la demandada no lograban rebatir los argumentos de la Cámara. De todas maneras, la mayoría de los jueces –LOZANO, CASÁS y CONDE– revocó la sentencia. Para sustentar su decisión, el juez LOZANO sostuvo que el pronunciamiento de Cámara carecía “de la precisión necesaria acerca de cuál sería la conducta mediante la cual podría cumplirla la parte condenada”.<sup>7</sup> Además, los argumentos de la sentencia no alcanzaban el “mínimo exigible para imponer al GCBA una obligación de ejercer una función propia de un órgano político”<sup>8</sup> y tampoco logran sustentar la operatividad de los DESC.<sup>9</sup> Esta tibieza respecto de la exigibilidad de los DESC, también se lee en el voto del juez CASÁS, quien de modo directo enuncia que en el caso se discute el estatus de los DESC, no duda en sostener que el derecho a la salud es exigible, pero respecto del derecho a la vivienda digna y adecuada no se expidió con nitidez y reiteró que la Cámara resolvió “mediante pautas de excesiva latitud

6 TSJ (23/05/2006), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)’”.

7 TSJ (23/05/2006), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)’”, voto de LOZANO, punto 3.

8 TSJ (23/05/2006), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)’”, voto de LOZANO, punto 3.

9 TSJ (23/05/2006), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)’”, voto de LOZANO, punto 4.

que no se hacen cargo de las particularidades de la causa y, en consecuencia, la descalifican como acto jurisdiccional válido”.<sup>10</sup>

Si en las primeras causas el tribunal había hecho silencio sobre el carácter de los DESC y en el caso “Panza” era posible encontrar pistas poco auspiciosas sobre su dimensión exigible, estas se confirmaron cuatro años más tarde en la primera causa en la cual el TSJ se expidió sobre el fondo del asunto: “Alba Quintana”.<sup>11</sup> En el año 2006, el mismo de la sentencia del caso “Panza”, el gobierno de la CABA creó el Programa Atención para Familias en Situación de Calle (Decreto N° 690/06, modificado por los Decretos N° 960/08, 167/11 y 239/13) y Pablo Alba Quintana fue beneficiario del subsidio que el Programa instauraba para que quienes se encontraran en situación de calle pudieran alquilar alguna pieza. Al vencerse el beneficio –que en principio era de hasta \$ 4.200, a pagar en 6 cuotas– presentó una acción de amparo para ser reincorporado en el Programa, pero también para que el monto del subsidio le alcanzara para cubrir la totalidad del alquiler. En primera instancia se declaró la inconstitucionalidad de los plazos de vigencia de los programas de asistencia habitacional y la sentencia fue confirmada por la Cámara de Apelaciones.

Llegado el caso al TSJ, los jueces CONDE y LOZANO, haciendo una interpretación bastante conservadora de la Observación General N° 3 del Comité sobre DESC, entendieron que la CABA no estaba obligada a proporcionar viviendas a quienes lo exigieran, sino solamente a “fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles”.<sup>12</sup> Es por ello que, de modo algo preocupante, remarcaron que “no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional”.<sup>13</sup> Fue bajo este paradigma que luego delimitaron –algo que fue compartido por el juez CASÁS– los alcances del artículo 31

<sup>10</sup> TSJ (23/05/2006), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)’”, voto de CASÁS, punto 6.

<sup>11</sup> TSJ (12/05/2010), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”.

<sup>12</sup> TSJ (12/05/2010), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido.”, voto de CONDE y LOZANO, punto 5.2.

<sup>13</sup> TSJ (12/05/2010), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, voto de CONDE y LOZANO, punto 5.2.

de la Constitución de la CABA en estos términos: el gobierno debe atender la carencia de vivienda digna de sus habitantes y emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado; la responsabilidad recae fundamentalmente sobre el Poder Legislativo; no existe un derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda; el Estado debe cumplir progresivamente con sus obligaciones; “el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga”.<sup>14</sup> Por su parte, los subsidios se inscriben dentro de las políticas habitacionales mencionadas en el artículo 31 de la Constitución, pero “el derecho que generan a posibles beneficiarios, es un derecho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación”.<sup>15</sup> Finalmente, los jueces CONDE y LOZANO entendieron que tanto el monto del subsidio cuanto su carácter temporario, no resultaban contrarios al artículo 31.<sup>16</sup> Sí resultaba inconstitucional que la normativa no contemplara la “prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” que contempla el texto constitucional, porque de acuerdo a los magistrados “no se puede subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más”.<sup>17</sup> De esta manera, además de delinear una conceptualización notoriamente estrecha sobre los DESC, el TSJ dio inicio a una suerte de competencia por los subsidios estatales entre “más” y “menos” necesitados (ZAYAT, 2017: 37), paradigma que se consolidó cuando los casos de derecho a la vivienda digna y adecuada comenzaron a analizarse a la luz de la Ley para Protección Integral de los Derechos Sociales.

Esta interpretación conservadora sobre los DESC, en general, y sobre el derecho a la vivienda digna y adecuada, en particular, fue reiterada por el TSJ

<sup>14</sup> TSJ (12/05/2010), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Voto de CONDE y LOZANO, punto 6, voto de CASÁS, punto 5.

<sup>15</sup> TSJ (12/05/2010), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, voto de CONDE y LOZANO, punto 6, voto de CASÁS, punto 5.

<sup>16</sup> TSJ (12/05/2010), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, voto de CONDE y LOZANO, punto 12.

<sup>17</sup> TSJ (12/05/2010), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, voto de CONDE y LOZANO, punto 13.

en el caso “Quizberth Castro” en el cual, CONDE, LOZANO CASÁS y RUIZ se remitieron a los argumentos de “Alba Quintana”.<sup>18</sup> Luego, el caso de una mujer y su hijo discapacitado que reclamaban una vivienda que resguardara la integridad familiar llegó a la CSJN y se transformó en la sentencia más relevante en los últimos años en la materia. Sobre la exigibilidad de los DESC, el máximo tribunal sostuvo que la característica de “esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad”.<sup>19</sup> De todas maneras, el tribunal propuso una distinción entre operatividad directa y derivada, y aclaró que la de los DESC

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.<sup>20</sup>

De este modo, la ejecución de las medidas que reconozcan efectivamente los DESC no puede ser desarrollada por el Poder Judicial pero “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”.<sup>21</sup> Fue en función de este control de razonabilidad que la CSJN entendió que, dada las particularidades del caso bajo análisis, las políticas habitacionales de la Ciudad eran notoriamente insuficientes y, revocando la sentencia del TSJ, ordenó que se dispusieran los medios para atender la situación de discapacidad y de problemática habitacional del niño y su madre.

<sup>18</sup> TSJ (12/05/2010), “Quizberth Castro, Sonia Yolanda c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”.

<sup>19</sup> CSJN. (24 de abril de 2012), “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, considerando 10.

<sup>20</sup> CSJN. (24 de abril de 2012), “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, considerando 12.

<sup>21</sup> CSJN. (24 de abril de 2012), “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, considerando 12.

### 3.2. Derecho a la vivienda digna y adecuada y vulnerabilidad social

En “Alba Quintana”, los jueces CONDE y LOZANO habían planteado que “no se puede subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más”.<sup>22</sup> Esta competencia por mostrar quién se encuentra en mayor grado de vulnerabilidad, para lograr el reconocimiento del derecho a la vivienda digna y adecuada, adquirió una formalización más explícita con la interpretación que se realizó de la Ley N° 4036, para la Protección Integral de los Derechos Sociales. De acuerdo con esta normativa, a los discapacitados o mayores de 60 años en condiciones de vulnerabilidad o emergencia social se les reconocía el derecho a un “alojamiento” (art. 18 y art. 25, inc. 3). Tal como veremos, este reconocimiento explícito fue el argumento empleado por el TSJ para negar el derecho a la vivienda digna y adecuada a grupos vulnerables no incluidos en estos dos supuestos, para rechazar el “alojamiento” a quienes no fueran discapacitados ni mayores de 60 años.

En términos generales, los y las accionantes de los casos de derecho a la vivienda digna y adecuada que resuelve el TSJ pueden ser agrupados en estas categorías: personas discapacitadas en situación de calle; mayores de 60 años en situación de calle; mujeres con menores a cargo en situación de calle. Para el primer supuesto el *leading case* es “K.M.P.”; para el segundo es “Valdez”; y para el tercero es “Abadala”.<sup>23</sup>

“K.M.P.” es el primero de la saga y es donde se leen argumentos que luego serán repetidos y restituidos en “Valdez” y “Abadala”. K.M.P. tenía 49 años de edad, no contaba con familiares que pudieran proveerle ayuda, tenía HIV y Citomegalovirus, una discapacidad del 85%, se encontraba desempleado, entre enero de 2007 y septiembre de 2009 había sido incluido en el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle, pero le fue negada la renovación. Frente a esta situación presentó una acción de amparo, que le fue concedida en primera instancia y confirmada en la alzada, y se dispuso que el gobierno de la CABA debía garantizar su derecho a la vivienda algo que,

<sup>22</sup> TSJ (12/05/2010), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Voto de CONDE y LOZANO, punto 13.

<sup>23</sup> Para el período febrero 2014-agosto 2016, el Ministerio Público Fiscal de la CABA había relevado ciento sesenta y nueve casos resueltos de acuerdo a los criterios de “K.M.P.”, treinta y tres de acuerdo a los parámetros de “Valdez”, y ciento setenta y cinco con las directrices de “Abadala” (Ministerio Público Fiscal de la CABA, 2007: 51-53).

dadas las circunstancias del caso, no quedaba garantizado en los paradores y hogares de la CABA.

Llegado el caso al TSJ, los jueces CONDE y LOZANO entendieron que el derecho a la vivienda era operativo, aunque luego sostuvieron que su reglamentación era fundamentalmente competencia del Poder Legislativo, y finalmente afirmaron que no era correlato de una obligación de resultados sino de medios: realizar esfuerzos para solucionar el problema habitacional.<sup>24</sup> Si bien en la CABA el Poder Legislativo no sancionó ninguna ley específica sobre el derecho a la vivienda sí dictó la Ley para la protección integral de los derechos sociales. La normativa prioriza el reconocimiento de los DESC a quienes se encuentren en “estado de vulnerabilidad social y/o emergencia” (art. 1), y la propia ley define a la vulnerabilidad como la condición “de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos”, pero es importante tener en cuenta dos aspectos: por un lado que “una persona bien puede estar en situación de ‘vulnerabilidad social’ frente al ejercicio de uno o varios derechos, empero no de otros o de todos”.<sup>25</sup> Si bien la norma define a la vulnerabilidad y/o emergencia, establecer cuándo una persona se encuentra efectivamente en esas situaciones, en principio corresponde a la Administración y, solo si la decisión administrativa es impugnada judicialmente, al Poder Judicial.

Pero además, los magistrados argumentaron que en materia habitacional la ley reconoce dos tipos de derechos: (i) uno genérico, que prioriza las prestaciones sociales a aquellas personas en estado de vulnerabilidad o emergencia; (ii) el derecho a “un alojamiento” a los mayores de 60 años en “situación de vulnerabilidad social” (el art. 18) y a las personas discapacitadas en “situación de vulnerabilidad social” (conf. inciso 3, del art. 25).<sup>26</sup> Es decir

la ‘situación de vulnerabilidad social’ frente al derecho a la vivienda [...] se requiere en ambos casos. Pero, el Legislador ha entendido que cuando esa situación viene

<sup>24</sup> TSJ (21/03/2017), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CONDE y LOZANO, punto 3.

<sup>25</sup> TSJ (21/03/2017), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CONDE y LOZANO, punto 8.2.

<sup>26</sup> TSJ (21/03/2017), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CONDE y LOZANO, punto 6.

acompañada por una discapacidad [...] o una edad avanzada, más de 60 años, se impone una tutela especial.<sup>27</sup>

Finalmente, respecto de aquellos que están en situaciones de vulnerabilidad o emergencia, pero no son mayores de 60 años ni discapacitados, los jueces –en una frase en la cual la palabra privilegio parece desacertada– postularon que “están en una situación privilegiada los grupos familiares con niños/as”.<sup>28</sup> Ahora bien, el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle no establece reglas para la distribución de los beneficios de acuerdo a las categorías de la Ley para la protección integral de los derechos sociales, y entonces los jueces y las juezas pueden presumir que el gobierno de la CABA

aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio y, por ende, ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que la leyes 4.036 y 4.042 ponen en situación de prioridad frente a las restantes.<sup>29</sup>

Por su parte, en términos generales el juez CASÁS compartió los argumentos de CONDE y LOZANO, pero además retomó la distinción entre operatividad directa y derivada, y asimiló la operatividad derivada con la idea según la cual no estamos frente a obligaciones de resultados sino de medios: los Estados deben esforzarse para garantizar la efectividad del derecho a la vivienda digna y adecuada.<sup>30</sup> El magistrado destacó el amplio elenco de DESC reconocido por la Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional, pero “de ello no cabe colegir que pueda darse satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos

<sup>27</sup> TSJ (21/03/2017), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CONDE y LOZANO, punto 10.1.

<sup>28</sup> TSJ (21/03/2017), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CONDE y LOZANO punto 13.1

<sup>29</sup> TSJ (21/03/2017), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CONDE y LOZANO punto 14.

<sup>30</sup> TSJ (21/03/2017), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CASÁS punto 3.

económicos, sociales y culturales”.<sup>31</sup> Esto es así porque “consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales –que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos–, constituye una utopía”.<sup>32</sup>

En “Valdez”, el TSJ resolvió el caso de un hombre que adolecía de problemas crónicos de salud, se encontraba en situación de calle y tenía 60 años. Los jueces CONDE y LOZANO, respecto de los DESC, la vulnerabilidad y la tutela especial en casos de vulnerabilidad acompañada de discapacidades o mayoría de edad, repitieron buena parte de los argumentos vertidos en “K.M.P.”. Es por ello que, atento a la edad del accionante, entendieron que el gobierno de la CABA debía garantizarle un alojamiento. CASÁS también reiteró los argumentos que había ensayado en “K.M.P.”, pero agregó que era utópico consagrar DESC sin tener en cuenta los recursos materiales, y también lo era sin reparar en “las limitaciones territoriales de la Ciudad”.<sup>33</sup> En este caso es interesante remarcar que la jueza RUIZ no solamente no asumió las dos categorías de derechos que supuestamente se desprenden de la Ley para la Protección Integral de los Derechos Sociales, sino que también disintió expresamente con el carácter derivado de la operatividad de los DESC plasmado por la CSJN, y subrayó que “la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho”.<sup>34</sup>

En “Abdala”, el TSJ se encontraba frente a la confirmación por parte de la Cámara de Apelaciones de una sentencia de grado que había hecho lugar a la acción de amparo presentada por una mujer embarazada con un menor a cargo, para lo cual había declarado la inconstitucionalidad del tope del subsidio del Programa de Atención a Familias en Situación de Calle, ordenando así al Gobierno de la CABA a que se le brinde el monto total del inmueble que alquilaba. En el voto del juez CASÁS, pero fundamentalmente en el de CONDE y

**31** TSJ (21/03/2017), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CASÁS punto 4.

**32** TSJ (21/03/2017), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CASÁS punto 4.

**33** TSJ (04/06/2014), “Valdez, Mario Enrique c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, voto de CASÁS punto 6.

**34** TSJ (04/06/2014), “Valdez, Mario Enrique c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, voto de RUIZ punto 3. En el mismo sentido ver también TSJ (20/08/2014), “Moraez, Miriam Beatriz”, voto de RUIZ, punto 3.



LOZANO, se enfatizó que la Ley N° 4036, reglamentaria del derecho a la vivienda, solo reconocía el derecho a un alojamiento a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estuvieran en situaciones de vulnerabilidad o emergencia, y este reconocimiento restrictivo plasmado en la ley no había sido tachado de inconstitucionalidad, por lo que debía revocarse la sentencia de Cámara y mantener el subsidio con el tope legal.<sup>35</sup>

Si en “Abdala” el TSJ negó el derecho a un “alojamiento” a una mujer embarazada con una menor a cargo, en “Cornejo Salas” hizo lo propio con una mujer víctima de violencia doméstica. La actora estaba en una situación de vulnerabilidad en los términos de la Ley N° 4036, pero no era mayor de 60 años ni discapacitada. Con este argumento los jueces CONDE y LOZANO le negaron el alojamiento –aunque le mantuvieron el subsidio del Programa de Atención a Familias en Situación de Calle–, y el juez CASÁS recordó que de acuerdo con la Ley para la Protección Integral de los Derechos Sociales el gobierno de la CABA se encuentra obligado a brindar albergue a las mujeres que atraviesen situaciones de violencia doméstica y/o sexual (Ley N° 4036, art. 20, inc. 3). Pero luego enfatizó que mientras los mayores de 60 y discapacitados tienen derecho a ser alojados, las mujeres víctimas de violencia tienen derecho a ser albergadas, y “el albergue no está destinado a convertirse en el hogar permanente del sujeto albergado”.<sup>36</sup> Finalmente, y dentro de este sendero restrictivo en el reconocimiento del derecho a la vivienda digna y adecuada, en “R.G.P.” el TSJ entró en conocimiento de una causa en la cual una trans había presentado un amparo para acceder a una vivienda digna. En esta oportunidad, la Cámara de Apelaciones había denegado la acción porque la actora no había acreditado encontrarse en situación de vulnerabilidad en los términos de la Ley N° 4036, y el TSJ, en un fallo que contó con la disidencia

<sup>35</sup> TSJ, (14/08/2014), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Abdala, Analía Verónica c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CONDE y LOZANO punto 3. Al momento de evaluar este pronunciamiento, es importante recordar que en “K.M.P” CONDE y LOZANO habían sostenido que luego de los mayores de 60 y los discapacitados “están en una situación privilegiada los grupos familiares con niños/as”. En “Abdala” se toparon con uno de estos casos, y realmente no quedó muy claro en qué consistía ese “privilegio”.

<sup>36</sup> TSJ, (14/07/2015), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Cornejo Salas, María Isabel c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, voto de CASÁS punto 5.

de Ruiz, no concedió el recurso presentado por “R.G.P.” por cuestiones estrictamente formales.<sup>37</sup>

#### 4. NOTAS FINALES

En comparación con la Constitución Nacional, y también con otros textos constitucionales provinciales, el nivel de reconocimiento de DESC de la Constitución de la CABA luce a primera vista sensiblemente más elevado. Por su parte, y también en términos comparativos, el nivel de desarrollo de la CABA es notablemente superior al de otras jurisdicciones. Con este escenario podría pensarse que desplegar una línea jurisprudencial progresista en materia de DESC no debería ser una tarea tan complicada. De todas maneras, la jurisprudencia del TSJ muestra un elenco de sentencias y de argumentos bastante restrictiva en materia de DESC.

En sus primeros pronunciamientos, en los años 2002 y 2003, el TSJ evitó pronunciarse sobre los alcances del derecho a la vivienda digna y adecuada y resolvió los casos mostrando su carácter abstracto. En el caso “Panza”, del año 2006, tampoco se pronunció directamente sobre los alcances del derecho, pero a diferencia de los anteriores casos, en los cuales los pronunciamientos no implicaban la negación de la petición por una vivienda digna y adecuada, en esta oportunidad los magistrados revocaron una sentencia que reconocía el derecho. Fue en el año 2010, en “Alba Quintana”, cuando el TSJ mostró sus argumentos más restrictivos sobre el derecho a la vivienda y además estableció un paradigma que se mantiene hasta la actualidad: no a todos los sectores vulnerables se les reconoce el derecho a la vivienda o a un alojamiento, sino solamente a aquellos que siendo vulnerables están en peores condiciones que otros grupos también vulnerables.

De esta manera, el tinte progresista con el que se escribió la Constitución de la CABA se encuentra completamente ilegible en los pronunciamientos del TSJ.

<sup>37</sup> TSJ (02/12/2015), “RGP s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ RGP c/ GCBA y otros s/ incidente de apelación”.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CABA (2017). *Análisis y sistematización de jurisprudencia*. Recuperado de <https://www.fiscalias.gob.ar/wp-content/uploads/2017/02/Analisis-y-Sistematizaci%C3%B3n-final.pdf>

ZAYAT, D. (2007). Pobres merecedores y no merecedores de ayuda estatal. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 15(1), 36-56.



---

# Córdoba

**ANDRÉS ROSSETTI  
Y CECILIA MATEOS**

## 1. BREVES REFERENCIAS SOBRE DERECHOS SOCIALES

Los llamados “derechos sociales” constituyen una categoría dentro del universo de derechos.<sup>1</sup> Se los vincula<sup>2</sup> con lo que se denomina “constitucionalismo social” que pregona su reconocimiento y un Estado de bienestar. Su “idealización” inicia a mediados del siglo XIX pero sus realizaciones normativas a nivel constitucional recién se empiezan a materializar a comienzos del siglo XX con las constituciones de México de 1917, de Rusia de 1918 y la alemana de Weimar de 1919, para luego expandirse en otros lugares, al menos en su aspecto formal. La determinación de cuáles derechos se consideran “sociales” no es fácil, pero mayoritariamente se acepta que ellos son aquellos que están reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>3</sup> y en documentos del derecho internacional,

- 1 Sobre las diferentes formas de denominar a los derechos –fundamentales, constitucionales, básicos, humanos, “del hombre”, naturales, etc.– hay mucho escrito. Sin profundizar en sus diferentes acepciones, consideramos que se trata de aquellos derechos que se encuentran en la(s) constitucion(es) en forma explícita. Ver PECES BARBA MARTÍNEZ (1999: 21-38).
- 2 Por “derechos sociales” entenderemos a los que comúnmente se conocen como “derechos económicos, sociales y culturales” para evitar un uso recargado del lenguaje, pese a que nos estamos refiriendo a las tres categorías al hacerlo. La bibliografía sobre ellos es extensa y solo a título de ejemplo citamos tres textos, con remisión a la bibliografía en ellos citada: ABRAMOVICH y COURTIS (2002); ETCHICHURY (2013a); ROSSETTI (2010).
- 3 Por tanto, se entiende por derechos “sociales” aquellos que están reconocidos en el PIDESC de 1966 de Naciones Unidas y los demás documentos que contemplan derechos similares. Pueden citarse, entre ellos, la Carta Social Europea de 1961 (modificada en 1996 y en vigor – con esas modificaciones– desde 1999) en Europa o el Protocolo Adicional a la CIDH en materia de DESC de 1988 que entró en vigor en el 1999 en América.

regional y nacional. También a nivel provincial se regulan los derechos sociales y sobre esto nos concentramos en lo que sigue.

## **2. MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA**

La Constitución de Córdoba (en adelante CP) *formal* se sancionó en 1855 y tuvo diferentes reformas.<sup>4</sup> La de mayor importancia, con el retorno de la democracia, fue la realizada en el año 1987. Finalmente, la última fue en 2001 para establecer el sistema unicameral en la legislatura provincial.

El reconocimiento de derechos en el texto constitucional es rico.<sup>5</sup> Tiene varios artículos vinculados con los derechos sociales y los más importantes están dentro de la Primera Parte de la CP. En el Título Primero cabe mencionar el 7 que declara: “Todas las personas en la Provincia son libres e iguales ante la ley y no se admiten discriminaciones. La convivencia social se funda en la solidaridad e igualdad de oportunidades”. La Sección Segunda, titulada “Derechos”, regula, además de los “personales”, los políticos y los vinculados con asociaciones y sociedades intermedias (familia, cooperativas, etc.), los “Derechos Sociales”. Estos últimos se encuentran particularmente en su capítulo II, que cuenta con siete artículos: derechos “del trabajador” (23), “de la mujer” (24), “de la niñez” (25), “de la juventud” (26), “de la discapacidad” (27), “de la ancianidad” (28) y “del consumidor” (29). Cabe mencionar también el Título II “Políticas especiales del Estado” y su Capítulo I “Trabajo, seguridad social y bienestar” con artículos sobre “Trabajo” (54), “Seguridad social” (55), “Actividades de interés social” (56), “Régimen previsional” (57), “Vivienda” (58) y “Salud” (59). El Capítulo siguiente, II “Cultura y educación” contempla los artículos 60 a 65 que regulan los derechos en este campo. A esto puede agregarse el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que está incluido en la CP. A su vez, toda persona tiene el deber de “cuidar su salud como bien social” (art. 38, inc. 9, CP). El artículo 22 consagra la operatividad de todos los derechos “salvo cuando sea imprescindible reglamentación legal”.

<sup>4</sup> Las reformas formales fueron en 1870, 1883, 1900, 1912, 1923, 1949 (por la Legislatura provincial, derogada en 1955), 1987 y 2001.

<sup>5</sup> Para un breve comentario sobre la parte de los derechos en la CP ver HERNÁNDEZ (1988).

Este conciso relato descriptivo permite visualizar que, a nivel de la Constitución formal –más allá de los problemas de competencia, relevancia o pertinencia, a más de su efectivo cumplimiento–, la protección normativa es importante y robusta en relación con estos derechos.

### 3. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y SU JURISPRUDENCIA EN DERECHOS SOCIALES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS. PRINCIPALES FALLOS: ANÁLISIS

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) no es abundante ni variada.<sup>6</sup> En la búsqueda de fallos se ha tenido en cuenta la relevancia de cada uno en relación con el tema tratado circunscribiéndola a tres derechos en particular: salud, educación y vivienda. Antes de concentrarnos en ellos, cabe manifestar que el TSJ provincial está compuesto por siete integrantes que son elegidos por el Gobernador con acuerdo de la Legislatura (art. 144, inc. 9 de la CP) y en el período relevado (del 2000 al 2017) el cuerpo ha tenido distintas composiciones.<sup>7</sup> Los principales fallos los presentamos a continuación.

#### 3.1. *Derecho a la salud*

En el período relevado se observa poco desarrollo de este derecho fundamental. No obstante, existen diferentes resoluciones y cabe buscar criterios de distinción y clasificación de ellas para su mejor presentación. Un primer criterio que utilizamos es diferenciar entre acciones *colectivas* y aquellas promovidas por *particulares* y, entre estas últimas, las que distinguen si el demandado es un ente privado o un ente público.

En relación a este último grupo de casos cabe realizar una precisión. En el relevamiento efectuado encontramos que en la mayoría de los casos el ente público demandado es la Administración Provincial de Seguros de Salud

<sup>6</sup> El análisis jurisprudencial que se realiza en este artículo abarca desde el año 2000 hasta fines del 2017. La selección de los casos se realizó en base a búsquedas efectuadas en las principales revistas jurídicas de Córdoba (*La Ley Córdoba*; *Actualidad Jurídica*; *Semanario Jurídico*) a más del buscador de jurisprudencia (<http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/>) y la página web del Poder Judicial de la Provincia.

<sup>7</sup> Ver la página web del Poder Judicial Provincial: <http://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/index.aspx>

(en adelante APROSS) que es la obra social provincial. Una de las razones que justifican esta circunstancia es la asignación de competencia contencioso-administrativa para los amparos promovidos en contra de la Provincia y sus entes autárquicos, dispuesta por el artículo 4 bis de la Ley N° 4915, de amparo provincial.<sup>8</sup> De esta forma, dado que el Tribunal de Alzada de las Cámaras Contencioso-Administrativas es el propio TSJ, le corresponde a este resolver los recursos de apelación deducidos en contra de las sentencias de primera instancia.

Los fallos más relevantes en la materia son: en cuanto a *acciones colectivas* “Asociación Gremial del Hospital Municipal de Córdoba” y “Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales de la Ciudad de Córdoba”.

En “Asociación Gremial del Hospital Municipal de Córdoba” (2007)<sup>9</sup> el TSJ resolvió que un médico por derecho propio y por representación de la Asociación gremial que preside no está legitimado para interponer acción de amparo en resguardo del derecho a la salud de quienes reciben transfusiones de sangre. Agregó que forma parte de las facultades discrecionales de la administración decidir sobre las políticas de bioseguridad en dicha práctica médica. Específicamente, sostuvo que la salud se encuadra entre los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), los cuales para su funcionamiento y aplicación necesitan que se creen estructuras materiales para brindar las prestaciones a favor de sus titulares. De allí que se tornen consustanciales a este derecho decisiones discrecionales como la cuestionada en el caso, cuyo contenido está exento del control jurisdiccional.

En “Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales de la Ciudad de Córdoba” (2011),<sup>10</sup> un grupo de sindicatos de empleados públicos inició una acción declarativa de inconstitucionalidad contra la provincia por el dictado de la Ley N° 9277 que creó la APROSS, destinada a brindar asistencia médica

<sup>8</sup> Este artículo es introducido por la Ley N° 10249. Cabe recordar que la legislación de amparo aún vigente en la Provincia, si bien con algunas modificaciones como la señalada, fue dictada por decreto durante un gobierno de facto en el año 1967. La ley y sus modificatorias pueden visualizarse en <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/2c7a3db86d80eb2803257f1d0056cfd0?OpenDocument> (visitada el 15 de enero del 2018).

<sup>9</sup> TSJ (19 de junio 2007), “Asociación Gremial del Hospital Municipal de Córdoba – Amparo – Casación e inconstitucionalidad”.

<sup>10</sup> TSJ (12 de mayo 2011), “Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales de la Ciudad de Córdoba y otros c/ Provincia de Córdoba”. Sentencia 5.



integral a los empleados públicos provinciales y a empleados municipales adheridos mediante convenios especiales. El TSJ consideró que la normativa era constitucional salvo al establecer la obligación de rechazo *in limine* de las demandas de los afiliados que tuvieran por objeto la cobertura de prácticas no reconocidas, responsabilizándolos por los daños y gastos que tales acciones ocasionen. Esto en virtud de que, de lo contrario, se desalentaría a los afiliados a que entablen las acciones pertinentes para la defensa de sus derechos e intereses.

En lo que se refiere a las *acciones individuales*, para su análisis, subdividimos esta categoría de resoluciones en cinco grupos a los efectos de visualizar mejor los aspectos tratados y derechos involucrados.

a. *Procedencia de la cobertura*. En “Citto” (2009)<sup>11</sup> se discutía el monto que la Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores (CdPySSAyP) debía reintegrar a un afiliado por una prótesis que había adquirido. El TSJ sostuvo que constituye una facultad en parte reglada y en parte discrecional de la Caja dictar el acto administrativo que declare procedente el pago del reintegro solicitado. Para ello consideró necesario verificar si se cumplieron los requisitos exigidos por la norma y si estaba debidamente fundado el juicio técnico de indispensabilidad de la prótesis. Agregó que lo que queda librado a la razonabilidad del caso concreto es el monto a reintegrar. Para ello debe tenerse en cuenta el fin de asistencia médica integral y solidaria de la cobertura conforme las circunstancias particulares del caso. Sostuvo que la ley establece que el Consejo de Administración es la autoridad competente para ordenar el reintegro previa determinación del porcentaje correspondiente. Concluyó, entonces, que esta actividad no puede ser sustituida por el juez ya que ello importaría desnaturalizar la separación de poderes, en este caso la zona de reserva otorgada a la Administración. En definitiva, el juez controla la juridicidad, pero no sustituye ni valora la oportunidad o conveniencia susceptible de ser apreciada y seleccionada creativamente por la Administración. El juez debe verificar, al resolver el fondo de la cuestión, si la decisión administrativa adopta una solución técnicamente aceptable, “tolerable”, cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. El control del juez terminará

<sup>11</sup> TSJ (29 de diciembre 2009), “Citto c/ CdPySSAyP Plena Jurisdicción – Directo”. Sentencia 127.

en tal supuesto al comprobar que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico.

En “Scalambro” (2013),<sup>12</sup> el TSJ dispuso que la CdPySSAyP debía cubrir el 100% del medicamento prescripto a la actora, independientemente de su obligación legal, si de las particulares circunstancias de la causa surge un estado de necesidad que justifique la imposición por un tiempo determinado. De esta forma, se concilian los intereses en pugna procurando equilibrar la medicina y la economía, puesto que se ponderan los intereses en juego –integridad psicofísica, salud y vida de la actora– y la auto-subsistencia del sistema solidario implementado por el ente previsional de los letrados cordobeses. El TSJ consideró que se aplica al caso la *jurisprudencia de la necesidad*, atento sus particulares circunstancias (alto costo de la medicación y enfermedad infrecuente). Agregó que esta doctrina halla cimiento en las bases mismas de nuestro sistema constitucional de protección a la persona humana y a su salud y procura lograr una solución que, en términos de equidad, otorgue una respuesta eficaz a los derechos en conflicto. Se establece temporalmente –por un plazo determinado– la cobertura total de la medicación y, una vez finalizado, la demandada debe continuar con la cobertura que había dispuesto. En un voto individual, se considera a la salud como un derecho personalísimo de rango constitucional y un derecho humano fundamental consagrado a nivel internacional, manifestando que estos derechos aseguran el libre desenvolvimiento de los ciudadanos como personas singulares y solidarias, lo que se ha convertido hoy en un dogma universal.

En “P., A. L. DE L.” (2016),<sup>13</sup> el TSJ resolvió que era arbitraria la negativa del APROSS de no otorgar la cobertura correspondiente al plan materno-infantil, por encontrarse la afiliada en período de carencia. Consideró al derecho a la salud como un derecho personalísimo de rango constitucional y un derecho humano fundamental consagrado a nivel internacional en numerosas normas convencionales. Por ello, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos relativos a la salud materna, el embarazo y el parto. Agregó que resulta incuestionable el carácter de obligación básica que reconocen las prestaciones de servicios relativas a la salud

<sup>12</sup> TSJ (19 de marzo 2013), “Scalambro c/ CdPySSAyP– Amparo – Apelación – Casación”. Sentencia 2.

<sup>13</sup> TSJ (01 de noviembre 2016), “P., A. L. DE L. C/ APROSS - Amparo – Apelación”. Auto 225.

materna, que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia y deben ser objeto de regulaciones dirigidas a la plena realización del derecho a la salud de la mujer durante el embarazo y el parto.

En “A., A. C.” (2016),<sup>14</sup> el TSJ sostuvo que no era arbitraria la negativa de APROSS de cubrir un tratamiento de fertilización asistida a quien no acreditó el diagnóstico de infertilidad requerido por la reglamentación aplicable. Sostuvo que las obras sociales provinciales no son parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud, no están sujetas al poder de contralor de la Superintendencia del Seguro de Salud y solo deben rendir cuentas de sus acciones a las instancias de contralor del Estado provincial. Es por ello que no es aplicable al caso la Ley N° 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, invocada en sustento de la pretensión del amparo. Agregó que los principios fundantes del sistema de salud están basados en la solidaridad y enraizados en un fuerte fin social. Se invoca la razonabilidad como el tamiz para valorar las decisiones de la APROSS en función de la efectividad para el derecho a la salud en riesgo. Así, el TSJ sostuvo que en materia de salud, al realizar el test de razonabilidad se deben ponderar los derechos individuales y garantizar el acceso igualitario a dichas prácticas por parte del universo de afiliados que las requieran, sin que con ello se pongan en crisis las prestaciones que benefician a los demás asociados. Así, resulta razonable que si la Organización Mundial de la Salud define la infertilidad como la incapacidad de lograr un embarazo clínico, se requiera que quien solicita una asistencia para llevar a cabo un tratamiento de fertilización acredite médica y formalmente un estado de esterilidad primaria.

b. *Procedencia de la afiliación.* En “Rojo” (2005),<sup>15</sup> el TSJ sostuvo que la ya citada CdPySSAyP no es una obra social, ni forma parte del seguro nacional de salud, por lo que no se pueden aplicar analógicamente las leyes que las regulan. Sostuvo que la exclusión de la cobertura por patologías preexistentes a la afiliación de una persona con discapacidad no implica un trato discriminatorio y que la normativa específica de protección de la persona con discapacidad (Leyes N° 22431 y 24091) impone obligaciones a las obras sociales y, en defecto de estas, al Estado. Es por ello que el afectado podría presentarse en

<sup>14</sup> TSJ (29 de noviembre 2016), “A., A. C. C/ APROSS – Amparo - Apelación”. Auto 239.

<sup>15</sup> TSJ (12 de abril 2005), “Rojo Rouviere c/ CdPySSAyP – Amparo – Casación”. Sentencia 1.

los organismos públicos para obtener las prestaciones. En el segundo voto, como *obiter dictum* se invoca a la salud como un derecho personalísimo de rango constitucional y se afirma que es “un objetivo del derecho natural, confiado a la custodia del Estado”, que tiene naturaleza prestacional cuyo sujeto pasivo es el Estado, y cita el antecedente “Campodónico” de la CSJN.<sup>16</sup> Señala el reconocimiento del derecho a la salud en la CP y considera que el amparista tiene derecho a lograr una tutela idónea de parte del Estado nacional o provincial. El voto en disidencia entiende que, dado el carácter tuitivo derivado del espíritu de la legislación nacional en materia de discapacitados, dicha legislación debe ser aplicada analógicamente a entidades que tengan en sus manos los medios que posibiliten la protección especial buscada por esta. Así, el fin de la entidad demandada trasciende el plano meramente privatista para entrar a participar de cuestiones de corte netamente social como son el derecho a la salud y a la vida, y por ello debe asumir la cobertura reclamada por el actor.

En “Sarsfield Juliá” (2013),<sup>17</sup> el TSJ resolvió que las empresas de medicina prepaga estaban obligadas a aceptar al paciente como afiliado, independientemente de sus enfermedades preexistentes. Sostuvo que las normativas que regulan el Estatuto del Sistema del Seguro Nacional de Salud son de orden público y que de ella surge que las empresas de medicina prepaga están obligadas a afiliar a quienes padezcan enfermedades anteriores. En consecuencia, no puede negarse la incorporación de personas con patologías preexistentes, pero pueden aplicarles un canon especial, debidamente justificado según lo establezca la reglamentación. De esta forma se pueden coordinar los intereses y necesidades de los dos polos de la relación contractual, paciente y empresa. Además, sostuvo que el derecho a la salud es un “derecho implícito” consagrado por la Constitución Nacional (en adelante CN) y por los tratados del artículo. 75, inciso 22, a más del artículo 59 de la CP, y del 22 que sienta el principio de operatividad de los derechos. Citó jurisprudencia de la CSJN<sup>18</sup> para sostener que los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos ya que su goce efectivo es lo que le permite a una persona desplegar plenamente su valor

<sup>16</sup> CSJN (24 de octubre 2000). *Fallos* 323:3229.

<sup>17</sup> TSJ (24 de abril 2013), “Sarsfield Juliá c/ MET S.A. - Amparo – Apelacion – Directo”. Sentencia 3.

<sup>18</sup> CSJN (28 de agosto de 2007), *Fallos* 330:3725 y CSJN (28 de mayo de 2002), *Fallos* 325:1243.

como agente moral autónomo. En consecuencia, es un derecho operativo que puede ser ejercido por el individuo con la sola invocación y sin depender del cumplimiento de requisito alguno.

c. *Discapacidad*. En cuanto a los derechos de personas con discapacidad, a partir del año 2014, encontramos una serie de fallos en los cuales se reconoce expresamente su derecho a la salud y se efectúa un análisis de la normativa internacional, nacional y provincial aplicable.

En el caso “C, J.C.” (2014),<sup>19</sup> en el marco de la ejecución de sentencia de un amparo concedido en contra del APROSS en el cual se le ordenó brindar cobertura integral a una niña que padecía múltiples discapacidades, el TSJ resolvió que la cobertura integral no incluía gastos asistenciales como alimentación ni vivienda ni tampoco los de capacitación de los profesionales tratantes. Asimismo, entendió que el artículo 27 de la CP proporciona una guía hermenéutica clara y certera para dar contenido al concepto de cobertura integral que requiere una persona discapacitada. En efecto, las categorías que utiliza dicho artículo pueden ser consideradas como módulos o bloques de prestaciones debidas imperativamente. Así es posible calificar las prestaciones de prevención, de asistencia, de rehabilitación, de educación, de capacitación y aquellas referidas a la inserción en la vida social, catalogándolas como un piso mínimo. Agregó que la provincia aprobó el Convenio de Adhesión al Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Ley N° 24901) y con ello el programa para su implementación, obligándose a adoptar el Nomenclador de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad y a procurar la atención a través de efectores públicos y privados debidamente registrados. En función de dicho acuerdo es que en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia funciona la Junta Evaluadora de Discapacidad que emite el certificado de discapacidad que acredita plenamente tal condición en todo el territorio nacional. Sostuvo que este plexo tuitivo de las personas que padecen discapacidad se encuentra reforzado, en los casos en que se trate de niños, en función de la Convención de los Derechos del Niño con jerarquía constitucional en la CN. Consideró que la razonabilidad es el criterio para valorar las decisiones de la APROSS en

<sup>19</sup> TSJ (19 de septiembre 2014), “C, J.C., en representación de su hija c/ I.P.A.M. Amparo – Casación”. Auto 469.

función de la ponderación de la efectividad que ellas revisten para el derecho a la salud en riesgo, y sostuvo que la cobertura integral de las deficiencias que tiene la niña de autos debe alcanzar todas las prestaciones médicas y de rehabilitación que fuera menester para su tratamiento, así como de los dispositivos de apoyo necesarios para su desarrollo autónomo e integración social. Ello no incluye las prestaciones de carácter asistencial tales como su alimentación y vivienda, las que quedan a cargo del grupo familiar al que pertenece. Agregó que tampoco resulta razonable el pago por parte de la demandada de los viáticos y honorarios que corresponden a una capacitación en favor de profesionales de la salud, por más que sean aquellos que asisten a la menor.

En “S. M. D.” (2016),<sup>20</sup> el TSJ sostuvo que la decisión de la modalidad del tratamiento de una persona con discapacidad correspondía a un equipo interdisciplinario por lo cual APROSS no podía negarse a cubrir la prestación en los términos solicitados por los médicos tratantes. Lo interesante es que el Tribunal afirmó que, al analizar un caso en el cual esté en juego el derecho a la salud y por consiguiente el derecho a la vida de las personas con discapacidad, se debe partir necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares que subyacen al planteo. Nuevamente el tribunal entendió que el derecho a la salud es un derecho personalísimo de rango constitucional y un derecho humano fundamental consagrado a nivel internacional. También analizó las disposiciones constitucionales nacionales y locales que lo regulan. Agregó que a nivel local la CP establece que la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social (art. 59 CP). Pero incluso, más allá de tal reconocimiento expreso, agregó que el derecho a la salud es un *sustratum* indispensable para el ejercicio de otros derechos; es una precondition para la realización de valores en la vida y en el proyecto personal. Asimismo, mencionó que la Provincia aprobó el Convenio de Adhesión al Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y con ello el Programa Marco para su implementación. Afirmó, otra vez, que la salud no solo debe ser garantizada porque es un derecho que está positivizado, sino porque es, antes que ello, un objetivo de derecho natural confiado a la custodia del Estado. Finalmente, también se utilizó el concepto de razonabilidad para valorar las decisiones de la APROSS.

<sup>20</sup> TSJ (29 diciembre 2016), “S., M. D. c/ APROSS – Amparo – Casación”. Auto 161.

En el caso “M., V. V.” (2017),<sup>21</sup> el TSJ insistió en que debe considerarse que la experiencia de la discapacidad es única para cada individuo y por consiguiente, al momento de resolver, deben contemplarse las circunstancias particulares de cada individuo.

En “M., L. R.” (2017),<sup>22</sup> el TSJ destacó la notable preeminencia que la protección constitucional y convencional del derecho a la salud asume cuando su titularidad es ejercida por una persona que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, como es el caso de quien cuenta con un certificado de discapacidad. De esta forma concluyó que no es posible brindar el mismo trato a las personas con discapacidad que al resto de los afiliados de la APROSS, por cuanto estos requieren de una mayor accesibilidad y disponibilidad de los mecanismos existentes a los fines de garantizarles una vía efectiva y conducente a una protección especial.

También en “M., V.” (2017),<sup>23</sup> el TSJ afirmó que cuando está en juego el derecho a la salud deben considerarse las condiciones vitales particulares del individuo y la experiencia de la discapacidad. Retomó la idea de la salud como derecho humano fundamental y citó normativa internacional. También analizó los artículos 27 y 28 de la CP, se refirió al Decreto N°1297/99 y a la Ley N° 8811 y citó la Observación General N° 14 del Comité DESC. Asimismo, destacó que la protección normativa del derecho a la salud debe prevalecer cuando su titular es una persona vulnerable, como es el caso de un adulto mayor. Así, sostuvo que las personas de edad avanzada deben ser respetadas como sujetos simultáneamente distintos, que no obstante sus condiciones de jubilados continúan siendo parte de la comunidad aunque padezcan dependencia. Concluyó, entonces, que cualquier distinción relacionada con la edad que no se base en criterios razonables y objetivos puede ser considerada discriminación.

d. *Salud Mental*. En “Koltum” (2017),<sup>24</sup> más allá de lo resuelto en relación a la prestación demandada por el actor, hay una exhortación al Poder Ejecutivo provincial que plantea que, dado el tiempo prudencial que transcurrió desde

<sup>21</sup> TSJ (30 de enero 2017), “M., V. V. c/ APROSS - Amparo Auto 4”.

<sup>22</sup> TSJ (10 de julio 2017), “M., L. R. c/ APROSS - Directo”. Auto 67.

<sup>23</sup> TSJ (10 de octubre 2017), “M., V. c/ APROSS - Amparo – Apelación”. Sentencia 3.

<sup>24</sup> TSJ (30 de noviembre 2017), “Koltum c/ APROSS - Amparo – Apelación”. Sentencia 4.

la sanción de la Ley N° 9848, adecue las normas y prácticas vinculadas a la salud mental a las disposiciones de la CN. Asimismo, le recordó el deber de adoptar las medidas legislativas y de otra índole para cumplir con los compromisos internacionales, en virtud del artículo 2 de la CADH.

e. *Otros*. En “Asociación Mutual Mercantil Argentina” (2007),<sup>25</sup> el TSJ resolvió dejar sin efecto el embargo trabado a una obra social en razón de que la emergencia sanitaria tenía como finalidad última dar garantía de continuidad y suficiente tutela a la prestación del servicio de salud, derecho de máxima jerarquía. El TSJ habilitó su competencia por vía del *per saltum* dada la gravedad institucional subyacente y sostuvo que la medida cautelar impugnada ponía en jaque el patrimonio de la obra social, lo que podía alterar la regularidad de los servicios que prestaba. En definitiva, se invocó el derecho a la salud para resolver la inembargabilidad del patrimonio de la obra social.

En “Savid” (2014),<sup>26</sup> para garantizar el efectivo goce del derecho a la salud, el TSJ ordenó la relocalización de una familia cuya vivienda había quedado ubicada al lado de un basural. En este caso se combinaba la cuestión ambiental con el derecho a la salud del amparista y su familia. Para decidir, analizó las constituciones nacional y provincial. Sostuvo que el derecho a la salud resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos, con cita de la Observación General N° 14 (2000) del Comité DESC. Asimismo, manifestó que la salud no es solo un derecho positivo sino también un objetivo de derecho natural confiado a la custodia del Estado. Consideró las nociones de progreso económico y justicia social del artículo 75, inciso 19, CN. Sostuvo nuevamente la idea de que la razonabilidad es el tamiz mediante el cual se valorará la decisión de la Municipalidad de instalar un basural. Por ello consideró que dicho organismo debió adoptar las medidas preventivas necesarias para optimizar las condiciones ambientales del basural y también, en forma particular, frente a los afectados directos que vivían en el predio contiguo al emprendimiento. Afirmó, entonces, que dado que en este caso no se realizaron tales acciones, resulta procedente la relocalización del amparista y su familia para lograr el cese de la afectación a la vida y a la salud,

<sup>25</sup> TSJ (15 de mayo 2007), “Asociación Mutual Mercantil Argentina y otros c/ Osecac – Ejecución - Per Saltum – Medida Urgente”. Auto 67.

<sup>26</sup> TSJ (11 de agosto 2014), “Savid c/ Municipalidad de La Calera – Amparo – Casación”. Auto 357.



ya que se trata de derechos indisponibles respecto de los cuales no se admite ningún grado de tolerabilidad.

En “C, M A” (2015),<sup>27</sup> “M, E” (2016)<sup>28</sup> y “APROSS” (2017)<sup>29</sup> el TSJ resolvió la procedencia de medidas cautelares vinculadas con el derecho a la salud. Sin embargo, en relación con sus argumentos solo en el último de dichos fallos sostuvo que el tema a resolver repercutía sobre la salud pública.

### 3.2. Derecho a la educación

No hay un gran desarrollo jurisprudencial por parte del TSJ de este derecho, pero aun así hemos seleccionado tres casos. En “Gómez” (2004),<sup>30</sup> se discutió la constitucionalidad de la reglamentación provincial que dispone la edad de cinco años como requisito para el ingreso al jardín de infantes. El TSJ resolvió que no es arbitrario que la provincia se niegue a inscribir en la sala de cinco años a una niña que no cumple con el requisito de edad establecido en la reglamentación correspondiente. Para así resolver, sostuvo que establecer una fecha de corte para el ingreso a la escolarización no es discriminatorio ni conculca el derecho a aprender porque tal reglamentación forma parte de las atribuciones discrecionales del poder administrador.

En “Giménez” (2004),<sup>31</sup> el TSJ sostuvo que la modificación de los planes de estudio forma parte de la “zona de reserva de la Administración”, no susceptible de control judicial y no se vulneran derechos constitucionales cuando siguen garantizando la esencia del derecho de aprender.

En “Ruiz Casanova” (2008),<sup>32</sup> resolvió que no existe un derecho adquirido a completar la formación con el Plan de Estudios con el que se inició la carrera. Consideró razonable la decisión de la administración de cambiar el plan de

<sup>27</sup> TSJ (10 de noviembre 2015), “C, M A C/ APROSS – Amparo – Apelación”. Auto 189.

<sup>28</sup> TSJ (26 de diciembre 2016), “M, E C/ APROSS – Amparo – Apelación”. Auto 242.

<sup>29</sup> TSJ (31 de marzo 2017), “APROSS C/ A.D.A.A.R.C., Amparo – Apelación”. Auto 6.

<sup>30</sup> TSJ (19 de mayo 2004), “Gómez y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Amparo – Inconstitucionalidad”. Sentencia 10.

<sup>31</sup> TSJ (20 de septiembre 2004), “Gimenez y otros c/ Superior Gobierno de la Pcia. De Cba. y otro – Amparo – Inconstitucionalidad”. Sentencia 110.

<sup>32</sup> TSJ (27 de noviembre 2008), “Ruiz Casanova c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba – Amparo – Directo”. Sentencia 9.

estudios del Conservatorio Provincial en la medida que se reconozca el trayecto cumplido para adecuarse a la nueva modalidad.

### **3.3. Derecho a la vivienda**

En materia de derecho a la vivienda el TSJ ha tratado cuatro grandes temas, por lo que los analizaremos separadamente.

*a. La constitucionalidad del artículo 58 CP y su reglamentación.* El artículo 58 de la CP establece que la vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la Ley N° 8067 que dispone que se considera *automáticamente* inscripta a los fines previstos por la CP la vivienda única que cumpla con los requisitos fijados en la Ley Nacional N° 14394 y en la provincial N° 6074. Estas disposiciones fueron sumamente cuestionadas en diferentes casos resueltos por el TSJ, y en los que no ha habido acuerdos entre sus integrantes, que tienen variados argumentos. En “Banco de la Provincia de Córdoba” (2000),<sup>33</sup> el TSJ declaró la constitucionalidad de la normativa bajo estudio. Se planteaba que en la provincia, al reconocerse como beneficio automático la inejecutabilidad de la vivienda única sin necesidad de inscripción previa, se contrariaba el ordenamiento nacional, en el cual la protección al bien de familia se efectivizaba a través de un régimen de inscripción. El TSJ resaltó que el Estado argentino había reconocido paulatinamente los derechos sociales, primero por vía jurisprudencial, luego con las incorporaciones de los artículos 14 bis y 75 inciso 22 CN. Así, consideró que en virtud del mandato impuesto por el artículo 2 de la CIDH, la adecuación del derecho interno a los parámetros por ella fijados, puede hacerse por vía jurisprudencial y no solo a través de la legislación formal. Concluyó que la disposición que prevé que la vivienda única es inembargable se adecua a los parámetros establecidos en la CN y que la afectación a intereses particulares que pudiese ocasionar, como el de los acreedores que pierden la garantía, ceden cuando entran en conflicto con la dignidad humana y el bienestar familiar y general. Estimó, además, que la normativa local es una aplicación anticipada de una garantía prevista en la CN que reclama su instrumentación operativa. De esta forma, la provincia concilia

<sup>33</sup> TSJ (14 de marzo 2000), “Banco de la Provincia de Córdoba c/ Massa. – Ejecutivo”. Auto 61.

el ejercicio de la función social, dispuesto por el artículo 1 de la CP y su deber de sujetarse al régimen legal superior en vigor (arts. 31 CN y 1, CP).

El TSJ volvió a tratar el tema, pero con solución contraria en “Funes” (2002),<sup>34</sup> donde entiende que el artículo 58 CP y su ley reglamentaria eran inconstitucionales. La mayoría, si bien retoma los argumentos dados en el precedente, resuelve lo contrario en virtud de los principios procesales de economía y celeridad. Ello porque la CSJN había resuelto ese mismo año la causa “Banco del Suquía S.A. c/ Tomassini”,<sup>35</sup> en la que se inclinó por la inconstitucionalidad de las disposiciones bajo estudio. El TSJ, dejando a salvo su criterio, reconoce el valor vinculante de los fallos de la CSJN y a partir de entonces aplica este precedente en numerosas oportunidades, como por ejemplo en “Viutti” (2002),<sup>36</sup> “Banco Río de la Plata” (2003),<sup>37</sup> “Luján” (2003)<sup>38</sup> y “Araguez” (2004).<sup>39</sup>

En “Romero” (2006), el TSJ retomó esta cuestión. Se planteó si, dadas las particularidades que caracterizan a la protección de la vivienda única, que no solo debe ser considerada como propiedad sino también como derecho social, corresponde su regulación a través de la competencia exclusiva del Congreso Federal o bien queda un remanente de competencia conservada por las provincias, concurrente con aquella. Para resolver el caso, analizó las disposiciones de la CN en materia de propiedad y de derechos sociales. Consideró que la inviolabilidad de la propiedad frente al Estado y a los particulares está garantizada en el artículo 17 CN y el derecho a la vivienda en el artículo 14 bis. A su vez, el Estado no se limita a la exclusión de intromisiones, sino que se le exige un papel activo del que emergen, para los derechos sociales, obligaciones de prestación a cargo no solo del Poder Legislativo sino también del Judicial a través de su actividad interpretativa. Es por ello que entendió que la norma de la CP que dispone que la vivienda única es inembargable se adecua a las normas federales, en particular a lo dispuesto por el artículo 14

<sup>34</sup> TSJ (27 de agosto 2002), “Funes c/ Pollizza y otro – Ejecutivo – Casación”. Auto 163.

<sup>35</sup> CSJN (19 de marzo de 2002), *Fallos* 325:428.

<sup>36</sup> TSJ (17 de septiembre 2002), “Viutti y otras v. Municipalidad de Ballesteros”. Auto s/d.

<sup>37</sup> TSJ (4 de junio 2003), “Banco Río de la Plata c/ Rivarola de Quiroga y otro”, Auto 151.

<sup>38</sup> TSJ (1 de octubre 2003), “Luján c/ Quiroga y otra”, Auto 265.

<sup>39</sup> TSJ (7 de septiembre 2004), “Araguez c/ Silberstein y otra – Casación e inconstitucionalidad”, Auto 193.

bis de la CN y por el PIDESC, ya que la inembargabilidad es una medida de protección. Incluso es la misma medida que prevé la Ley nacional N° 14394, por lo tanto la protección provincial no es mayor. La diferencia entre ambas legislaciones es que la nacional exige la inscripción para que produzca efectos mientras que Córdoba considera automáticamente inscrita como bien de familia la vivienda única asiento del grupo familiar. Concluyó que la modalidad de reconocimiento establecida a nivel local no implica un desborde de la competencia de la provincia, desde que se trata de un aspecto instrumental y secundario para hacer efectiva la protección de la vivienda única que es a su vez captada como bien de familia. Esta misma causa llegó a la CSJN, que en 2009 ratificó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 58 *in fine* de la CP y de la ley reglamentaria.<sup>40</sup> Luego, el TSJ se pronunció nuevamente en la causa “Chincheró” (2009)<sup>41</sup> y, en virtud de los principios de celeridad y economía procesal, decidió resolver la cuestión de acuerdo a lo resuelto por la CSJN. El último fallo en la materia es en el caso “Fideicomiso Suma” (2017)<sup>42</sup> en el cual a los argumentos dados en “Chincheró”, se le agrega el análisis de la normativa incorporada al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

*b. Derecho de los niños a una vivienda digna.* En “Girairdi” (2015),<sup>43</sup> el TSJ entendió que no se vulnera el derecho de los niños a una vivienda digna cuando se ordena el desalojo del inmueble en el marco de un proceso de usurpación que no tiene sentencia firme. Estimó que la “situación de riesgo y vulnerabilidad” en la que coloca a los menores que habitan en el inmueble objeto del desalojo, es una circunstancia anterior a la adopción de la medida objetada. Citó el precedente “Escobar”<sup>44</sup> de la CSJN en el cual se consideró que la seguridad jurídica de la tenencia forma parte del concepto de vivienda adecuada. Así, toda situación precaria carece de dicha seguridad, por lo que la afectación a los derechos de los niños en tales circunstancias es anterior al

<sup>40</sup> CSJN (23 de junio de 2009), *Fallos* 332:1488.

<sup>41</sup> TSJ (26 de octubre 2009), “Chincheró y otro c/ Figueroa – PVE - Recurso e Inconstitucionalidad”. Auto 368.

<sup>42</sup> TSJ (20 de marzo 2017), “Fideicomiso Suma c/ Salvatori y otro – Ejecución Prendaria – Recurso de Inconstitucionalidad”. Auto 31.

<sup>43</sup> TSJ (10 de abril 2015), “Girairdi – Lopez – Molina. Causa Con Imputados”. Auto 104.

<sup>44</sup> CSJN (01 de agosto de 2013), *Fallos* 336:916.

desalojo. Finalmente destacó que es suficiente a los fines de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 27<sup>45</sup> de la Convención de los Derechos del Niño, poner en conocimiento de las autoridades competentes la situación de los niños a efectos de que se resguarden sus derechos.

*c. Leyes de emergencia y suspensión de las ejecuciones.* Otro aspecto tratado por el TSJ es el de la constitucionalidad de las leyes de emergencia provinciales que disponen la suspensión de las ejecuciones que tuvieran por objeto la vivienda única, lo que se encuentra vinculado con el primero de los puntos abordados aquí y al igual que en aquel las resoluciones no fueron por unanimidad.

En “Nobleza Piccardo” (2016),<sup>46</sup> el TSJ dispuso por mayoría la inconstitucionalidad de las leyes provinciales de emergencia que suspendían las ejecuciones de la vivienda única. Sostuvo que la Ley N° 9136 no tiene naturaleza meramente procesal ni reviste carácter provisorio atento a las sucesivas prórrogas de la que ha sido objeto. Asimismo, estimó que tras más de una década de los acontecimientos ocurridos en el año 2001 que motivaron la declaración de emergencia, no resulta sensato continuar invocando tal crisis para prorrogarla. Concluyó que si el Estado Provincial ha asumido el compromiso de garantizar la vivienda única no puede pretender hacer efectiva la protección mediante la imposición a terceros de restricciones que afectan su derecho patrimonial.

Al año siguiente, en “Banco Provincia de Córdoba” (2017),<sup>47</sup> el TSJ cambió de criterio y declaró la constitucionalidad de las leyes de emergencia mencionadas. Los argumentos de cada uno de los vocales son los mismos que en el fallo del año precedente, pero la diferencia es que se suma un nuevo vocal y se adopta la posición de la minoría que, por tanto, se vuelve mayoría. El principal argumento es que las leyes de emergencia ordenan la suspensión temporaria de las ejecuciones. Esta cuestión no resulta inconstitucional dado

<sup>45</sup> Art 27: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

<sup>46</sup> TSJ (20 de abril 2016), “Nobleza Piccardo SAIC Y F. c/ Sáez y Otros – Ordinario – Cobro de Pesos – Recurso de Inconstitucionalidad”. Auto 122.

<sup>47</sup> TSJ (08 de junio 2017), “Banco de la Provincia de Córdoba c/ Demarchi y otro- Ejecución hipotecaria- Recurso directo”. Auto 108.

que se trata de un aspecto meramente procesal y no de fondo. Por lo tanto, la competencia para regularla está reservada a las provincias. Asimismo, sostuvo que el plazo de vigencia de la suspensión de las ejecuciones no excede los parámetros razonables de tolerancia y solidaridad exigibles a todos los integrantes de la sociedad en situaciones excepcionales de emergencia que ponen en riesgo la convivencia social, como lo es la crisis económico-financiera del año 2001.

d. *Artículo 35 de la Ley N° 22232*. El TSJ se concentró en la inembargabilidad e inejecutabilidad de los bienes inmuebles destinados a vivienda única adquiridos mediante préstamo otorgado por el Banco Hipotecario Nacional, previsto en el artículo citado. En “Gorosito” (2003),<sup>48</sup> decidió que dicha medida también tutela al tomador del préstamo hipotecario y, por lo tanto, no fenece una vez cancelada la hipoteca. Manifestó que no existe ninguna razón que justifique que el beneficio sea otorgado solo a favor de la entidad financiera. Agregó que la solución contraria implicaría lesionar el principio de igualdad jurídica ya que no se podría justificar que se otorgue el beneficio a una entidad bancaria y no al resto. Sostuvo que el amparo constitucional e internacional de la vivienda constituye una valiosa pauta interpretativa que debe orientar al juzgador en la solución de los casos concretos y no puede ser desatendida bajo pretexto de una hermenéutica estrictamente gramatical.

### **3.4. El TSJ y los derechos sociales: cierre**

De lo señalado anteriormente se advierte que, pese a la generosidad en el reconocimiento de los derechos sociales de parte de la normativa fundamental provincial e incluso de su exigencia, condicionada, de operatividad, el TSJ no ha tenido una intensa y fuerte protección de ellos, en particular con referencia a los tres analizados.

Puntualmente en los casos de salud no siempre se hace referencia expresa al derecho y cuando se lo menciona, sin embargo, se lo considera un “derecho personalísimo de rango constitucional” o, en algunos casos, se entiende que la salud no solo debe ser garantizada porque es un derecho

<sup>48</sup> TSJ (11 de marzo 2003), “Gorosito c/ Pedro Moyano Y Otros – Abreviado – Recurso De Casación”. Auto 32.

positivizado sino porque es, antes que ello, un objetivo de *derecho natural* confiado a la custodia del Estado. Solo en algunos casos se hace referencia y se analiza el enorme plexo normativo regional y universal vinculado a este derecho. Resulta llamativo que prácticamente para justificar las decisiones no se utiliza la propia CP. Finalmente, cabe destacar que en materia de discapacidad se advierte en los últimos años un mayor interés por parte del máximo Tribunal provincial que se refleja en resoluciones que consideran a la persona con discapacidad como un sujeto de protección especial por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, considerando que para resolver debe tenerse en cuenta la experiencia única de discapacidad que atraviesa cada individuo. Asimismo, aborda en los fallos toda la normativa provincial, nacional e internacional aplicable en materia de discapacidad.

Educación es un derecho muy poco trabajado por el TSJ y los casos resueltos abordan cuestionamientos a las políticas educativas de la Administración. En ellos se pone énfasis en la idea de discrecionalidad del poder administrador y en la imposibilidad del Poder Judicial de revisar tales decisiones.

En el tema vivienda concentra la principal atención la cuestión de la inembargabilidad cuando esta es única y su discusión, en buena medida, vinculada con otros aspectos.

A su vez, en relación con los tres derechos, cabe señalar que el TSJ en algunas ocasiones ha invocado el argumento de la “discrecionalidad” de quien toma la decisión provocando con ello el menoscabo en el reconocimiento de los derechos sociales involucrados.<sup>49</sup> Asimismo, en los últimos años no se ha tenido en cuenta el caso “Quisberth Castro” (2012)<sup>50</sup> considerado un *leading case* en materia de operatividad y exigibilidad de los derechos sociales.<sup>51</sup> Por

<sup>49</sup> Por ejemplo, en relación con el derecho a la salud ALVAREZ y GUIÑAZÚ (2013, 2339) concluyen que “En la Provincia, el contenido y la exigibilidad del derecho a la salud quedan subordinados al alto margen de discrecionalidad con que se desenvuelven los poderes políticos, margen convalidado por el propio Tribunal Superior de Justicia, particularmente a favor de la Administración. Para el máximo tribunal, se trata de un derecho programático, sin que haya manifestado voluntad por identificar o precisar contenidos esenciales en la dimensión prestacional del derecho”.

<sup>50</sup> CSJN (24 de abril de 2012), *Fallos* 335:452.

<sup>51</sup> El caso es sobre derecho a la vivienda y, si bien la CSJN resuelve favorablemente a los actores, madre e hijo en situación de calle, el caso no comporta, realmente, un cambio relevante en lo que se refiere a operatividad y exigibilidad de los derechos sociales. Ver al respecto, con distintas fundamentaciones, ETCHICHURY (2013) y (2017), FERNIOT (2015) y PUGA (2017).

último, se destacan los muchos temas “no tratados” por el TSJ, lo que puede deberse a distintos factores incluso aleatorios, pero en ciertos casos la responsabilidad recae en el mismo tribunal. Al respecto, merecen destacarse, a título de ejemplo, los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la salud de las mujeres. En efecto, el caso “Portal de Belén”<sup>52</sup> lleva años esperando ser resuelto por el TSJ después de que la sentencia de Cámara fuera apelada. Dicha demora impide el ejercicio de tal derecho a numerosas mujeres, sobre todo a las que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

A lo dicho en el punto anterior, cabe agregar que la escasa cantidad de casos o bien de “litigiosidad” de los derechos sociales en el ámbito del TSJ no implica, como podría suponerse, que todos los habitantes de la provincia gocen plenamente de ellos. Al respecto, baste visualizar indicadores concretos en la materia. Por ejemplo, según el Censo 2010, sobre un total de 3.256.521 habitantes, 1.071.039 carecían de cobertura de salud,<sup>53</sup> es decir que no contaban con obra social, plan de salud privado, mutual, ni prepaga. En lo que se refiere al derecho a la educación, el panorama tampoco es alentador tal como puede visualizarse de las mismas estadísticas que provee la administración provincial.<sup>54</sup> Por último, en materia de vivienda, según la Subsecretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, en la Provincia existe una necesidad habitacional de 67.311 unidades de las que en la actualidad solo hay en construcción 1.042.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> El fallo apelado, “Portal de Belén Asociación civil c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo” - cuerpo (civil) de apelación es de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Córdoba y fue dictado el 3 de octubre de 2012. La Fiscalía General se expidió el 28 de marzo de 2014 y a la fecha el TSJ no ha resuelto el caso.

<sup>53</sup> <http://estadistica.cba.gov.ar/Sociedad/Salud/CoberturadeSalud/tabid/419/language/es-AR/Default.aspx> consultada el 19/08/2017.

<sup>54</sup> Ver el siguiente link que muestra datos sobre la materia: <http://multimedia.cba.gov.ar/web/Estadi%CC%81sticas%20de%20la%20Educacio%CC%81n%202017%20ok.pdf> (página visitada el día 22/01/18).

<sup>55</sup> <http://www.lanacion.com.ar/2049925-aceleran-las-obras-para-terminar-viviendas-sociales-este-ano> (consultado el 19/08/2017).



El análisis realizado muestra que una provincia que está entre las más ricas del país tiene un déficit importante en materia de derechos sociales que repercute fundamentalmente sobre los sectores más vulnerables. Ha quedado claro, a su vez, que el problema no se suscita por su falta de reconocimiento normativo ya que la protección de los mismos a nivel de la constitución provincial formal es amplia y robusta. Pese a lo dicho, la realidad muestra que no todos los cordobeses gozan plenamente de estos derechos. Es de esperar, entonces que las autoridades, TSJ incluido, y la sociedad cordobesa toda, con los límites –tanto jurídicos como “fácticos”, económicos, políticos y demás que su cambio importaría– empiecen a tomar conciencia de la vital importancia del reconocimiento de estos derechos para todos los integrantes de la comunidad y, por tanto, se decidan, finalmente, a actuarlos, cumplirlos y respetar su operatividad plena para todos, pero en particular para los sectores más vulnerables, desprotegidos y marginados quienes son, a su vez, los que menos acceso tienen a la “justicia”.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ALVAREZ, M. I. y GUIÑAZÚ, C. E. (2013). El derecho a la salud en la provincia de Córdoba. En L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO (coords.), *Tratado de derecho a la salud* (pp. 2319-2341). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ETCHICHURY, H. (2013a). *Igualdad Desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la constitución argentina*. Córdoba: Editorial Universidad Nacional de Córdoba.
- (2013b). Un techo razonable: el derecho a la vivienda en un fallo de la Corte Suprema argentina. *Estudios Constitucionales*, 11(2), 737-768.
- (2017). Derecho a la vivienda: exigibilidad, dificultades y desacuerdos. En M. BENENTE y F. THEA (comp.), *Derecho a la vivienda y litigio estructural* (pp. 17-49). José C. Paz: Edunpaz.
- FERNIOT, C. A. (2015). Políticas públicas y derecho a la vivienda: el programa de crédito argentino en H. J. ETCHICHURY y M. I. ALVAREZ (coords.), *Encuentros y (des)encuentros entre las políticas públicas y los derechos sociales* (pp. 140-172). Córdoba: Gides-CIJS, UNC.

- HERNÁNDEZ, A. M. (1988). Derechos. En P. J. FRÍAS y otros, *La nueva constitución de Córdoba* (pp. 21-49). Córdoba: Lerner.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III.
- PUGA, M. (2017). Justicia estructural y derecho a la vivienda: el caso Quisberth CASTRO. En M. BENENTE y F. THEA (comp.), *Derecho a la vivienda y litigio estructural* (pp. 189-221). José C. Paz: Edunpaz.
- ROSSETTI, A. (2010). Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales. En S. RIBOTTA y A. ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson.

---

# Corrientes

**MARÍA MERCEDES SOSA**

## 1. INTRODUCCIÓN

Este aporte tiene por objeto analizar la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia<sup>1</sup> de la provincia de Corrientes (en adelante, STJ) en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC).

El itinerario trazado para este propósito consiste en transitar dos tramos del camino que detallo a continuación. Inicialmente, precisaré el reconocimiento de los DESC en la Constitución provincial (en adelante, CP) y su exigibilidad, cometido que necesariamente nos dirige a tomar el sendero constitucional que transitó Corrientes durante las dos últimas décadas.

En el segundo tramo, ingresaré concretamente al examen de la jurisprudencia del máximo tribunal provincial sobre DESC, deteniéndome en el estudio de los casos en los que se debate el derecho a la vivienda, derecho a la salud y derecho a la educación. Dentro de este marco, exploraré si se declaran exigibles los DESC.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DESC EN LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES

Actualmente rige en la provincia de Corrientes la Constitución sancionada y promulgada el 8 de junio de 2007. Los antecedentes están conformados por las diez constituciones que la precedieron y rigieron el destino institucional de

<sup>1</sup> Denominación utilizada para la corte provincial por la Ley Orgánica de Tribunales (LOAJ, art. 1 y ss.), Reglamento Interno para la Administración de Justicia (RIAJ, art. 2 y ss.) y Constitución Provincial (art. 178 y ss.).

los ciudadanos correntinos. Fueron sancionadas en 1821, 1824, 1834, 1856, 1864, 1889, 1913, 1949, 1968 y 1993.<sup>2</sup>

El 12 de abril de 2006, la Asamblea Legislativa dictó la Ley N° 5692 por la cual declaró la necesidad de Reforma Parcial de la Constitución correntina, indicó las disposiciones sometidas a la reforma y facultó a la Convención Constituyente a instituir nuevos órganos con rango constitucional.

El 22 de noviembre de 2006, el mismo órgano legislativo sancionó la Ley N° 5765 que amplió las disposiciones de la Ley N° 5692. Autorizó a la Convención Constituyente a instituir como nuevos órganos con rango constitucional, además de los mencionados en la precedente disposición legal, al Tribunal de Cuentas y, en consonancia con la vigencia de tratados internacionales de jerarquía constitucional, a incorporar en nuevos artículos los siguientes institutos: a) Derechos de la mujer trabajadora del hogar; b) Derechos de la familia, del niño y de la ancianidad; c) Derechos de usuarios y consumidores; d) Protección de los recursos naturales y medio ambiente, ordenamiento territorial ambiental, postulados del desarrollo sustentable, evaluación del impacto ambiental, educación, información y participación ciudadana en temas ambientales, declaración de dominio público de la Reserva del Iberá y del Acuífero Guaraní en territorio correntino; e) Intervenciones Federales; f) Emergencias; g) Transparencia de la cosa pública y publicidad de los actos de gobierno; h) Ética Pública; i) Declaración Jurada Patrimonial; j) Amparo y hábeas data; k) Iniciativa y consulta popular; l) Autarquía financiera del Poder Judicial; m) Estímulo a la actividad e inversión privada, local y extranjera; n) Reforma constitucional por el sistema de enmienda; o) Disposición transitoria que regule la transición en el cambio de sistema de elección de Senadores provinciales, sobre la base del respeto a los mandatos vigentes, entre otras.

A modo de sumaria apreciación contextual, repárese que la última reforma constitucional se llevó a cabo en el año 1993 (un año antes de la reforma de la Constitución Nacional). Se infiere que la carta magna correntina se encontraba desactualizada y presentaba enormes asimetrías en relación a la consagración de los derechos incorporados en el nuevo texto nacional, fundamentalmente en el plano de los derechos personalísimos (derecho a la vida, a la intimidad); derechos colectivos (derecho a la protección del ambiente, derecho de los consumidores y usuarios, derechos de los pueblos indígenas);

<sup>2</sup> In extenso [www.hcdcorrientes.gov.ar](http://www.hcdcorrientes.gov.ar)

derechos políticos (a formar asociaciones políticas, derechos electorales, a la participación social, iniciativa y consulta popular); derechos públicos subjetivos en la sociedad (educación, derecho a la nacionalidad y a la ciudadanía); las garantías de los derechos en la nueva constitución (amparo de los derechos individuales, amparo colectivo, hábeas data, hábeas corpus); la reforma del sistema político; reformas en el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial; instauración de órganos de control (Auditoría General de la Nación, Defensor del Pueblo, Ministerio Público, juicio político); consagración de la autonomía municipal, etc.

Como simetrías entre la reforma constitucional nacional y la provincial adviértase el hecho histórico fundamental de que ambas dieron respuesta a la necesidad de resolver la tensión política existente. En el plano nacional, devino como consecuencia del Pacto de Olivos y, en el provincial, una vez finalizado el mandato de la última intervención federal (1999-2001),<sup>3</sup> a través de la firma del Acuerdo de Gobernabilidad del año 2001.

Expuesto en forma resumida y breve este segmento de la historia constitucional correntina, corresponde verificar si los DESC se encuentran admitidos en el texto consagrado en el año 2007 y si se declara su exigibilidad.

Para cotejar la inclusión de estos derechos en la carta magna provincial, realizaré un análisis de equivalencias entre las normas del ordenamientos internacional y provincial, respectivamente (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC).

El artículo 1 del PIDESC encuentra su semejante en el artículo 1 de la CP al reconocer que la provincia de Corrientes es parte indestructible e inseparable de la Nación Argentina y la Constitución nacional es su ley suprema. Su autonomía es de la esencia de su gobierno y necesaria a la vez a un régimen federal indisoluble; por tanto, organiza su gobierno bajo la forma representativa republicana y mantiene en su integridad todo el poder no delegado expresamente al gobierno de la Nación. El artículo 58, por su parte, establece que los recursos naturales existentes en el territorio provincial constituyen dominio originario del Estado Provincial.

Los artículos 2 y 3 del PIDESC que consagran el principio de progresividad para acceder a la plena efectividad de los derechos y garantiza su ejercicio

<sup>3</sup> Desde 1983 a la fecha se aplicó a la provincia de Corrientes el remedio de la intervención federal en los siguientes períodos: 7/02/1992, 10/12/1993, 10/12/1999, 10/12/2001, recuperándose a partir de esta última fecha la estabilidad en las instituciones políticas provinciales.

sin discriminación alguna, a la vez que asegura a los hombres y a la mujer igual título a gozar de todos los DESC, hallan su correlativo en el alcance del artículo 45 de la CP. Esta disposición señala que el Estado garantiza la igualdad real de oportunidades para mujeres y varones en lo cultural, económico, laboral, político, social y familiar; incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de las políticas públicas y estimula la modificación de los patrones socio culturales con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros. Reconoce el trabajo en el hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley.

Otra manda constitucional que revela el espíritu igualitario del constituyente surge del artículo 47 en cuanto reconoce a varones y mujeres el derecho a tener control responsable sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, preservando el derecho a la vida.

El artículo 6 del PIDESC que tutela el derecho al trabajo es receptado en forma parcial por el artículo 42 CP. La norma constitucional determina que los jóvenes tienen derecho a la educación y desarrollo integral, al perfeccionamiento e inserción democrática social, cultural, política y económica, a la capacitación laboral y al acceso a las fuentes de trabajo. La educación promueve su arraigo al medio y el acrecentamiento de su conciencia nacional.

Brevemente dejo sentada mi opinión sobre este artículo que, desde mi punto de vista, presenta imprecisiones y genera confusiones. En primer término, la denominación “jóvenes” es una categoría que no se encuentra prevista tanto en el ordenamiento infraconstitucional (Código Civil al momento de aprobarse la reforma ni en el actual Código Civil y Comercial), como en el constitucional y convencional (Tratados de Derechos Humanos incorporados en el art. 75, inc. 22 CN); una interpretación plausible pero no razonable sería que este derecho solo alcanza a los jóvenes, pero no se precisa la franja etaria que incluiría a esta porción de la ciudadanía; además, la frase “acrecentamiento de su conciencia nacional”, resulta sumamente vaga. Sin lugar a dudas, excede con creces el marco de este trabajo profundizar sobre la técnica legislativa y terminología utilizada por la Convención Constituyente, razón por la cual solo haré esta referencia, pues pareciera que la protección se limita a un grupo determinado (los jóvenes) y no se regula con alcance general.

En cuanto al artículo 7 del PIDESC que admite el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren una remuneración que garantice un salario equitativo e igual por igual trabajo, sin distinciones de ninguna especie; asegurando en particular a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; condiciones de existencia dignas para los trabajadores y sus familias; seguridad e higiene en el trabajo; igual oportunidad para todos de ser promovidos en el ámbito laboral sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; como también el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonables de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagas como las remuneraciones de los días festivos, encuentra su similar únicamente en el artículo 45 CP ya descripto, el cual considera mínimamente estos escenarios y circunstancias de trabajo.

El derecho de toda persona al acceso a la seguridad social y seguro social contenido en el artículo 9 del PIDESC encuentra su equivalente en el artículo 39 CP. La correspondencia es parcial puesto que ubica al derecho de acceso a la seguridad social y seguro social dentro de los derechos de familia, en cuanto promueve que el Estado provincial debe establecer políticas que faciliten su constitución y fortalecimiento, incluyendo el derecho al acceso y la preservación de la vivienda familiar única como institución social y debe promover la asistencia familiar en lo que respecta a la vivienda, el empleo, el crédito y la cobertura social.

En relación a los derechos que el PIDESC identifica en los artículos 10, 11 y 12, los que incorporan la protección de la familia, niños, niñas y adolescentes encuentran su correspondiente tutela en diferentes artículos de la CP. Concretamente, el artículo 39 define a la familia como núcleo primario y fundamental de la sociedad y goza de las condiciones económicas, culturales y sociales que propendan a su desarrollo y protección integral. El Estado provincial debe establecer políticas que faciliten su constitución y fortalecimiento, incluyendo el derecho al acceso y la preservación de la vivienda familiar única como institución social. Debe promover la asistencia familiar en lo que respecta a la vivienda, el empleo, el crédito y la cobertura social. El artículo 40 refiere a las políticas activas en pos de la protección familiar y lucha contra las adicciones perjudiciales para la salud. El artículo 41 dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en forma integral, lo que incluye el derecho a la identidad y a la identificación, y los demás

derechos y garantías contemplados en la Constitución provincial, la Constitución Nacional, los Tratados y las leyes. La recreación y el amor constituyen la base de la formación de su personalidad. La familia asegura prioritariamente su protección integral. El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva que tienen por objeto esencial la prevención, detección temprana y amparo de las situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías del niño, de la niña y del adolescente, especialmente de los que se encuentren en situación de riesgo. Debe remover los obstáculos de cualquier orden que limiten la efectiva y plena realización de sus derechos. El Estado asegura a los niños, niñas y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, los siguientes derechos y garantías: a ser oídos por la autoridad competente, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte y a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya. Si carecieren de recursos económicos, el Estado debe asignarles de oficio un letrado que los patrocine. En caso de detención deben ser alojados en establecimientos especiales que resguarden su integridad física y psíquica.

La cláusula de no discriminación se encuentra contenida en el artículo 43, pues ninguna persona debe ser discriminada por causa de su edad. El Estado garantiza a los adultos mayores la igualdad real de oportunidades, trato y pleno goce de los derechos reconocidos en la Constitución provincial, nacional, en los tratados y en las leyes. El Estado, mediante políticas sociales, vela por su protección e integración socio económica y cultural, tendiente a cubrir sus necesidades específicas y a elevar su calidad de vida, y provee especialmente a la protección de los ancianos que se hallen en riesgo, abandonados y desamparados, dictando políticas de inclusión de forma directa o a través de terceros.

Las personas con discapacidad están tuteladas en el artículo 44; las mujeres embarazadas y en etapa de lactancia, tienen derecho a una protección especial y las condiciones laborales deben permitirle el cumplimiento de su función familiar (art. 46). Toda persona tiene el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado y el deber de preservarlo para las generaciones presentes y futuras (art. 49). Se declara al agua como bien social esencial para la vida (art. 59), colocando en cabeza del Estado provincial la garantía del acceso al agua saludable y la existencia de control y cogestión social.



El derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del PIDESC halla su norma consonante en el texto de los artículos 41, 204, 205 y 206, así como el artículo 15 del PIDESC solamente en el artículo 42 cuando refiere a “jóvenes”. La CP manda que la educación se base en los principios de la vida democrática, en la promoción, desarrollo y fortalecimiento de los valores sociales de paz, libertad, justicia y solidaridad, en la integración con respeto de las diferencias individuales, sociales, culturales, religiosas y políticas, en la responsabilidad y búsqueda del bien común, en la participación de la familia y de la comunidad, y en la afirmación de la identidad provincial a través de la preservación de la lengua, tradiciones y costumbres (art. 204). El Estado debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos a la cultura, a enseñar y aprender, al crecimiento espiritual e intelectual de todos los habitantes en el marco de una cultura popular, abierta al mundo, tolerante y comprensiva de las diferencias (art. 205). Por último, la educación, como derecho humano y bien social, debe ser integral y orientada a formar ciudadanos para la vida democrática y la convivencia humana. La educación inicial, primaria y secundaria es obligatoria. El Estado organiza la enseñanza en todos sus niveles, garantiza la atención de personas con necesidades educativas especiales, promueve y apoya la investigación científica y tecnológica, promueve los valores cooperativos y concierta planes de asistencia e intercambio con organismos nacionales e internacionales, otras provincias y universidades. La educación pública es gratuita.

Detallados los DESC incluidos en el proceso de reforma, se revela que la CP no realiza ninguna declaración sobre la exigibilidad de las normas. Mención aparte merece el diálogo y debate mantenido entre los convencionales constituyentes; de su lectura se revela claramente que no existió duda sobre su operatividad. Empero, no se consagró en el texto constitucional su exigibilidad.<sup>4</sup> Entiendo, como dice VANOSI (1993) que “se debe presumir que todas

4 In extenso [www.hcdcorrientes.gov.ar](http://www.hcdcorrientes.gov.ar) Versión Taquigráfica de la sesión de la Convención Constituyente del día 21/05/2007, entre otras. Sr. Aquino Britos. “Dos cuestiones, señor presidente: en primer lugar, con respecto a la forma que queda esta última modificación, que es una legítima preocupación y tiene que ver con el uso del verbo. En lugar de ‘se debe establecer’ como una potencia, concretamente se decía ‘se establece’ ¿Y por qué? Porque tiene que ver con la preocupación de la convencional constituyente LÓPEZ, en lo tocante a la operatividad que deben tener estos derechos. Esta es la interpretación que desde esta singularidad se le da a las normas que se van reformando en lo que es la parte dogmática de la Constitución, esto es lo que comúnmente se llaman Declaraciones, Derechos y Garantías.

las cláusulas son ‘self executing’, salvo que se demuestre, por quien sostiene lo contrario que media una absoluta imposibilidad de aplicabilidad”.

### 3. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL

Con el fin de registrar la aplicación práctica del desiderátum tuitivo de los DESC, en este segundo tramo estudiaré la jurisprudencia emanada del STJ, en relación a los derechos fundamentales a la vivienda y a la salud. Respecto al derecho a la educación no se han planteado ante esa instancia casos que ameriten su intervención.

Desde nuestro lugar, nosotros señalamos que esto tiene franca, total y plena operatividad desde el momento en que esta Constitución se jure. ¿Y por qué? Sencillamente porque el ordenamiento jurídico vigente –y por supuesto la jurisprudencia– le ha dado ese hándicap a las Declaraciones, Derechos y Garantías, donde no necesitan de la –perdóneme la expresión– muleta jurídica y auxiliar de alguna ley reglamentaria para su franca operatividad. Y esto lo tenemos ya receptado felizmente por la recepción jurisprudencial del derecho de réplica en EKMEKDJÁN contra SOFOVICH, que fue una verdadera conquista de nuestro recordado profesor Miguel Ángel EKMEKDJÁN en torno a este instituto del derecho de respuesta o de réplica.

Pero además, la más sana doctrina del Derecho Constitucional en el libro que por allí uno cita, La Constitución y su fuerza normativa, del profesor BIDART CAMPOS, claramente dice que esta distinción entre hechos operativos y programáticos ha quedado sin efecto. Lo que sí es válido entre los derechos operativos y programáticos puede ser para disposiciones que regulan el comportamiento orgánico de la Constitución, donde se establecen los mecanismos operativos y regulatorios de institutos que conforman el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Poder Administrativo, lo que consagramos como órganos de control. Entonces para que ellos tengan operatividad van a necesitar de leyes orgánicas. En este caso, en lo tocante a los derechos, es tan claro que hay mandatos constitucionales, en algunos casos en una declaración como la que se alteró y se puso como cabeza de este artículo donde se establece esa declaración a modo de que el Estado, la familia y los ciudadanos deberán proteger y garantizar a los ciudadanos con discapacidad los derechos que le corresponden. Y después establecen garantías, cuyo cumplimiento es inexorable para el Estado y para todos los ciudadanos se reconocen derechos que ya están por su sola existencia, y todo lo que signifique por un lado derechos son en favor de los ciudadanos y la contracara de los derechos es obligación cuya ejecución no puede demorar ni debe demorar el Estado y en definitiva toda la sociedad.

Esta es la cara y la contracara del funcionamiento del Estado y esta es –y aprovecho esta aclaración que me permite la preocupación de la convencional constituyente LÓPEZ– para que quede en esto: si no sale una disposición transitoria –que a mi juicio sería redundante– para que quede en este caso claramente de manifiesto una voluntad de este Cuerpo en el sentido de dar una interpretación auténtica de cómo debe funcionar el día que se termine de jurar o el día después de jurar esta Constitución para el beneficio y el goce de los derechos de todos los ciudadanos de la provincia. Nada más, señor presidente. Muchas gracias”.

### 3.1. Derecho a la vivienda

3.1.1. Caso “B. J. y B. de B. R. E. s/Sucesorio” de fecha 3 de agosto de 2009. La Excelentísima Cámara Civil y Comercial revocó la decisión del Juez de primer grado que denegó la solicitud de venta del inmueble que constituye el único bien del acervo hereditario. Contra ese pronunciamiento, el menor coheredero O. A. B., que concurre a la herencia en representación de su madre fallecida, deduce a través del Defensor Público, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

En una síntesis extrema del nudo argumental suscripto en la sensible cuestión de los derechos del niño y su situación de vulnerabilidad ante la falta de vivienda, el voto de la mayoría del STJ optó por la protección de la niñez.

En el proceso se tensan dos valores, ambos tutelados de manera preferente por la CN, la protección de la niñez y el derecho de propiedad; el primero con fuente en derecho internacional de los derechos humanos y el segundo, en la Constitución histórica de 1953. El STJ debe, entonces, aplicar la regla de la interpretación coherente y armónica (CSJN, *Fallos*: 186-1170; 296-432), lo que exige: a) determinar con precisión el conflicto y reducirlo al mínimo posible, b) armonizar los valores ponderando los principios jurídicos aplicables y c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente tutelados (CSJN, *Fallos*: 330-3098).

No puede sostenerse válidamente que sea el padre quien debe asegurar el bienestar del menor, cuando está probado que se trata de un viudo con ingresos harto magros y que apenas le alcanzan con lo que recauda como vendedor ambulante, para cubrir la subsistencia de sus hijos.

En orden a la apreciación de la Cámara, según la cual el deber de adoptar medidas que tiendan a la protección de la minoridad solo incumbe al Poder Ejecutivo, el STJ apuntó que debe resaltarse que ese juicio traduce una escasa comprensión del principio según el cual los Estados partes del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos) están obligados a hacer respetar los derechos y libertades reconocidos en ese instrumento del derecho internacional y a garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1.1.), debiendo adoptar las respectivas disposiciones internas (art. 2).

En ese norte, resulta igualmente violatorio del texto constitucional (art. 14 bis), privar al menor de edad de la vivienda única familiar. Este bien ha recibido una protección preferente en la jurisprudencia del cimero tribunal federal

que sostuvo, recientemente, que la tutela que emana del artículo 14 bis CN que contempla la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna, refiere a derechos que también son protegidos por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que según la reforma de 1994, poseen rango constitucional (arts. VI de la Declaración Americana de los Derechos y deberes de Hombre; 16 inc. 3 y 38-25, inc. 1 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; 10 y 11 del PIDESC y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Apoyándose en estos documentos internacionales trasuntó la idea de que los jueces deben decidir en el sentido más favorable a la subsistencia y conservación de la vivienda digna, en los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (CS-JN, *Fallos* 331:2844). Vale decir que también desde la perspectiva de este derecho social, de indiscutible linaje constitucional, sostener lo decidido por Alzada importaría violación de normativa supranacional, lo que implica comprometer la responsabilidad internacional del Estado argentino.

3.1.2. En la causa “R. D. M. c/Estado Provincial y Municipal S/Amparo” del 23 de agosto de 2013, el STJ confirmó el fallo de primera instancia. El titular del Juzgado Civil y Comercial N° 13 ordenó al Estado de la Provincia que, en coordinación con la Municipalidad de la Ciudad de Corrientes, brinden una solución a la problemática de la amparista vinculada con el derecho a una vivienda digna. El alto tribunal consideró –basándose en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional incorporados en el art. 75, inc. 22 CN– que surge el derecho a acceder a una vivienda digna y el deber de protección, especialmente a los más vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo, sin que ninguna autoridad pública pueda válidamente dejarlos de lado, antes bien, están compelidas a actuar coordinadamente a fin de satisfacerlos.

El caso en tratamiento evidencia a una mujer viuda, madre de seis hijos, de los cuales tres tienen retardo mental, sin vivienda, ni posibilidades de procurársela. Este panorama exige de la recurrente y codemandada –el Estado provincial–, que ponga a disposición de la actora y sus hijos menores –de forma urgente y de manera coordinada– los planes y equipos de asistencia social diseñados como política pública y conforme se obligaron en el marco jurídico señalado, en pos de proporcionarle a la actora y sus hijos menores

discapacitados una vivienda digna para facilitar la superación de la emergencia; hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que confirmen que el estado de necesidad finiquitó.

Finalmente, el Tribunal adhirió a los fundamentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia en “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24 de abril de 2012 (*Fallos* 335-I:452).

3.1.3. En “A. R. I. c/Estado de la Provincia de Corrientes s/Amparo” del 07 de mayo de 2014, se abordó idéntica cuestión referida a niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, encontrándose en debate los derechos fundamentales a la vivienda y a la salud. El decisorio dictado por el Sr. Juez Civil y Comercial N° 12 hizo lugar a la acción de amparo y ordenó que el Instituto de Viviendas de Corrientes y subsidiariamente el Estado provincial, entreguen a los Sres. R. I. A. y A. M. A. y a su grupo familiar una unidad habitacional en calidad de custodia y por el tiempo que demande hacer efectivo los trámites para su incorporación de manera inmediata a algunos de los planes vigentes en el Instituto de Viviendas de Corrientes (IOSCOR), adecuados a las condiciones de los accionantes y su adjudicación en forma definitiva, reuniendo las condiciones de habitabilidad.

El STJ revocó la decisión apelada. En primer término, analizó el alcance a la vivienda digna y su reconocimiento en los tratados internacionales, Constitución Nacional y CP y luego tomó en cuenta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”.

Efectuó un control de razonabilidad entre las políticas públicas adoptadas por el Estado provincial en relación a la situación particular denunciada por la familia que reclama tutela jurisdiccional. Consideró que el Estado provincial no incurrió en un comportamiento ilegal ni arbitrario pues homologó la reglamentación para la adjudicación de viviendas dispuesta por la Intervención del Instituto de Viviendas que dispuso el llamado a inscripción y reinscripción de aspirantes a viviendas (derecho a la vivienda) para la confección del nuevo padrón de aspirantes, el que debía mantenerse actualizado. En el caso, el recurrente no lo hizo sino hasta cinco años después, lo que lo privó de participar en el sorteo de mil viviendas del año 2007.

Valoró que no se comprobó una situación de extrema vulnerabilidad. Según el PIDESC, los Estados no están obligados a proporcionar vivienda a

cualquier habitante de un país que adolezca de dicha necesidad; su deber constitucional y convencional, se concreta en fijar de manera progresiva programas y condiciones de acceso a una vivienda (derecho a la vivienda), dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan. No se logró evidenciar que surja una situación de extrema vulnerabilidad del amparista que justificara la exigencia judicial de avalar su pedido de otorgamiento de una vivienda. La Corte provincial en mayoría concluyó que compete a los poderes ejecutivos y legislativos de los gobiernos provinciales, municipales y nacionales el deber de generar soluciones que morigeren la demanda de viviendas para familias en similares condiciones a las que presenta la de la causa (familias pobres con hijos menores de edad con necesidades básicas insatisfechas) considerando que el derecho a la vida digna deviene en un derecho fundamental para garantizar el derecho a un nivel adecuado. Finalmente exhorta a los poderes del Estado provincial para alcanzar la realización progresiva del derecho a la vivienda.

En disidencia: el voto solitario del Ministro Niz suscribió las directrices del caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo” para entender que la falta de respuesta del Estado provincial para paliar la penosa situación del accionante y su grupo familiar afectan las garantías mínimas del derecho fundamental de estas personas, pues las políticas públicas en materia de viviendas diseñadas por el órgano público no lograron brindar una respuesta satisfactoria, incumpliendo no solo con normas constitucionales sino también con cláusulas convencionales.

### **3.2. Derecho a la salud**

3.2.1. Caso “B. N. L. y L. F. A c/Obra Social de la Provincia de Corrientes (IOSCOR) s/Amparo”, del 16 de marzo de 2011.

Contra la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Laboral que desestimó la acción de amparo, se interpuso recurso de apelación. La demanda promovida tuvo por objeto la cobertura integral y total de los gastos que insumía el tratamiento de fertilización asistida por técnica ICSI (inyección espermática intracitoplasmática), hasta producirse el embarazo de la Sra. N. L. B. a realizarse en el Centro de Estudio de Ginecología y Reproducción (CE-GYR). Todo ello frente a la ostensible arbitrariedad e ilegalidad del IOSCOR de haber denegado tácitamente su cobertura y el silencio de la Administración,

que a criterio de los demandantes importa una ablación de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución de la provincia de Corrientes, leyes nacionales y locales.

Entre los argumentos del fallo se destaca la importancia otorgada al derecho de la salud, y concretamente la “salud reproductiva” de quienes están aquejados de infertilidad, la que no puede ni debe quedar ajena, menos aún de los avances o beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, derecho este último garantizado por el artículo 15 b. del PIDESC y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N° 23313). También valora que se encuentran comprometidos los derechos a procrear, a la vida, a tener una vida digna que se materializa en este caso al de formar una familia, cuestión que hace a la esencia de la condición humana, integra el derecho a la salud y merece primacía sobre todo otro interés.

El Tribunal evoca los artículos 39 y 41 de la Constitución provincial y tratados internacionales de jerarquía constitucional (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, PIDESC, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer) así como la Ley N° 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra todas las mujeres; en todos ellos se encuentran amparados los derechos fundamentales a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de todo ser humano, a la protección integral de la familia, a constituirla, a la preservación de la salud y bienestar por medidas sanitarias y sociales, a la integridad física, psíquica y moral, honra y dignidad de la familia, a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, planificación de la familia, a la salud reproductiva, a una buena calidad de vida o vida digna e integral atención médica, entre otros.

El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual, los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (v. doctrina de Fallos: 323: 3229).

Finaliza considerando que a partir del ordenamiento jurídico nacional, supralegal y provincial y de la premisa consagrada por el más alto tribunal del país y lo resuelto por la jurisprudencia, se debe otorgar la posibilidad de

revertir a la amparista, a través del tratamiento requerido, la infertilidad como enfermedad que impide la procreación, puesto que pone en juego derechos fundamentales primarios de la persona, preexistentes al Estado, tales como lo son los derechos naturales a la vida, a la salud y a la dignidad. Resuelve definitivamente hacer lugar al recurso de apelación deducido, condenando al IOSCOR a cubrir el tratamiento de fertilización asistida por técnica ICSI en la clínica CEGYR durante todo el tiempo que dure, de modo integral y mientras sea posible alcanzar el embarazo.

3.2.2. En idéntico sentido y con iguales fundamentos se ha expedido en las causas: “L. A. del C. c/Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/Amparo” (28 de marzo de 2012); “F. L. O. c/Sancor Compañía de Seguros s/Daños y Perjuicios” (04 de abril de 2014); “R. M. A. c/Instituto de Obra Social de Corrientes (IOSCOR) s/Amparo” (28 de noviembre de 2014); “G. M. L. c/Instituto de Obra Social de Corrientes (IOSCOR) s/Amparo” (14 de junio de 2016); “M. M. S. c/Obra Social de la Provincia de Corrientes s/Amparo (03 de marzo de 2017).

Del escrutinio de los fallos traídos a examen, no puede afirmarse una línea argumental robusta en cuanto a la aplicación o exigibilidad de los DESC por el motivo que expongo a continuación. El factor determinante es la insuficiente casuística. Me animo a esbozar una apreciación primaria y es que los DESC no son declarados exigibles en el texto argumentativo, sino que la operatividad se denota en el decisorio final como corolario de la aplicación de los tratados internacionales que se detallan rigurosamente en cada uno de ellos.

#### 4. PALABRAS DE CIERRE

La revisión jurisprudencial efectuada permite visualizar que el grado de desarrollo conceptual y normativo de los DESC en la praxis del STJ se encuentra en un estado incipiente, ya sea por la reducida cantidad de causas que llegan hasta sus estrados, ya sea porque en las diferentes instancias decisorias del Poder Judicial todavía no se ha internalizado la directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración, cual es “que los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales” (BAZÁN y JIMENA QUESADA, 2014: 89).



## 5. BIBLIOGRAFÍA

BAZÁN, V., JIMENA QUEZADA, L. (2014). *Derechos económicos, sociales y culturales*. Buenos Aires: Astrea.

VANOSSI, J. (1993). La operatividad de las normas internacionales: cuestiones de orden constitucional. *Jurisprudencia Argentina*, 1993-III, 878.



---

# La Pampa

**NICOLÁS EMANUEL OLIVARES**

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras el derrumbe o bien la explícita crisis del Estado nacional social, numerosos autores han señalado que hemos ingresado progresivamente en un nuevo momento político, el cual tendría por epicentro un estado postnacional y postsocial. Esta doble ruptura vendría a señalar que la noción de Estado ya no puede ser teorizada ni practicada desde los límites impuestos por una determinada idea de nacionalidad, así como tampoco sus estructuras de redistribución simbólica y material de la riqueza pueden mentarse ni aplicarse desde una lógica clasista. Este diagnóstico postmoderno es compartido tanto por neoconservadores como neopopulistas. Los primeros promueven un Estado libertario mínimo, de tipo neolockeano, adaptado a los dictados de la *lex mercatoria* internacional, entendiendo a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y a los derechos ambientales, de usuarios y consumidores, e identitarios, como secundarios o derivados de los derechos civiles. Los segundos afirman la necesidad de una mayor intervención del Estado, definiendo a los DESC en igualdad de relevancia con los derechos civiles, políticos y de tercera generación. Como podrá apreciar el lector, este somero pero actual marco teórico político condiciona notoriamente la discusión sobre el concepto y concepciones que asumen los DESC.

Antes de explicitar los objetivos específicos de este trabajo, corresponde reconstruir brevemente ciertas nociones, definiciones, perspectivas, conceptos y concepciones, que resultan conexas a la constitucionalización e interpretación jurídica que se ofrece en el marco del sistema jurídico argentino a la sigla DESC.

En cuanto al concepto de derechos sociales, estos pueden ser definidos como aquellas potestades, facultades, inmunidades, libertades, plenamente

operativas, que tienen por epicentro la protección de ciertos aspectos de la vida humana que resultan fundamentales para garantizar una vida digna, tales como vida, trabajo, alimentación, salud, educación, vivienda, asistencia (DIETERLEN, 2011; ETCHICHURY, 2013, 2016; MORALES, 2015; RIBOTTA y ROSSETTI, 2010).

Ahora bien, ¿cuáles son los argumentos ofrecidos en defensa de los DESC?

Un primer argumento se enfoca en su utilidad para la integración social. Aquí, los derechos sociales permiten ligar la situación individual con la colectiva, en donde cada persona recibe algo de la sociedad pero también aporta a ella, facilitando, en cierta manera, el consenso y la legitimidad del poder así como también la estabilidad o inclusión social. Acompañando solamente el arreglo principal de tributación por protección, mostrándose como una estrategia para poder legitimar la riqueza ante los ojos de los pobres. La objeción que suele dirigirse a este tipo de fundamentación es que la misma se basa en los efectos positivos del reconocimiento de los DESC, siendo insuficiente dicho fundamento cuando tales efectos no se producen, generando la desaparición de la legitimidad que recae sobre estos derechos, condición que no se exige en el caso de los derechos civiles y políticos y estableciendo, así, una separación (sin justificación) entre ellos. Esta postura, si bien es razonable, no tiene utilidad en el caso de que los efectos no sean positivos, a lo que se añade el hecho de qué se entiende por efectos positivos (ETCHICHURY, 2013: 33-41).

Por otro lado, se presenta una postura que asienta a los DESC en la necesidad del ser humano, por lo que hace necesario que la situación real de cada persona sea conocida, para poder establecer la responsabilidad que recaerá sobre la sociedad en torno a la satisfacción de las necesidades básicas que conlleva una vida digna. De estas necesidades se podrá extraer y precisar el contenido y el alcance de conceptos como libertad o dignidad. El inconveniente radica en el hecho de que la existencia de las necesidades no hace surgir necesariamente sobre el Estado un deber de satisfacerlas, ya que de un hecho no se deriva un deber o una norma. Estas necesidades son condiciones ineludibles para una vida digna, pero por sí mismas no alcanzan para poder justificar a los derechos sociales (ETCHICHURY, 2013: 33-41).

En segundo lugar, otros planteos manifiestan que los DESC aportan las condiciones necesarias para la participación política, es decir que asegurarles

estos derechos a las personas es un requisito para su actuación en la vida democrática, lo que equivale a decir que aquellas personas que no puedan satisfacer tales derechos no tendrán acceso a la participación en la política. El objetivo de este argumento es transferir la legitimidad de los derechos civiles y políticos a los sociales, presentando a estos últimos con un carácter instrumental respecto de los primeros. Aquí recae la gran problemática de esta postura, subordina a los DESC, estando su extensión sometida a su utilización para la participación política e, incluso, lo que puede llevar a que se reduzca su alcance, creando así una jerarquía entre ambos grupos de derechos, sin argumentos suficientes para sostener la preeminencia de los civiles y políticos frente a los sociales (ETCHICHURY, 2013: 33-41).

En tercer lugar, algunos autores defienden una alternativa que puede llegar a incluir las posturas anteriores. Esta postura busca insertarlos en un marco más amplio, planteando que tanto los derechos sociales como los civiles y políticos forman parte de un modelo democrático, que tiene fundamentos que son la base de estos derechos. Exponen así, un modelo de democracia deliberativa, que viene a superar tanto el modelo liberal como el republicano. Este modelo tiene como base de la concepción de democracia la idea del acuerdo racionalmente motivado que, de manera resumida, se genera con la aceptación de otra persona de los enunciados establecidos por vía de argumentación racional, siendo un mecanismo para poder alcanzar el orden social (ETCHICHURY, 2013: 33-41).

La democracia deliberativa procura alivianar las altas exigencias éticas que el modelo republicano propone a la población, por medio del recurso liberal del derecho. Esta propuesta se presenta como más realista, admitiendo que la ciudadanía no siempre quiere o puede constituirse como sujeto colectivo y que en muchos casos preferirá promover sus valores e intereses y no el bien común. Frente a esta situación, este modelo propone institucionalizar el proceso a través de las normas propias del Estado de Derecho liberal, dándole trascendencia al proceso de formación de la voluntad, que se garantizará con dichas normas (ETCHICHURY, 2013: 41-46).

En democracia, esta formación de voluntad política sucede dentro del marco institucional y también fuera del él. Aquí se plantea una diferencia en el espacio público, un ámbito formal y otro informal. En cuanto al primero, se refleja en las instituciones, siendo el ejemplo más ostensible el parlamento. Y, en cuanto al segundo, se vincula con los grupos y comunidades en

los que acciones comunicativas y estratégicas ocurren de manera continua, plasmándose en entidades de participación política como partidos políticos o asociaciones de consumidores. Este ámbito informal genera el poder comunicativo, mediante los debates de necesidades y propuestas (opinión pública), que nutre al poder administrativo a través del ámbito formal, convirtiéndose en voluntad común y demostrándose que la deliberación política transcurre en ambos espacios (ETCHICHURY, 2013: 41-46).

Siguiendo el planteo de J. HABERMAS, quien propone este modelo, la búsqueda de acuerdos racionalmente motivados presupone sujetos capaces de ejercer críticas de aquellos enunciados que reciben. Tal aptitud va a ser considerada la base de la autonomía, siendo esta uno de los fundamentos más sólidos de los DESC. De este modo, partiendo del modelo deliberativo como fundamento de los derechos sociales, establecemos que no se puede concebir la democracia separada de la noción de igualdad, exigiendo un trato “a cada persona como igual, con las mismas consideraciones y respeto”. Con esta idea como base, se plantea que las personas pueden obtener grados iguales de autonomía y que esto debe ser garantizado por los derechos sociales. Esta igualdad no solo es entendida como protección contra la discriminación, sino también incluye el derecho a prestaciones y a políticas activas, garantizando la deliberación entre iguales (ETCHICHURY, 2013: 41-46).

Como puede apreciarse, una idea principal del modelo deliberativo es la de autonomía, considerada como la aptitud que tiene una persona de ser capaz de dirigir su propia vida y reflexionar críticamente sobre sus propias ideas en el marco de un proceso de auto-reflexión, es decir, la autonomía implica que el origen de las acciones y decisiones está primariamente en la persona misma. A partir de esta noción se entiende que las personas actúan libremente cuando lo hacen en el marco de leyes que se han dado a partir de un acuerdo intersubjetivo, en donde los ciudadanos son a la vez autores y destinatarios del derecho. Para alcanzar dicho punto se vuelve necesario que la autonomía privada y la autonomía pública o política se presupongan recíprocamente. La legitimidad del derecho depende de que este asegure ambas autonomías de sus destinatarios. Para asegurar dicha autonomía, HABERMAS introduce un sistema de derechos necesarios para que se dé la auto-legislación legítima. Este sistema incluye aquellos derechos que deben reconocerse mutuamente los sujetos para poder actuar como destinatarios y autores de las leyes. Reconoce cinco categorías de derechos, las tres primeras son necesarias

para que las personas puedan ser destinatarias de normas jurídicas, es decir, se refiere a la autonomía privada y su protección, y las dos restantes se refieren a la autonomía pública, es decir, aquellos que son necesarios para que los sujetos puedan ser autores de las normas: i) derecho a que se logre el mayor grado posible de libertades subjetivas; ii) derecho a pertenecer a la comunidad jurídica; iii) derecho a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad común; iv) derecho a que se encuentren aseguradas ciertas condiciones de vida adecuadas para un disfrute de los derechos civiles en un marco de igualdad de oportunidades; v) derecho a contar con la posibilidad de accionar para lograr la protección de los derechos anteriormente descriptos (HABERMAS, 2004, 2005).

Por su parte, para explicar los DESC, P. Dieterlen se basa en la posición de Henry SHUE, quien ha sostenido que existen dos derechos básicos: la seguridad y la subsistencia. El primero es la base de los derechos políticos y civiles, mientras que el segundo se refiere a distintos elementos que incluyen el derecho de gozar de aire puro, agua pura, alimentación adecuada, ropa y vivienda junto con un mínimo de salud pública, es decir, son el sustento de los DESC. La autora explica que la prevención y corrección de las deficiencias, para que se dé un correcto ejercicio del derecho de subsistencia, son indispensables para disfrutar de los derechos que amparan la seguridad (DIETERLEN, 2011: 65-70).

Vinculando los DESC con una idea de legitimidad, L. MORALES los justifica como precondiciones materiales para la participación política por razones de legitimidad de procedimiento. Esta autora efectúa una categorización de derechos, distinguiendo dos niveles de derechos sociales. En un primer nivel se encuentran aquellos que hacen a las precondiciones procedimentales para lograr la legitimidad y en un segundo nivel, la mayor extensión de exigencias sociales que quedarían en el espacio de discusión del debate político, para que se adopten decisiones según las mayorías. Los DESC de primer nivel son los que deberían contener las precondiciones materiales que aseguren un estándar de no exclusión y posibiliten la entrada de todos los puntos de vista, intereses y valores en el procedimiento de toma de decisiones políticas. Sin embargo, observamos que el peligro de realizar tales distinciones es el de otorgar la autoridad a un órgano destinado a definirlos y tal tarea política podría verse afectada por intereses políticos (ETCHICHURY, 2016).

L. MORALES, con el fin de brindar herramientas para definir el primer nivel de derechos sociales de un segundo nivel, sostiene que los primeros tienen un alcance básico y se deben garantizar como condiciones para la legitimidad de las decisiones adoptadas. Tales decisiones serán legítimas si se cumple un estándar de no exclusión. Para cumplir dicho estándar advierte como necesarios un nivel de educación básica o primaria, con el requisito de no interferencia del Estado, y de alfabetización de la comunidad política completa, así como el acceso a una vivienda básica, un sustento mínimo y un cuidado médico básico. Para la autora, el segundo nivel de derechos sociales se desarrollará a través de un procedimiento democrático, conforme a las exigencias derivadas de alguna concepción mayoritaria de justicia social (MORALES, 2015).

En este trabajo, defenderemos las siguientes hipótesis críticas específicas: a) existen escasos pronunciamientos jurisprudenciales del Superior Tribunal de Justicia (STJ) pampeano en materia de DESC, los cuales aparecen subordinados al fuero civil o administrativo; b) en los casos evaluados, los criterios empleados por los magistrados del más alto tribunal provincial siguen ciertos lineamientos prefijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en tanto argumentos de autoridad destinados a garantizar una interpretación restrictiva de los DESC; y c) desde una perspectiva deliberativa republicana, los mecanismos institucionales judiciales desplegados por el STJ pampeano, así como los argumentos esgrimidos, resultan insuficientemente dialógicos y en ciertos casos se muestran indiferentes a grupos estructuralmente desaventajados.

Finalmente, corresponde señalar cuáles serán nuestras metas teóricas particulares. En este sentido, cabe afirmar que en este trabajo nos proponemos como objetivos específicos: 1) describir los hechos y principales argumentos esgrimidos en la reciente jurisprudencia del STJ de la provincia de La Pampa en materia de DESC y 2) evaluar dichos argumentos, así como los procesos jurídicos en los cuales fueron esgrimidos, desde una perspectiva deliberativa republicana.



## 2. TRES FALLOS, UNA PROBLEMÁTICA COMÚN: DESC EN EL STJ PAMPEANO

En este segundo apartado analizaremos ciertas sentencias del STJ de la provincia de La Pampa cuyo contenido principal son derechos económicos, sociales y culturales; no obstante ello, antes de adentrarnos en el análisis de la jurisprudencia pampeana en materia de DESC, resulta necesario atender a la normativa constitucional provincial (CP) reformada en 1994, señalando cuáles son las pautas normativas generales que establece sobre dicha materia.

En primer lugar, puede identificarse una particular y completa descripción de los principios de igualdad y libertad, cuando el artículo 6 de la CP, afirma que todas las personas son libres e iguales en dignidad y derechos desde su nacimiento, añadiendo a ello tres pautas derivadas: a) resulta inadmisibles la discriminación por razones étnicas, de género, religión, opinión política o gremial, origen o condición física o social; b) se promueve la convivencia social sobre los valores de solidaridad e igualdad de oportunidades; c) las normas legales y administrativas tienen por meta garantizar el goce de la libertad personal, el trabajo, la propiedad, la honra y la salud integral de los habitantes.

En segundo lugar, la normativa suprema provincial establece en su artículo 39, que debe crearse un consejo estatal en materia económica y social, el cual funcionará como órgano de consulta y asesoramiento, a requerimiento de los poderes públicos, es decir, los poderes constituidos y demás instituciones representativas estatales. Aquí puede verse un notorio interés del convencional constituyente en afianzar un espacio político formal desde el cual coordinar, especificar, proyectar, imaginar y evaluar ciertas políticas económicas sociales comunes.

En tercer lugar, en el artículo 47 hallamos una norma mucho más específica en materia de DESC, la cual impone que todos los habitantes de la provincia de La Pampa gozan, al interior de su territorio, de aquellos derechos sociales establecidos en la Constitución Nacional, los que la Constitución Provincial pampeana reconoce y da por reproducidos en toda su amplitud. Es de destacar el apego de la normativa suprema provincial a las pautas en materia de DESC enunciadas por la Constitución Nacional, así como el refuerzo de dicha convicción tuitiva bajo el sintagma “en toda su amplitud”. Así también, en dicho artículo se especifica que, como consecuencia de la pauta general de máxima tutela de los derechos sociales, corresponde entonces

garantizar la protección del trabajo en sus diversas formas, protegiendo especialmente la actividad de gremios y sindicatos, y promoviendo un régimen de seguridad social integral.

En cuarto lugar, en los artículos 88 y 90 se señala que el Poder Judicial de la provincia de La Pampa será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia y demás tribunales que la ley establezca, siendo parte de dicho poder el Ministerio Público, siendo el Procurador General Provincial quien debe ejercer por ante el Superior Tribunal de Justicia pampeano la investidura de Ministerio Público en defensa de los intereses ciudadanos.

Efectuada esta somera síntesis de las pautas constitucionales provinciales explícitas en materia de derechos sociales, resulta relevante atender al criterio general de interpretación del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, fijado en 2015 mediante el fallo “B., O.L. c/ Instituto Provincial Autárquico de Vivienda (IPAV) s/ Amparo”. Allí, mediante numerosas citas a las teorizaciones vertidas por C. FAYT durante su paso por la CSJN, se señala que la exigibilidad de los derechos sociales depende de un accionar positivo del Estado, siendo el primer obligado el Poder Legislativo y el secundario el Poder Ejecutivo. No obstante, dicha pauta normativa tiene por límite, según el STJ, las condiciones normativas no ideales propias de cada sociedad política real, es decir, la intencionalidad tuitiva se ve en la práctica limitada por “los innegables condicionantes de la realidad social en determinado tiempo y lugar”, siendo cierto para los derechos sociales aquello que también lo separa de los civiles y políticos, es decir que no deben tomarse por “ilimitados e incondicionales”.

En otros términos, conforme el STJ, en el marco de un sistema democrático acotado, indirecto, donde “el pueblo no delibera ni gobierna sino por intermedio de sus representantes” (art 22, Constitución Nacional), la ciudadanía debe delegar el mérito, oportunidad y conveniencia, y con ello la evaluación de efectividad y legitimidad de los medios incoados a los “poderes políticos”, entendiendo por ello únicamente a los poderes Legislativo y Ejecutivo, para proteger dichos derechos económicos, sociales y culturales. En esta interpretación, no solo los derechos sociales pueden y deben tutelarse atendiendo a los límites concretos de la economía estatal, sino que el Poder Judicial se piensa a sí mismo como un árbitro imparcial que no debe actuar directamente sobre dicha materia. Esta perspectiva se sustenta, conforme el STJ pampeano, en la más adecuada doctrina nacional, la cual fuere acatada por ejemplo en el año 2013 en los autos “Veliz, G. C. c/ I.V.U.J y Estado Provincial s/

amparo y medida de no innovar”, donde el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Jujuy definiera la contienda en el mismo sentido que lo procura el STJ pampeano.

Atendiendo a dichas pautas constitucionales y jurisprudenciales, en este apartado procederemos a describir tres fallos recientes, producidos en los últimos quince años, desde el STJ de la provincia de La Pampa, los que tienen por objeto de análisis ciertos derechos previsionales.

En primer lugar, hacia el año 2005, se produjo el fallo “Escudero”.<sup>1</sup> En relación a los hechos, cabe señalar que Rita Mercedes Escudero, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad promovieron demanda contencioso- administrativa contra el Instituto de Seguridad Social (ISS) de la provincia de La Pampa por la suma de \$ 548.539,70, con más intereses y actualización monetaria por los daños y perjuicios acaecidos en razón de la muerte del señor Hugo Alfredo Escudero, cónyuge y padre de los actores, respectivamente, quien en vida había oficiado de agente público de la Municipalidad de Telén y, en tal carácter, había permanecido afiliado a la obra social SEMPRES que depende del ISS. En septiembre de 1993, en el Hospital Lucio Molas se le diagnosticó “sarcoma sinovial”, que por su gravedad exigía una “artrectomía total con reemplazo de rodilla”, la cual debía efectuarse en febrero de 1994. El médico responsable del diagnóstico había solicitado una prótesis de rodilla específica, producida en el Brasil. La obra social le ofreció una prótesis estándar así como tratamiento curativo y/o paliativo en Buenos Aires. Entre el ofrecimiento alternativo de tratamiento y la muerte acaecida en 2001, la Obra Social afirma que el paciente se había alejado, descuidando con ello su propia salud, mientras que los familiares alegan la falta de respuesta oportuna y específica de la Obra Social.

Los familiares del fallecido señalan que el ISS le denegó el beneficio de jubilación por invalidez solicitado “ante la imposibilidad de poder establecer porcentaje de incapacidad” (fs. 79/80 del Expte. N° 32381/1/95), así como, con respecto a la patología que sufría el actor, expresan que el médico responsable había informado que “la intervención quirúrgica no pudo llevarse a cabo, por la negativa de la Obra Social a proveer del material necesario, pese a reiterados pedidos y fundamentaciones realizados” y que “la naturaleza de

<sup>1</sup> Escudero Rita c/ Inst. de Seg. Soc. de la Pcia. de La Pampa s/ Demanda Contencioso-Administrativa, 4/10/2005, Magistrados: Dr. Eduardo FERNÁNDEZ MENDÍA, Dr. Eduardo M.S. COBO, Sala: B.

la patología obligó la abstención de intervenciones [...] por considerarla de altísimo riesgo de diseminación”. A su vez, la familia Escudero señala que, incongruente con ello, posteriormente el Instituto le reconoció una incapacidad total y transitoria del 66%, ampliada luego a una total y permanente del 70% y le concedió el beneficio de jubilación por invalidez.

El representante legal del ISS señala en la contestación de la demanda que la obra social SEMPRES no se encuentra comprendida dentro del régimen de las Obras Sociales que regula la Ley N° 23660, por lo que no forma parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud, con lo cual ni el SEMPRES ni el ISS están obligados a brindar más prestaciones médico asistenciales de las incluidas en el PMO (Programa Médico Obligatorio). El abogado de la parte demandada no niega los hechos de la parte actora, pero señala con diversos argumentos que SEMPRES y el ISIS en todo momento habían actuado con celeridad y atendiendo a la normativa vigente. En particular, en cuanto a la responsabilidad, dice que, durante el trámite, la Obra Social SEMPRES actuó dentro del cuadro legal impuesto por la normativa vigente (NJF 1170, Dicto. Regla. 1728/91, Res. Gral. del Directorio 504/90, Nomenclador SEMPRES). Agregando que fue siempre la intención del Directorio solucionar el problema de su afiliado. A su vez, el abogado de la demandada afirma que el resultado es imputable a culpa de la víctima, preguntándose si no existe reproche en la conducta del afiliado, ya que incumplió por voluntad propia la derivación a un centro de alta complejidad y que, luego de cinco años, requirió una nueva derivación a un nosocomio.

Por su parte, el señor Procurador General en su dictamen señala que, en cuanto a la relación causal que existe entre el actuar del SEMPRES en el cumplimiento de sus obligaciones y el fallecimiento del afiliado, cabe advertir que ante la pretendida limitación a sus obligaciones, el organismo demandado considera que la falta de adhesión al Sistema Nacional de Seguro de Salud por parte de la provincia de La Pampa lo exime de asumir determinadas responsabilidades que hacen a la protección integral de la salud de sus afiliados. Este concepto, a entender del Procurador General, está totalmente alejado de la realidad, desde que las prestaciones que quedan a cargo del sistema de salud provincial y al que deben afiliarse imperativamente la totalidad de los agentes del Estado determinan necesariamente la ineludible obligación de adoptar todos los recaudos para la preservación de la salud de sus afiliados, toda vez que la finalidad fundamental del sistema, es “asegurar la protección

integral del afiliado y familiares a cargo, instrumentando prestaciones que garanticen una adecuada cobertura en lo económico-social y médico asistencial” (art. 2, NJF 1170, to. 2000). A su vez, el señor procurador general advierte que en el Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados partes se comprometen a propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando las medidas para hacer efectivos tales derechos.

A la luz de los hechos descriptos y del marco jurídico referenciado, entendemos que el Instituto de Seguridad Social no actuó en la emergencia y, al no obrar con la diligencia que el caso imponía, privó al paciente de mayores posibilidades de mejorar la calidad de vida en su etapa final, dado que la enfermedad que lo aquejaba tenía un pronóstico de incurable. En cuanto al señor Escudero, el señor Procurador General de la provincia de La Pampa concluye que, aun cuando en leve grado, también existe relación de causalidad entre lo actuado por la víctima y su muerte, dado que se ha dado por acreditada la existencia de culpa del afiliado en cuanto este ignoró lo acordado oportunamente con el SEMPRE y decidió tratar su enfermedad en forma particular, desvinculándose por un largo tiempo del organismo mencionado. De tal actitud pudo resultar una contribución al daño que, aun cuando no libera al deudor principal, mengua el grado de su responde.

De este modo, la Sala B del STJ pampeano, hace lugar parcialmente a la demanda contencioso-administrativa interpuesta por la parte actora contra la demandada, condenando a esta última a pagar dentro del plazo de diez días de quedar firme la sentencia, una suma mucho menor a la solicitada (\$22.000) como resarcimiento del daño material y moral y otra insignificante (\$3.820) en tanto compensatoria de gastos por tratamientos.

En segundo lugar, en el año 2011 se pronunció el “Fallo Aberasturi”,<sup>2</sup> en el que la parte actora, un conglomerado de afectados por ciertas medidas económicas, interpone demanda contencioso-administrativa contra el ISS de la provincia de La Pampa pretendiendo que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley N° 2174, de los artículos 7, 10, siguientes y correspondientes de la Ley N° 23928 y/o de cualquier otra disposición normativa que fuere necesario a fin de obtener la procedencia de la acción y la nulidad

<sup>2</sup> “Aberasturi, Mirta Edit y otros c/Instituto de Seguridad Social s/demanda contencioso administrativa”, 17/03/2011, Magistrados: Dra. Elena Victoria FRESCO, Dr. Tomás Esteban MUSTAPICH, Sala: A.

de las resoluciones del ISS que denegaron el reclamo administrativo previo formulado por cada uno de los actores, y que se condene a la demandada al pago de los intereses respecto de las sumas que mandó reintegrar el artículo 1 del mismo ordenamiento, todo ello con expresa imposición de costas.

La parte actora señala que hacia mediados de los años 2000, superada la situación de emergencia económica iniciada hacia principios de los años '90 en nuestro país, y existiendo un holgado superávit económico financiero en el sistema previsional de acuerdo a los estudios actuariales, se ordenó entonces el reintegro de las sumas retenidas a través de la Ley N° 2174 (B.O. N° 2634). Aclaran que, si bien el artículo 1 de la ley ordenó la devolución de los aportes por el período comprendido entre el 1° de enero de 1996 al 31 de diciembre de 1999, el artículo 2 estableció que el reintegro se efectuaría a valores nominales y sin intereses, a partir de la liquidación de haberes jubilatorios del mes de julio de 2005 y de acuerdo a un cronograma que establecía determinados números de cuotas mensuales, iguales y consecutivas, conforme el monto que se debiera percibir. Como consecuencia de ello, indican que el ISS procedió a acreditar los mencionados importes en las cajas de ahorro que poseen los beneficiarios en el Banco de La Pampa.

Los demandantes argumentan que el hecho de que el reintegro ordenado en el artículo 1 se haya efectuado a valores nominales y sin intereses

resulta arbitrario e ilegítimo por distintas, congruentes e irrefutables razones que llevan a tachar de inconstitucional la restricción dispuesta por el artículo 2 de la Ley N° 2174 y consecuentemente impone el deber de enmendar tal afectación del derecho subjetivo previsional de los actores (fs. 921/921).

De este modo, aquello que se tacha de inconstitucional es que la devolución se realice a valores nominales y sin intereses cuando, la actual situación del sistema previsional permite afrontarlos sin inconvenientes, y así como estuvo el interés público comprometido por el desfinanciamiento del sistema, también ahora vuelve a estarlo si, en un estado de derecho, el resarcimiento o reintegro de aquella contribución no se efectiviza con intereses, siendo ello totalmente posible. Manifiestan también que se ha quebrantado el principio de igualdad puesto que a algunos jubilados se les reintegró con intereses y a otros no; entendiendo que, si se asumió la obligación de reintegro, esta debe cumplirse conforme a derecho, lo que implica el pago de intereses, es decir,

la aplicación de la misma pauta para quienes estuvieron en la misma situación en aquella época.

Enfatizando su pedido, la parte actora añade que

el pago de intereses, en todo lo que sea materia de reintegros previsionales, se nutre de un profundo contenido social que enraiza en la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria por lo cual, cuando se dispone un mecanismo tuitivo en orden a su cuantía no puede serlo sin grave infracción a los principios del mismo sistema como ocurre en el particular.

En este sentido, los damnificados afirman que uno de los principios esenciales del haber previsional es el de su movilidad y por ello un reintegro a valores nominales y sin intereses no se aviene con esa garantía, sino que, por el contrario, implicaría una inmovilidad absoluta del importe en cuestión por el lapso que media entre el descuento y la efectivización del reintegro. En este entendimiento, señalan que los principios del sistema previsional impiden entender el beneficio previsional como un crédito de derecho privado u obligación civil, sino que tal comparación debe realizarse con institutos de derecho público, apareciendo como el más indicado, según su criterio, el de la expropiación, ello así por cuanto la situación de emergencia se impone por una razón de interés general y es en base a ella que en el caso concreto se afectó el derecho de propiedad previsional.

El señor Procurador General de la provincia de La Pampa en aquel entonces señalaba que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en su tercer párrafo, dispone que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrán el carácter de integral e irrenunciable”. Del citado carácter integral de la cobertura, podemos deducir otra característica que resulta esencial para la existencia de las otras: la imprescriptibilidad del derecho. Ello se explica por cuanto si, por alguna razón, el administrado no acciona para solicitar su beneficio previsional, no puede eso traducirse en una pérdida del derecho, ya que, en caso contrario, carecería de las características de integralidad. Por tal motivo, más allá del carácter legal que reviste la imprescriptibilidad de los beneficios de la seguridad social, esa característica encuentra su justificación en la misma Constitución Nacional. Ello da cuenta de que corresponde reintegrar la suma adeudada en materia de intereses a quienes integran la parte actora.

No obstante, a renglón seguido el Procurador General advierte que el carácter integral e irrenunciable de los DESC, no impide que sea susceptible de extinguirse por el transcurso del tiempo la obligación de pagar los haberes correspondientes a una determinada prestación, dado que cierta jurisprudencia ha afirmado que no puede otorgarse a los particulares

un derecho sine die al cobro de las sumas derivadas de ellos cuando el pago de éstas no sea reclamado dentro de los plazos de prescripción que la legislación contemple, cuya validez esta Corte admitió (*Fallos* 307:582 y causa C.520. XX “Costa, Juan Francisco” del 14 de octubre de 1986 y su cita) (*Fallos* 312:1340, voto de los Dres. José SEVERO CABALLERO y Carlos S. FAYT).

En síntesis, por los motivos invocados, el Procurador General afirma que le asiste razón al ISS al plantear que el crédito de los beneficiarios debería ser alcanzado por la prescripción, debiéndose considerar la fecha del reclamo administrativo de cada uno de los actores como interruptiva de la prescripción.

Finalmente, atendiendo a las consideraciones anteriormente vertidas, el STJ concluye que corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por los accionantes declarando la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley N° 2174 en cuanto dispone el reintegro de la contribución realizada por cada uno de los actores a valores nominales y, en consecuencia, la nulidad de cada resolución administrativa, y condenar al ISS a pagar los intereses devengados por el monto histórico descontado, pero considerando el plazo de prescripción de cinco años tomando como fecha de interrupción la de la interposición de cada reclamo administrativo.

En tercer lugar, durante el año 2016, se emitió el “Fallo GALLO”,<sup>3</sup> en el que Alberto Alfredo GALLO, por su propio derecho, con patrocinio letrado adecuado, interpone demanda contencioso-administrativa contra el ISS pretendiendo la declaración de nulidad de la Resolución N° 1855/12 y de inconstitucionalidad de las leyes provinciales N° 1671 y 2587.

El actor se presenta ante los estrados judiciales como beneficiario de una jubilación ordinaria otorgada por el Instituto de Seguridad Social mediante resolución N° 1746/07, siendo que a la fecha del cese de sus actividades se

<sup>3</sup> GALLO, Alberto Alfredo c/ Instituto de Seguridad Social s/ Demanda Contencioso-Administrativa, 18/8/2016, Magistrados: Dr. José Roberto SAPPÀ Dra. Elena Victoria FRESCO.



encontraba vigente la Ley provincial N° 1671, por la que se había declarado el estado de emergencia económica del sistema previsional provincial, por el término de cuatro (4) años a partir del 1 de enero de 1996. Relata que, superada la situación de emergencia, en septiembre de 2010, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley nacional N° 2587 que dispuso que el haber inicial debía resultar de aplicar el setenta y cinco por ciento (75%) al promedio de las remuneraciones actualizadas sujetas a aportes de los diez últimos años de prestación de servicios, continuos o discontinuos anteriores al cese. Afirma que la Ley N° 2587 omitió establecer el procedimiento para readecuar las prestaciones que se vieron mermadas durante la emergencia.

La parte actora fundada en los artículos 75, inciso 22, y 14 bis de la Constitución Nacional, 47 de la Constitución Provincial de la Pampa, 9 del Pacto Internacional de DESC y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, afirma que el ISS ha vulnerado sus derechos fundamentales al declarar la emergencia económica del sistema previsional y la modificación del régimen jubilatorio vigente, estableciendo un trato discriminatorio entre quienes obtuvieron el beneficio previsional durante el período de emergencia y quienes lo alcanzaron con posterioridad. Así también, fundada en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Ginebra sobre derecho internacional comunitario, la parte actora advierte que tanto la Ley N° 1671 como la Ley N° 2587 son inconstitucionales porque al declarar la emergencia no se determinó un plazo de duración de las medidas restrictivas y porque tampoco se dispusieron medidas destinadas a restablecer los derechos conculcados una vez superada aquella.

Por su parte, la parte demandada sostiene que resulta improcedente la aplicación de la Ley N° 2587 al caso de autos porque no era la ley vigente al momento del cese en la actividad ni del otorgamiento de la jubilación ordinaria. Manifiesta que, contrariamente a lo afirmado por el actor, si bien el dictado de la Ley N° 1671 obedeció a la situación de emergencia económica del sistema previsional por medio de la cual se acotó el pago de la contribución extraordinaria al plazo de cuatro años, la modificación de los artículos 24, 50, 76 y 81 resultó una medida de carácter permanente, general, justificada por la circunstancia de adoptar medidas tendientes a asegurar la estabilidad y solidez del sistema previsional pampeano.

Así también, la parte demandada, destaca que la determinación del haber inicial ha resultado más favorable a los intereses del actor con la aplicación de las pautas que emergen del artículo 73 de la NJF N° 1170 (t.o. 2000) que si se aplicaran los parámetros establecidos por la Ley N° 2587. También señala que el actor no ha requerido la declaración de nulidad de la Resolución N° 1746/07 que le otorgara el beneficio de jubilación ordinaria ni la inconstitucionalidad de los artículos 48, 75, 76, 78, 79 de la NJF 1170 (t.o. 2000), con lo cual ello importa el sometimiento voluntario a la legislación vigente respecto al modo en que deben calcularse sus haberes previsionales.

A su turno, el señor Procurador General emite su opinión, señalando que la prueba producida en autos indica que el método que se le aplicó al actor para la determinación de su haber jubilatorio inicial ha resultado beneficioso. Desde esta perspectiva, entonces, es igualmente improcedente el planteo de inconstitucionalidad de las leyes N° 1671 y N° 2587, ya que no solo ha sido realizado en forma genérica –toda vez que el actor se ha limitado a alegar su presunta invalidez constitucional sin especificar cuál o cuáles de sus artículos resultarían contrarios a la Constitución Nacional y por qué–, sino que tampoco ha demostrado el perjuicio patrimonial alegado en la determinación del haber previsional inicial, conforme surge del dictamen pericial.

En cuanto a que existe agravio constitucional al patrimonio de la parte actora por lo normado en la Ley nacional N° 2587, el procurador general, afirma que no solo no ha existido perjuicio a su patrimonio, ya que la prueba colectada en autos acredita que el haber jubilatorio inicial es más beneficioso con el sistema vigente a la fecha del cese del actor que el implementado en función de la Ley N° 2587, sino que además el planteo de inconstitucionalidad no tiene por objeto la inaplicabilidad del texto legal sino que el agravio radica en aquello que el legislador no estableció, lo cual es materia de su incumbencia.

A su vez, el señor procurador general señala que tampoco resulta jurídicamente posible hablar en el caso de autos de inconstitucionalidad por omisión. Dicha no procedencia se debe a que la doctrina constitucional enseña que “la inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional”. También ha expresado que

existen dos variantes de inconstitucionalidad por omisión: (i) la inconstitucionalidad por mora, que puede resultar tanto de la inercia en adoptar una decisión concreta como de la tardanza en la producción de normas generales (p. ej.: el ocio

legislativo en sancionar las leyes reglamentarias de la Constitución); y (ii) la inconstitucionalidad por negación o inconstitucionalidad por omisión relativa, y que tiene lugar cuando el órgano estatal efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo sanciona la ley que debe dictar, pero lo hace incorrectamente, retaceando algún derecho que la Constitución otorga.

Desde esta perspectiva, como ya ha sido expresado, si bien la Ley N° 2587 modificó el artículo 73 de la norma jurídica de facto N° 1170 (t.o. 2000), estableciendo un nuevo método de cálculo del haber inicial, tal modificación no afectó ni retaceó ningún derecho constitucional del actor.

En síntesis, el procurador general de la provincia de La Pampa concluye que ni la Resolución N° 1855/12 ni las leyes N° 1671 y N° 2587 han afectado los derechos reconocidos en los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, toda vez que el haber jubilatorio inicial fue determinado de conformidad con las previsiones del artículo 73 de la NJF N° 1170 (t.o. 2000), ley vigente a la fecha del cese, por lo que deben desestimarse los requerimientos de inconstitucionalidad, y como necesaria consecuencia, rechazar la demanda contencioso-administrativa. En consistencia con lo señalado por el señor Procurador General allí obrante, los integrantes de la Sala C del STJ pampeano rechazan la demanda contencioso-administrativa interpuesta por A. A. GALLO contra el ISS.

### 3. TRES HIPÓTESIS CRÍTICAS, UN HORIZONTE NORMATIVO DELIBERATIVO REPUBLICANO

En el primer apartado de tipo introductorio hemos afirmado que en este trabajo aportaríamos argumentos en defensa de tres hipótesis normativas específicas. En el segundo apartado nos avocamos a reconstruir los argumentos sentados en tres fallos del STJ pampeano en materia de DESC. Resulta necesario y oportuno, entonces, desarrollar en el presente tercer apartado cierta justificación somera sobre aquellas hipótesis específicas meramente enunciadas con anterioridad.

- a) Existen escasos pronunciamientos jurisprudenciales del STJ pampeano en materia de DESC, los cuales aparecen subordinados al fuero civil o administrativo, implicando con ello una reducción de la especificidad propia

de los DESC a ciertas garantías procesales habitualmente conectadas con derechos civiles y administrativos. Esta hipótesis se justifica ampliamente en: 1) la organización vigente de los fueros judiciales provinciales pampeanos, los cuales no dan un tratamiento específico a los DESC; 2) puede verse reflejada en el plan de estudio universitario local vigente que subordina el derecho laboral al ámbito del derecho civil y el derecho previsional al del derecho administrativo; y 3) las sentencias analizadas son consistentes con las opciones interpretativas enunciadas en 1) y 2). Cabe advertir que la reducción de los DESC a derechos civiles y/o administrativos resulta incongruente con las opciones normativas tomadas por los constituyentes nacionales y provinciales en 1994 remitiéndonos a lo ya expresado al respecto.

- b) En los casos evaluados, los criterios empleados por los magistrados del más alto tribunal provincial siguen ciertos lineamientos prefijados por algunos miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en tanto argumentos de autoridad destinados a garantizar una interpretación restrictiva de los DESC. La restricción es aquí triple, recordemos. Primero, se promueve la limitación de su aplicación al dinero efectivamente recaudado por el gobierno de turno. Segundo, se afirma que los ciudadanos son meros agentes pasivos incapaces de definir o evaluar la efectividad de las medidas tuitivas en materia de DESC. Tercero, se señala que el Poder Judicial no puede ni debe inmiscuirse en las políticas públicas predefinidas por el Legislativo y Ejecutivo. En las sentencias aquí analizadas ha podido evidenciarse que, lejos de partir de un abanico amplio de criterios producidos desde la CSJN en materia de DESC, donde se contemplan aquellos avances parciales habidos en los últimos diez años en materia de protección de algunos sectores desaventajados, el STJ pampeano emplea selectivamente ciertos argumentos que, si bien oficiales, no son indiscutibles, sino que indudablemente deben ser tomados por controversiales y como parte de un menú normativo más amplio y rico.
- c) Desde una perspectiva deliberativa republicana, los mecanismos institucionales judiciales desplegados por el STJ pampeano, así como los argumentos específicamente esgrimidos por sus ministros, resultan insuficientemente dialógicos y en ciertos casos se muestran indiferentes a ciertos grupos estructuralmente desaventajados. En primer lugar, con el calificativo de insuficientemente dialógico nos referimos a la inexistencia o

escasa implementación de institutos comunicativos para con la sociedad civil como con los restantes poderes constituidos. En este sentido, existen ciertas herramientas bien conocidas y vigentes, tales como: audiencias públicas, *amicus curiae*, sentencias exhortativas, reenvío legislativo, entre otras (GARGARELLA, 2007). En segundo lugar, en relación a la implícita indiferencia para con ciertos grupos sociales estructuralmente oprimidos, la interpretación del principio constitucional de igualdad efectuada por los miembros del STJ pampeano se inscribe en la perspectiva que lo entiende como no discriminación, siendo a su criterio necesario un control de razonabilidad amplio. Por el contrario, desde una perspectiva deliberativa republicana, atendiendo a la preexistencia de ciertos grupos sociales notoriamente desaventajados, debiera de adoptarse una interpretación del principio de igualdad desde una perspectiva de no sometimiento (SABA, 2010).

A los fines de desarrollar con algo más de profundidad los argumentos justificativos de esta hipótesis consideramos apropiado atender a la conexión entre las nociones de derechos sociales, control de constitucionalidad y democracia deliberativa, siendo especialmente relevantes las teorizaciones ofrecidas hace ya una década (2007) por R. GARGARELLA en un relevante trabajo sobre la materia.

Por un lado, cabe destacar tres apreciaciones conclusivas formuladas por este autor. En primer lugar, observa que en la jurisprudencia nacional argentina “no se encuentran interesantes elaboraciones judiciales en sus más o menos explícitas referencias a la democracia en los casos relacionados con los derechos sociales” (GARGARELLA, 2007: 378). En segundo lugar, sostiene que existe “una notable falta de cuidado en la transición de las premisas sobre la democracia a las conclusiones sobre lo que los jueces se supone que deben hacer, o más habitualmente, no hacer, en cuanto a la aplicación de los derechos sociales” (GARGARELLA, 2007: 378). En tercer lugar, sobresalen dos perspectivas implícitas en las teorizaciones judiciales habidas sobre derechos sociales, una de tipo pluralista o minimalista y otra populista o demagógica. En ambos casos, los derechos sociales no se promueven como precondiciones de la democracia, o mejor dicho “el respeto por la democracia les exige no hacer cumplir los derechos sociales” (GARGARELLA, 2007: 378). En otras palabras, pareciera ser que “ambas teorías sobre la democracia (conservadora y

progresista) parecen trabajar juntas al concluir que a los jueces se les permite y se les exige que protejan los derechos civiles y políticos, pero no los sociales, lo cual resulta desconcertante” (GARGARELLA, 2007: 388).

En particular, nos interesa advertir que coincidimos parcialmente con la última hipótesis defendida por R. GARGARELLA. Nuestro desacuerdo aquí con el autor estriba en tres cuestiones centrales: a) consideramos que la perspectiva populista sí considera que los derechos sociales son elementos fundamentales para el sostenimiento de un sistema democrático, lo cual no implica negar que la definición dada por el populismo a dichas potestades sea deficiente en términos de no dominación política, dada la falta de mecanismos horizontales de control y la cultura decisionista impuesta desde dicho enfoque demagógico; b) las perspectivas pluralista y populista están conectadas dialécticamente tanto en la teoría como en la praxis constitucional argentina, siendo notoria la existencia de un denostable ciclo populista-pluralista desde el retorno de la democracia en Argentina (OLIVARES, 2015, 2017); y c) desde una perspectiva deliberativa neorrepblicana, que tiene por horizonte normativo la no dominación política, los derechos políticos incluyen ciertos derechos habitualmente considerados como sociales, lo cual vuelve deseable la preponderancia de los derechos políticos por sobre los sociales.

En otro orden de ideas, GARGARELLA efectúa dos afirmaciones con las cuales coincidimos aunque con ciertos reparos. En primer lugar, sostiene que “la revisión judicial de constitucionalidad puede ser un instrumento crucial para enriquecer la deliberación respecto a los derechos sociales” (GARGARELLA, 2007: 394). En segundo lugar, declara que “la ausencia de políticas públicas dificulta la vinculación política de los más desaventajados en la sociedad, y por lo tanto socava todo el valor del proceso democrático” (GARGARELLA, 2007: 394).

En relación a nuestros reparos sobre estas dos afirmaciones, consideramos: a) la revisión judicial puede ser deseable en términos políticos igualitarios, si y solo si, forma parte de un modelo multisituado de control de constitucionalidad donde la última palabra la posee un cuerpo colegiado de ciudadanos elegidos por un método ecuaníme (OLIVARES, 2018); y b) el ámbito estatal formal no es el único y quizás no es el mejor espacio desde el cual promover una genuina y profunda igualdad política, sino las acciones discursivas y no discursivas emanadas desde la mismísima ciudadanía, sea o no que estén en complemento con las políticas públicas estatales.

Atendiendo a las precisiones vertidas sobre cuáles son las implicancias normativas que se desprenden de nuestra particular concepción deliberativa republicana y aplican a nuestro análisis de las sentencias del STJ pampeano anteriormente reconstruidas, podríamos enunciar las siguientes observaciones: a) el organismo máximo del Poder Judicial pampeano debiera haber intentado poner en diálogo sus argumentos con los de ciertos ámbitos formales e informales tales como ONG, movimientos políticos, comisiones legislativas en materia constitucional, así como sectores del Poder Ejecutivo provincial tales como el Ministerio de Gobierno; b) la inveterada pero igual de controversial doctrina nacional y provincial que incluye los DESC explícitamente en la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales no es en absoluto consistente con una perspectiva democrática deliberativa neorrepblicana, siendo el Poder Judicial desde esta óptica un poder político más y no un mero poder neutral, objetivo, imparcial o arbitral; c) desde las reformas constitucionales nacional y provincial acaecidas en 1994 se han incorporado ciertos órganos extra poderes tales como el Ministerio Público que necesariamente se ven involucrados en cuestiones judiciales como las de los autos mencionados bajo la entelequia de que deben empoderar a la ciudadanía o bien representar sus intereses no cediendo a las presiones ejercidas desde el Poder Judicial, ello resulta especialmente dificultoso en el caso del ámbito pampeano, dada la explícita subordinación funcional del Ministerio Público a dicho poder constituido, así como a la inexistencia de la figura del defensor del pueblo; y c) la constitucionalidad y razonabilidad de las medidas políticas públicas, desde una perspectiva deliberativa neorrepblicana no puede evaluarse única ni finalmente en los estrados judiciales. Los magistrados llevan a cabo una notable y valiosa labor en dicha empresa política, pero no pueden ni deben ser los últimos ni los únicos, siendo moralmente obligatorio que dicha carga política pese sobre los hombros de otras instituciones formales e informales, constituidas y ciudadanas. Resulta sumamente necesario, en el marco de un sistema democrático, aunque el mismo sea indirecto, moderado, acotado, que los jueces sean sensibles a los criterios, preferencias, intereses políticos de la sociedad civil, a quienes deben procurar justicia.

#### 4. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos pretendido describir y evaluar desde una perspectiva deliberativa neorrepblicana aquellas sentencias pronunciadas por el STJ de La provincia de La Pampa. Más precisamente, hemos puesto énfasis en tres fallos: ESCUDERO, ABERASTURI y GALLO. Nuestra intención no ha sido en absoluto clausurar el debate sino ampliarlo aportando ciertas pautas hermenéuticas para enriquecerlo, promoviendo la aplicación de criterios jurisprudenciales, diseños institucionales y perspectivas interpretativas consistentes con aquella protección amplia de los DESC y un régimen previsional integral propugnados desde la mismísima constitución provincial pampeana (artículo 47).

En los apartados anteriores, hemos aportado argumentos en defensa de las siguientes hipótesis específicas críticas: i) existen escasos pronunciamientos jurisprudenciales del STJ pampeano en materia de DESC, los cuales aparecen subordinados al fuero civil o administrativo, lo cual implica un trato reduccionista de aquellas potestades incorporadas en las constituciones nacional, provincial y leyes infraconstitucionales como derechos sociales; ii) en los tres casos evaluados, los criterios empleados por los magistrados del más alto tribunal provincial pampeano siguen ciertos lineamientos prefijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en tanto argumentos de autoridad destinados a garantizar una interpretación restrictiva de los DESC, que resulta plenamente consistente con su cualificación a priori en el organigrama de fueros al que nos referimos en la primera hipótesis; e iii) desde una perspectiva deliberativa neorrepblicana, los mecanismos institucionales judiciales desplegados por el STJ pampeano, así como los argumentos esgrimidos por sus ministros, resultan insuficientemente dialógicos y en ciertos casos se muestran escasamente sensibles a ciertos grupos estructuralmente desaventajados.

Finalmente, la última palabra en materia de DESC, desde una perspectiva deliberativa republicana, está en poder de los ciudadanos afectados, siendo especialmente relevante trabajar solidariamente entre operadores jurídicos para arribar a situaciones y diseños que eviten o al menos morigeren efectivamente los notorios y reiterados casos de dominación política de unos sujetos sobre otros.



## 5. BIBLIOGRAFÍA

- DIETERLEN, P. (2011). Pobreza, cuenta pendiente de la democracia. En E. GARZÓN VALDÉS, J. MUGUERZA y T. R. MURPHY (comps.), *Democracia y pobreza*. Madrid: Fundación Mapfre Guanarteme.
- ETCHICHURY, H. J. (2013). *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*. Córdoba: UNC Editorial.
- (2016). Derechos sociales: la democracia deliberativa como clave de justificación. En H. O. SELEME, G. C. LARIGUET, O. PÉREZ DE LA FUENTE y R. GONZÁLEZ DE LA VEGA (dirs.), *Democracia. Perspectivas sociales y económicas*. Montevideo: Bdef.
- HABERMAS, J. (2004). El Estado de Derecho Democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?, En *Tiempo de Transiciones* (pp. 139-161). Madrid: Trotta.
- (2005). Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, 4, 10.
- MORALES, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- GARGARELLA, R. (2007). ¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales? En R. ARANGO (ed.), *Filosofía de la democracia* (pp. 377-408). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- OLIVARES, N. E. (2015). Presidencialismo populista vs Presidencialismo deliberativo. *Revista Estudios*, 31-47.
- (2017). Paradoja democrática y república deliberativa. *Revista de la Facultad*, Serie II, VIII (2).
- (2018). Deliberativismo republicano y control constitucional. *Revista Cuestiones Constitucionales*, (38), 33-62.
- RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (eds.), (2010). *Derechos sociales como exigencias de justicia del siglo XXI*. Madrid: Dykinson.
- SABA, R. (2010). La constitución como límite (positivo y negativo): el caso de la igualdad ante la ley. En R. GARGARELLA (coord.), *La constitución en 2020* (pp. 29-35). Buenos Aires: Siglo XXI.
- SAGÜÉS, N. P. (2006). *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Lexis Nexis, pp. 129-130.



---

# Mendoza

**C. IGNACIO GIUFFRÉ  
Y SANTIAGO A. NASIF**

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) fueron reducidos a derechos “programáticos”, bajo la idea de que su reconocimiento dependía de las políticas sociales que ejecutara el órgano Legislativo o Ejecutivo. Así pues, frente a extensas declaraciones de derechos, tanto en las constituciones como en los tratados internacionales, el Poder Judicial desde antaño se erigió como freno al avance en el reconocimiento de aquellos, al contribuir con el fortalecimiento de la teoría de los derechos de “segunda categoría”.

Como correlato de tal noción, los jueces adoptaron una posición pasiva frente a los órganos representativos y rechazaron las demandas por cumplimiento de las referidas prerrogativas. En vastas ocasiones, lo hicieron bajo el refugio de que así se veneraba la separación de poderes y la democracia. Sin embargo, tales posiciones soslayan: por un lado, que negarle a las personas el acceso a determinadas condiciones mínimas para desarrollar una vida autónoma, también socava la democracia; por el otro, que las decisiones judiciales en materia de DESC pueden contribuir a afianzar una división deliberativa de poderes, en tanto los jueces entran en diálogo cooperativo –mediante exhortos o llamados de atención– con las restantes ramas de gobierno. De esta manera, no constituye una justificación válida, frente a quien no dispone de lo necesario para llevar adelante una vida digna, decirle que debe respetar una separación rígida de poderes o la negativa de los órganos democráticos a asegurar sus derechos.

Bajo esta perspectiva, desde los últimos años comenzó a desarrollarse en la región una creciente judicialización de las políticas públicas orientada hacia

la justicia social y la efectividad de los DESC (ABRAMOVICH y PAUTASSI, 2009; BERGALLO, 2005; RODRÍGUEZ GARAVITO y RODRÍGUEZ FRANCO, 2015), vale decir, de cuestiones que históricamente se hallaban reservadas a los órganos Legislativo y Ejecutivo, dando lugar así a fallos emblemáticos.

Existen innumerables desarrollos teóricos en torno a este giro, marcado por el mayor compromiso de los jueces con la justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, es prácticamente inexistente la literatura sobre la situación de estos en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (en lo que sigue SCJM). En tal marco, surge el presente trabajo, cuyo propósito central estriba en dar cuenta de los avances y retrocesos que ha tenido la exigibilidad de ciertos DESC en la jurisprudencia de la SCJM. Previo a abordar tal aspecto, se comienza con una reflexión en torno a la Constitución local y, finalmente, se culmina con algunas conclusiones provisorias.

## **2. LOS DESC Y LA SALA DE MÁQUINAS EN A CONSTITUCIÓN DE MENDOZA**

Los países de América Latina fueron los primeros en el mundo en incorporar los DESC en sus constituciones. La Carta mexicana de 1917, pionera mundial en el desarrollo del constitucionalismo social, precedió a la Constitución de Weimar y a la creación de la Organización Internacional del Trabajo (ambas de 1919). También se adelantó a la española de 1931. De hecho, apareció mucho antes del desarrollo del Estado de Bienestar y la economía keynesiana. Así, desde su adopción marcó la historia del constitucionalismo latinoamericano y la mayoría de los países de la región comenzaron a incluir largas listas de derechos sociales en sus documentos constitucionales: Brasil en 1937; Bolivia en 1938; Cuba en 1940; Uruguay en 1942; Ecuador y Guatemala en 1945; Argentina y Costa Rica en 1949.

Pero cabe destacar un hito que suele soslayarse: la Constitución de Mendoza se adelantó a todas ellas, incluso a la mexicana. En efecto, desde 1916 contempla disposiciones relativas a los derechos laborales, el agua, la educación, las mujeres y la niñez. Si bien hoy el alcance de estas cláusulas parece modesto, su poder fue relevante y de vanguardia. Sin embargo, pese a que en los últimos años tuvo lugar en el Derecho Público Provincial argentino y en Latinoamérica en general un nuevo ciclo de reformas constitucionales que, junto con la ola de democratización de fines del siglo XX, expandió los

compromisos sociales y les dio un nuevo impulso, Mendoza continúa con la Carta más antigua del país y sin reformas sustanciales.

De este modo, a diferencia de la mayoría de los países de la región y las demás provincias argentinas, Mendoza no cuenta con una larga y sustancial lista de DESC. De cualquier manera, ingresan mediante el principio de supremacía constitucional y convencional. Entonces, el aspecto problemático en Mendoza estriba, aquí sí al igual que en aquellas constituciones, en que no obstante la riqueza de los derechos, la organización del poder gubernamental es vieja y regresiva. Como consecuencia, Mendoza también padece el problema recurrente en la mayoría de los países de América Latina y el Derecho Público Provincial argentino: el “desajuste” entre los compromisos progresistas del siglo XXI con respecto a los DESC y el tipo de democracia constitucional heredada del siglo XIX, a través de la cual pretende darse curso a aquellos. Este desfase ha llevado a que las partes orgánicas de las constituciones muchas veces se erijan como freno de los DESC (GARGARELLA, 2015).

### 3. LOS DESC EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SCJM

A fin de abordar el tratamiento que han tenido ciertos DESC por parte de la SCJM,<sup>1</sup> a continuación se analizarán las sentencias más relevantes en materia de: i. vivienda; ii. salud; iii. educación; iv. progresividad; v. exigibilidad y modelo de justicia constitucional.

#### 3.1. *El derecho a la vivienda*

Al respecto, es posible diferenciar tres etapas en las consideraciones que el Tribunal ha formulado: la primera, entre 1985-2011; la segunda, entre 2011-2014; y la tercera, desde 2014 hasta la actualidad.

Cabe comenzar con el precedente “Hassan” (1985).<sup>2</sup> Allí, en el contexto de la quiebra de una empresa, la accionante se consideró agraviada en tanto

1 Los datos han sido tomados de las Revistas de Jurisprudencia del Tribunal y del catálogo de fallos dictados de acuerdo a la materia, año, ubicación y clasificación temática. Ambas fuentes pueden consultarse en el sitio web oficial [www.jus.mendoza.gov.ar/fallos-judiciales](http://www.jus.mendoza.gov.ar/fallos-judiciales) y [www.jus.mendoza.gov.ar/doctrina-y-jurisprudencia](http://www.jus.mendoza.gov.ar/doctrina-y-jurisprudencia).

2 SCJM, Sala Primera, N° 41.785. (14/3/1985). “Hassan José en j: Inmobiliaria Comercial Industrial y Financiera Cartellone S.A. s/Quiebra - Revisión s/ Casación”.

perseguía la admisión de un crédito por escrituración respecto de la unidad de vivienda y cochera, que había abonado en su totalidad y de cuya posesión gozaba con anterioridad a la sentencia de quiebra. La discusión recursiva en la instancia suprema se basó en el rechazo parcial de su pretensión en los estadios inferiores respecto de la cochera, donde se entendió que, por encontrarse separada físicamente del departamento, no constituía un accesorio y no tenía destino para vivienda. Por ello, se la excluyó del régimen de la Ley N° 19551 (art. 150), que remitía al Código Civil (art. 1185 bis).<sup>3</sup> En el voto se analizaron los términos “vivienda” y “digna”, también se razonó que cuando el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (en adelante CN) agregó dicho calificativo, no solo aludió a la necesidad de erradicar las “villas inestables”, sino que se preocupó por reafirmar que “a todo ser humano le asiste el derecho de acceder a una vivienda que por sus elementos de composición satisfaga las necesidades vitales mínimas acordes a su condición social, a su nivel cultural y a sus posibilidades económicas”. Pero concluyó que el artículo 14 bis enuncia una cláusula programática.

Entre este pronunciamiento y los subsiguientes no hubo variaciones respecto de la concepción expuesta. Durante este lapso, los fallos que involucraron la materia consistieron en el análisis de cuestiones relativas a: la obra pública;<sup>4</sup> irregularidades registrales de inmuebles constituidos como bien de familia;<sup>5</sup> conflictos de adjudicación y entrega de viviendas a cooperativas;<sup>6</sup>

3 Los textos declaraban: a) Ley N° 19551, art. 150: “Las promesas de contrato o los contratos celebrados sin la forma requerida por la ley no son exigibles al concurso, salvo cuando el contrato puede continuarse por éste y media autorización judicial, ante expreso pedido del síndico y del tercero, manifestada dentro de los treinta días de la publicación de la quiebra en la jurisdicción del juzgado. Boletos de inmuebles. El artículo 1185 bis del Código Civil sólo se aplica a los casos de inmuebles destinados a vivienda”; b) Código Civil, art. 1185 bis: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El Juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio”.

4 SCJM, Sala Segunda, N° 51.391, (1/10/1999). “Cimalco S.A. c/Instituto Provincial de la Vivienda s/A.P.A.”.

5 SCJM, Sala Primera, N° 70.561, “NEGRI, Evaldo P. en j. 69.094/24.812 Liq. BID c/NEGRI Evaldo p/Ejec. s/Inc.”.

6 SCJM, Sala Primera, N° 80.439, (11/4/2005). “Cooperativa de Vivienda y Urbanización Mariano Moreno Ltda. en j° 76471/36191 Pereyra Gladis E. c/Coop. de Viv. y Urbanización Mariano Moreno p/Cob. de Pesos s/Cas”.

reclamos de daños y perjuicios;<sup>7</sup> revisión de los excesivos intereses pactados en ejecuciones hipotecarias de la vivienda única y familiar;<sup>8</sup> entre otros. Lo expuesto no implica asumir que el Tribunal soslayó la situación normativa del acceso a la vivienda<sup>9</sup> o su prioridad frente a un conflicto con otros derechos.<sup>10</sup>

En el año 2011 se produjo un giro relevante con la sentencia recaída en “IPV en juicio Orozco”.<sup>11</sup> En tal ocasión, el Instituto Provincial de la Vivienda<sup>12</sup> recurrió el decisorio de segunda instancia que lo condenó por la ruina producida en las viviendas de 27 familias. Debido a que ellas registraban una deuda con la institución, la SCJM entendió procedente descontar su monto de la indemnización reconocida a los agraviados.<sup>13</sup> En esta oportunidad, recordó

- 7 SCJM, Sala Primera, N° 88.655, (28/8/2007). “Sura, Agustín y Ot. en j° 31.962 Sura, Agustín y Ot. c/Zambudio, José Alberto y Ot. /D. y P. s/Inc. Cas.” y su acumulado N° 89.171, “Consorcio de Propietarios Ed. Tonsa Monob. “C” en j° 31.962/29.575 Sura, Agustín y Ot. c/Zambudio, José Alberto y Ot. p/D. y P s/Inc.”.
- 8 SCJM, Fallo Plenario, N° 75.861, (6/4/2006). “Nuevo Banco del Suquía S.A. c/Gob. Pcia. Mendoza, s/Acción de Inconstitucionalidad”.
- 9 En el marco de un recurso extraordinario de casación deducido en un proceso de ejecución hipotecaria, el preopinante advirtió que, para la resolución del caso, debía considerarse la pugna de dos derechos: la protección de la vivienda familiar y el cobro de un crédito reconocido judicialmente. Luego, expresó que la protección de la vivienda familiar “constituye un principio cardinal al que deben prestar acatamiento los tres poderes del Estado”. No obstante, el resto del fallo consistió en consideraciones sobre el crédito hipotecario y el remedio fue rechazado por unanimidad. SCJM, Sala Primera, N° 101.431, (18/10/2011). “Draque, Mario Alfredo en j: 157.990/32.842 First Trust Of New York National Association c/Draque Mario Alfredo p/Ejec. Hipotecaria s/Cas.”.
- 10 En tal sentido, la Dra. KEMELMAJER expresó que la instancia inferior se desentendió de la real desigualdad que existió entre las partes en conflicto: “un sindicato que ostenta parte del poder real” y “un necesitado de acceder a una vivienda digna que, durante 15 años ha pagado una cuota intentando entrar en un plan”. En caso de duda, priorizó la interpretación más favorable para el consumidor. SCJM, Sala Primera, N° 75.569, (17/11/2003). “Manino, Pedro Lucio en j: Manino, Pedro c/ Centro Empleados De Comercio p/Cobro De Pesos s/Inc. Cas.”.
- 11 SCJM, Sala Primera, N° 99.473, (23/11/2011). “Orozco Andrés Osvaldo y Ots. c/I.P.V. p/ Cumplimiento por D. y P. s/Inc.”.
- 12 El Instituto Provincial de la Vivienda fue creado en Mendoza en 1947 por Ley N° 1658 para atender el problema del acceso a la vivienda, principalmente de los sectores de menores recursos.
- 13 En disidencia, el Dr. ADARO consideró que, si bien compartía los argumentos de la mayoría, la solución propuesta no resultaba regresiva, pues vedaba la prohibición de adoptar medidas que restrinjan o empeoren el nivel de goce del derecho en cuestión, pues “no se está asegurando

que en la reforma constitucional de 1957 se consagró el derecho a la vivienda digna como derecho fundamental. Por otro lado, adhirió a que luego de la reforma constitucional de 1994, las disposiciones internacionales –en el caso, el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en lo que sigue PIDESC)– incorporadas en el artículo 75, inciso 22 de la CN, no constituyen “meros principios teóricos”, sino que pueden “operar inmediatamente” y “ser invocados, ejercidos y amparados sin requerir el pronunciamiento expreso legislativo”, “bastando su aplicación al caso concreto para hacerles surtir sus plenos efectos”.

De allí se desprende una referencia expresa a la operatividad directa del derecho. Incluso, se advirtió que el mandato se hallaba incumplido, ya que las casas entregadas no podían catalogarse como “dignas”, de acuerdo a los términos de la Observación General N° 4 del Comité del PIDESC.<sup>14</sup> Es interesante resaltar que esta resolución fue anterior a la sentencia “Q” de la Corte Federal,<sup>15</sup> en la que se sostuvo la operatividad “derivada” de las normas sobre derecho a la vivienda que se examinaban en el caso, en tanto “requiere[n] de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque[n] su implementación”.

Este precedente fue retomado por la SCJM en “Bordón”<sup>16</sup> (2014), que se originó a raíz de una acción posesoria entablada por quien se dijo titular dominial de un inmueble que ocupaban 38 personas, contra las cuales dirigió su pretensión de desalojo.<sup>17</sup> Tal solicitud fue admitida en primera instancia y

que los y las perjudicadas puedan tener acceso a la vivienda digna que les corresponde como derecho adquirido”. Por eso, propuso condenar a los responsables a demoler las obras realizadas de manera deficiente y construir nuevas viviendas, proveyendo una solución provisoria mientras duraran las obras de construcción (como el pago de un alquiler).

<sup>14</sup> A tenor de los mismos, toda vivienda debe reunir las siguientes condiciones mínimas: a) seguridad jurídica en la tenencia del inmueble (permitiendo una ocupación legítima y estable); b) habitabilidad segura y sana; c) disponibilidad de servicios sanitarios; d) costo de adquisición o uso razonable (que no consuma una parte sustancial de los ingresos del interesado); y e) adecuación cultural (respondiendo a las identidades culturales de las poblaciones involucradas).

<sup>15</sup> CSJN (24/04/2012). “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Amparo”. *Fallos* 335:452

<sup>16</sup> SCJM, Sala Primera, N° 108.841, (10/02/2014). “Bordón, Matías Pablo y Ots. en J° 2647/34.672 Agüero María Gabriela c/Desconocidos p/Acción Posesoria s/Inc.”.

<sup>17</sup> Según lo relata el fallo, se trataba de familias desalojadas de un terreno estatal por una orden judicial. Luego del desalojo fueron cargadas en camiones de la Municipalidad y fueron



confirmada en la segunda, pero en la Corte, el Dr. Palermo luego de sostener que debía revocarse la decisión, afirmó que en el conflicto estaba en jaque el derecho humano a la vivienda digna. En tal sentido, señaló –por un lado– el deber estatal de protección de los sectores que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y –por el otro– su íntima y especial vinculación con otros derechos, como la dignidad, la integridad y la salud. En sus palabras: “quien no puede acceder a una vivienda digna, no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida como, de hecho, lo hacen otros ciudadanos y habitantes”. Luego de recordar el giro que implicó la llegada del constitucionalismo social, trajo a colación el criterio formulado en “IPV en juicio Orozco”. En refuerzo, dijo “estamos frente a un derecho directamente operativo” y afirmó que la manda constitucional no se cumple solo con la promoción de planes, sino que los deberes impuestos al Estado requieren “algo más”. En tal sentido, expresó la relevancia de que “toda población acceda en tiempo útil y oportuno” a una vivienda.

Finalmente, refirió que la Corte Federal en el caso “Q” sostuvo que “sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”. No obstante, la disidencia de los Dres. PÉREZ HUALDE y NANCLARES compartió los argumentos de la decisión recurrida y propició el rechazo del remedio interpuesto por las familias. Con una salvedad, tal, ante el alcance de la solución (el despojo), la relevancia de los derechos involucrados y la falta de medios de las personas a desalojar, contenía un emplazamiento al Gobierno provincial y la Municipalidad de Capital para que en el plazo fijado presenten un plan con un cronograma a los fines de materializar la medida.<sup>18</sup>

### 3.2. *El derecho a la salud*

A los fines de exponer esta materia, los precedentes seleccionados han de dividirse en cuatro períodos. En el primero (1961-1993), los fallos en relación

trasladadas al terreno de quien se consideraba titular dominial y que luego demandara su posesión.

<sup>18</sup> Tales consideraciones, cuanto las formuladas en minoría por el Dr. Palermo, fueron retomadas en: SCJM, Sala Primera, Nº 13-03797249-9/1, (13/12/2016). “Vargas, Mario Javier en jº 131.041/35.084 Vargas, Mario Javier c/NN Ocupantes Ilegítimos p/Reivindicación s/Inc.-Cas.”.

con la salud giraron en torno a derechos laborales, en particular, sobre: el descanso de obreros mayores de dieciocho años;<sup>19</sup> las vacaciones;<sup>20</sup> el daño producido por las cosas que integran el ambiente de trabajo;<sup>21</sup> o el deber de seguridad con que carga el empleador.<sup>22</sup> También, aunque aisladamente, fue abordada la salud en materia penal.<sup>23</sup>

La segunda etapa (1993-2005) cuenta con relevantes fallos concernientes al derecho a la salud. En tal marco, importa referir al caso “Fundación Cardiovascular”<sup>24</sup> (1993), en el cual se declaró que aunque no esté mencionado expresamente, tal derecho tiene rango constitucional y el Estado debe asegurar a la sociedad, como mínimo, el derecho de elegir a su médico. Años más tarde, en “OSEP”<sup>25</sup> (2001), se expresó que el derecho a la salud amparado por la CN, no es un derecho abstracto, sino que se concreta en conductas específicas exigibles. Asimismo, en “Empac”<sup>26</sup> (2004), aunque con referencia a cuestiones procesales definió una especie de regla *in dubio pro salud*, al expresar que en todo lo que concierne al derecho a la salud, la balanza debe inclinarse a favor de la vigencia del derecho y no de su extinción.

**19** SCJM, Sala Segunda, N° 22.941, (31/08/1961). “Bobillo, Armando en j°: Abaca Domingo y Otros c/Armando Bobillo p/Ordinario s/Cas.”.

**20** SCJM, Sala Segunda, N° 36.885, (19/10/1978). “Rossel Carlos en j°: Rossel Carlos c/ Only S.A. p/Ordinario s/Cas.”.

**21** SCJM, Sala Segunda, N° 43.859, (31/10/1988). “González Oscar en j: González Oscar c/ Municipalidad de la Capital p/Ordinario s/Inconstitucionalidad”.

**22** SCJM, Sala Segunda, N° 62.317, (2/7/1998). “S.A. Viñedos y Bodegas José Orfila Ltda. en j: Matas Carlos c/S.A. Bodegas y Viñedos Orfila Ltda. p/Ordinario s/Cas.”.

**23** SCJM, Sala Segunda, N° 52.995, (09/12/1993). “Fiscal y Actor Civil c/Lopez Tejada Miguel Vicente p/Homicidio simple s/Cas.”.

**24** SCJM, Sala Primera, N° 51.579, (01/03/1993). “Fundación Cardiovascular de Mendoza en j: Clínica Sanatorio Mitre S.R.L. c/Asociación de Clínicas y Sanatorios de la Provincia de Mendoza y Otros p/Amparo s/Cas.”. Asimismo, la Sala estimó que procede la vía procesal del amparo cuando está en juego el derecho a la salud y la libre elección del prestador de servicios.

**25** SCJM, Sala Primera, N° 67.881, (9/5/2001). “Osep en j: Battezzati, Ernesto y Otros c/Osep s/ Amparo s/Inc.”.

**26** SCJM, Sala Primera, N° 79.815, (20/9/2004). “Empresa Médica de Prestaciones Asistenciales S.A.-Empac S.A.-Consalud en j° 125.473/36.684 Pugliese, Ricardo c/Empac S.A.-Consalud p/Amparo s/Cas.”.

Por otra parte, se destaca el fallo “Fiscal de Estado”<sup>27</sup> (1995), que declaró por primera vez la responsabilidad de un hospital, junto con la del Estado, por la prestación defectuosa e irregular del servicio público de salud, aun ante la imposibilidad de demostrar la culpa personal de los funcionarios involucrados. Como puede apreciarse, en este período el Tribunal comenzó un tímido desarrollo del derecho a la salud en sí mismo, sin atender a su influencia sobre otras materias –más allá de algunos fallos aislados en tal sentido<sup>28</sup>–.

Dicho desarrollo continuó en la tercera etapa (2005-2013), con los precedentes “González”, “Sánchez” y “Sociedad Española”, dictados en 2005. En el primero, la SCJM consagró el principio de reparación integral en materia de indemnizaciones por daños a la salud.<sup>29</sup> En el segundo, refirió que la excepción al instituto de la caducidad en la interposición de acciones de amparo se configura cuando se afecta un derecho de incidencia colectiva o un derecho que importe un tratamiento urgentísimo, como es el derecho a la salud.<sup>30</sup> El tercero es el de mayor relevancia, pues recordó la jerarquía constitucional del derecho humano a la salud, según criterios de la Corte Federal, en virtud de los cuales ante cualquier conflicto de intereses, corresponde su anteposición.<sup>31</sup>

**27** SCJM, Sala Primera, Nº 56.155, (5/12/1995). “Fiscal de Estado en j: Caneo Correas Mi-reya Lar y Otro c/Mario Chrabolowsky y Gobierno de Mendoza p/Daños y Perjuicios s/ Inconstitucionalidad”.

**28** SCJM, Sala Segunda, Nº 70.459, (28/11/2001). “Asociación de Empresarios Madereros y Afines de Mendoza (A.D.E.M.A.) en j: Rinaldi V. c/ A.D.E.M.A. p/Despido s/Cas.”. El caso, expresó que la ley protege la salud del trabajador, evitando el esfuerzo continuo que derive en una situación de explotación social, para lo cual divide la jornada limitada en tres partes de ocho horas (actividad-esparcimiento-descanso). Este criterio fue reiterado en ulteriores pronunciamientos: SCJM, Sala Segunda, Nº 90.499, (22/10/2008) “Indovina Cristina Graciela en jº 15.748 Indovina C. G. c/Di Betta M.A. p/Despido s/Inc.-Cas.”.

**29** SCJM, Sala Primera, Nº 79.223, (10/02/2005). “González Antonio en jº142.283/36.369 González Antonio c/Ortiz Osvaldo p/D. y P. s/Incidente”.

**30** SCJM, Sala Primera, Nº 82.225, (02/06/2005). “Sánchez Daniel Gabino c/Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza p/Inc.-Cas.”.

**31** Se refirió a lo expuesto en *Fallos* 302:1284; 310:112; 323:1339; 323:1339.

Por otro lado, en 2007, el Máximo Tribunal resolvió casos sobre cargos por intervenciones quirúrgicas (“Galán”)<sup>32</sup> y con (“Rodríguez”)<sup>33</sup> abrió una etapa de análisis de los programas de fertilización asistida a cargo de la Obra Social de los Empleados Públicos de Mendoza –en lo que sigue OSEP–. En este último, la institución había aprobado los módulos para la implementación del programa de fertilización asistida, con efectores propios que atendían la infertilidad mediante terapias de baja y media complejidad, y había autorizado la financiación opcional, estableciendo que no se subsidiarían ni reintegrarían los tratamientos realizados con efectores ajenos. La pretensión de los accionantes para cubrir un procedimiento de fertilización (ICSI, de alta complejidad) fue rechazada en primera y segunda instancia. Otro tanto hizo la SCJM al considerar que se perseguía el reintegro de una prestación no contemplada, pero se justificó declarando que la denegatoria de la OSEP no incumplía normas internacionales.

Además, la SCJM comenzó a vincular el derecho a la salud con las reglas protectorias del régimen de consumidores y usuarios. La decisión acerca de la procedencia del régimen consumeril en la materia comenzó con “Sociedad Española”<sup>34</sup> (2005) al afirmarse que entre la entidad mutualista y la asociada existía una relación de consumo, situación que desplazaba la aplicación del régimen de mutuales y generaba la obligación de suministrar los medicamentos respectivos con cobertura total. Esta tesitura fue continuada por algunos

**32** SCJM, Sala Primera, Nº 87.845, (1/2/2007). “Galán, Liliana Beatriz c/OSEP p/Amparo s/Inc.-Cas.”. Aquí interpretó que hallaba lógica en que, para cierto tipo de intervenciones (en el caso, cirugía bariátrica), la obra social pusiera un porcentaje a cargo del afiliado, siempre que fuere razonable, y, al mismo tiempo, la mutual creara procedimientos expeditos para acreditar la carencia económica para cubrir el resto, de tal modo que el afiliado pudiera acceder al servicio de salud sin gastos.

**33** SCJM, Sala Primera, Nº 89.891 (28/08/2007). “Rodríguez Marcos Mirta y Ot. en jº 180.399/30242 Rodríguez Marco Mirta y Ots. c/OSEP p/Amparo s/Inc.-Cas.”. La Dra. KEMELMAJER dijo: “Tengo especialmente en cuenta que en países del primer mundo, como EEUU, según relata el juez francés Byk, sólo seis Estados... obligan a las compañías aseguradoras a rembolsar a sus clientes infértiles los gastos de la fecundación asistida; que en España, sólo la muy próspera comunidad catalana financia con recursos propios la fecundación asistida... ¿Cómo exigir tanto a una obra social que debe lidiar contra la pobreza, los niños desnutridos, la vacunación obligatoria, etc.?”.

**34** SCJM, Sala Primera, Nº 81.839, (16/9/2005). “Sociedad Española de Beneficencia y Mutualidad Hospital Español de Mendoza en j: 1134948/7762 Sarmentano Carolina Verónica c/ Sociedad Española de Beneficencia y Mutualidad Hospital Español de Mendoza p/Amparo”.

pronunciamientos, entre ellos, interesa mencionar la disidencia del Dr. PÉREZ HUALDE en “Carrión”<sup>35</sup> (2008), en la que consideró que el hecho de accidentarse dentro del establecimiento (supermercado) colocaba la cuestión “bajo la esfera de la garantía constitucional del artículo 42 CN que es, por su carácter, plenamente operativa”. Dijo que esto conllevaba la necesidad de garantizar la protección de la salud, seguridad e intereses económicos en la relación de consumo.

Asimismo, en “Balderrama”<sup>36</sup> (2011), se advirtió la responsabilidad de un hospital público como prestador del servicio público de salud y se estimó aplicable el aludido régimen “cuando el paciente es un consumidor del servicio y, en tal caso, frente al establecimiento asistencial”. Por otra parte, este precedente también incluyó precisiones sobre la prestación de los servicios públicos de salud en relación con eventuales responsabilidades:

Así se han fijado estándares a los que debe sujetarse la prestación médico asistencial cumplida en un hospital público, manifestando que cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sea en el control de una y otra, en la medida en que pudiera incidir en el reestablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso, más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y control.<sup>37</sup>

**35** SCJM, Sala Primera, Nº 89.091, (18/3/2008). “Carrión Miriam Liliana en jº 179.724/30.112 Carrión Miriam Liliana c/Disco S.A. p/D. y P. s/Inc.-Cas.”. El voto de la mayoría confirmó el rechazo de una pretensión indemnizatoria motivada en un suceso dañoso ocurrido en un supermercado, en tanto existió imprecisión en los testimonios acerca del lugar exacto donde aquel ocurrió y al no haberse acreditado la existencia de alguna sustancia en el piso que resultara eficiente para provocar la caída de la recurrente.

**36** SCJM, Sala Primera, Nº 99.597, (15/3/2011). “Balderrama Manuel Andrés y Otros en jº 125.607/32.436 Balderrama Manuel Andrés y Otros c/Hospital Humberto J. Notti y Otros p/D. y P. s/Inc.-Cas.”.

**37** El fallo trajo a colación lo expuesto en “Fiscal de Estado” y confirmó la condena al hospital público de niños por la irregular prestación que le provocó la muerte de una menor internada, específicamente por la pérdida de chance de sobrevida o de curación (en tanto, al tiempo de la internación, ya había contraído el síndrome urémico hemolítico). Asimismo: SCJM, Sala Primera, Nº 101.359, (22/11/2011). “Sampieri Norma Ester y Otros en jº 98.591/42.470 Sampieri Vda. de Haist Norma Ester c/Reta Herrera Luis p/D. y P. s/Inc.”; SCJM, Sala Primera, Nº 102.113, (26/3/2012). “Rengifo Torres Roberta y Ot. P.S.H.M. Juan Alberto Falon en j:

En el último período (2013-actualidad), se acentuó la aplicación del régimen de defensa del consumidor dentro del ámbito de la salud privada. En el precedente “Arcana”<sup>38</sup> (2013) se consideró que un afiliado a una empresa de medicina prepaga “es mucho más que un simple ‘consumidor’, del mismo modo que la prestataria del servicio es mucho más que un simple ‘proveedor’”. También se plasmó que cuando un afiliado reclama a la empresa de medicina prepaga el cumplimiento o la extensión de la cobertura que ha contratado “no persigue un mero producto o servicio”, sino que lo que está en juego es “su derecho a la salud, a su integridad psicofísica, a su plenitud, su seguridad”. Asimismo, en “Mancera”<sup>39</sup> (2013) el Tribunal falló sobre un caso de internación psiquiátrica, medida respecto de la cual interpretó que “debe darse preeminencia al derecho del paciente psiquiátrico a la alternativa terapéutica menos restrictiva de su libertad personal”.

154.384/12.387 Rengifo Torres Roberto y Falon Juan P.S.H.M. Juan Alberto Falon c/ Prov. de Mendoza p/D. y P. s/Inc.-Cas.”.

**38** La Sala entendió que “La ley 26.682, específica para las empresas de medicina prepaga, nada dice sobre la competencia federal. Por el contrario, dentro de sus disposiciones particulares, el artículo 4 califica a la relación que existe entre las partes contratantes como una relación de consumo, agregando, además, que las autoridades de aplicación serán las establecidas en las leyes 24.240 y 25.156. Esta expresa calificación legal, que ya venía siendo sostenida por la casi totalidad de la doctrina y la jurisprudencia, importa una decidida protección al consumidor o usuario, destinatario de los servicios de medicina prepaga, cuyas consecuencias no pueden ser desatendidas por los Tribunales en sus implicancias concretas, entre ellas, la competencia territorial que establece la ley 24.240, en su artículo 53 modificado por ley 26.631”. Y admitió: “no obstante la regla genérica que sostiene la falta de definitividad en los asuntos en los que se plantean conflictos de competencia, considera que cuando se deniega la competencia de los juzgados provinciales para entender en un asunto tan delicado como es el derecho a la salud y el acceso a la justicia, existe agravio constitucional suficiente a los fines de permitir la admisión de la queja ante esta instancia extraordinaria”. Ver SCJM, Sala Primera, N° 106.309, (24/4/2013). “Arcana Juan Manuel y Ot. En j° 13.951 Arcana J. M. en j° 3129 Arcana J. M. F. Ots. c/Swiss Medical Group p/Amparo s/Inc.-Cas.”. También: SCJM, Sala Primera, N° 13021236599, (1/06/2015). “Obra Social de Personal Rural y Estibadores de la República Argentina (O.S.P.R.E.R.A.) en j° 250080/50608 Ferreyra Noelia Aymara c/Clínica Asistir Servicios Médicos y Ots. p/D. y P. p/Inc.-Cas.”.

**39** SCJM, Sala Primera, N° 106.765, (11/09/2013). “Mancera, Claudia María en j° 83.843/34.185 Mancera, Claudia Marisa c/Vilapriño Duprat, Juan José y Ots. p/D. y P. (Con Excep. Contr. Alq.) s/Inc.”. El Tribunal entendió que se trataba de “una solución extrema que sólo debe adoptarse en caso de ser imprescindible y ante la constatada inexistencia de otros medios de tratamiento eficaces para el cuadro menos vejatorios de la dignidad del enfermo”.

En lo que atañe a la responsabilidad del Estado en la materia examinada, la SCJM, en “Cordero”<sup>40</sup> (2013), declaró: “el Estado es el encargado de velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida, la salud y la seguridad de las personas, deber del que no queda exento el Municipio”. A este pronunciamiento se agregó “Aguilar”<sup>41</sup> (2017), que recordó que la Constitución de la Organización Mundial de la Salud instituye que “los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas”.

Finalmente, el análisis sobre el derecho a la fertilización asistida, comenzado en 2007, tuvo un fuerte seguimiento en este último tiempo. Así, en 2014 la SCJM resolvió en dos casos la procedencia de la cobertura integral de técnicas de alta complejidad y consideró que la finalidad de la Ley N° 26862 es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, por ello la norma debía interpretarse en el sentido de permitir la cobertura integral para tales métodos.<sup>42</sup>

**40** SCJM, Sala Primera, N° 106.607, (21/11/2013). “Municipalidad de la Ciudad de Mendoza en j° 114.470/33.406 Cordero Pablo Germán y Ots. c/Asoc. Civil Club General San Martín y Ots. p/D. y P. s/Inc.-Cas.”. El caso llegó a la máxima instancia a raíz de los daños sufridos –estado vegetativo– como consecuencia de las lesiones que padeció el hijo de los accionantes, Pablo Cordero, cuando salía de un recital de rock del grupo “Bersuit Vergarabat” y se produjo una avalancha que motivó la caída de Pablo y su aplastamiento.

**41** SCJM, Sala Segunda, N° 13028483230, (19/4/2017). “Aguilar Adolfo y Ots. c/Iscaemen p/A.P.A.”. Para resolver la petición de un grupo de médicos veterinarios, que laboraban en el Instituto de Sanidad y Calidad Agropecuaria de la provincia de Mendoza, en aras de que se les abonara correctamente su salario y se recategorizara de acuerdo a sus funciones, la Sala tuvo que analizar si las tareas encontraban vinculación con la salud humana. La conclusión fue afirmativa.

**42** SCJM, Sala Primera, N° 111.183, (19/6/2014). “Swiss Medical S.A. en j° 250.721/50.341 Uda, Silvia Elizabeth y Ots. c/Swiss Medical S.A. p/Amparo s/Inc.”. Asimismo: SCJM, Sala Primera, N° 111.189, (19/6/2014). “Swiss Medical S.A. en j° 250.059/50.320 Iacopini Federico y Ots. c/Swiss Medical S.A. p/Amparo s/Inc.”. Se aclaró que lo expuesto debería proceder “dentro del límite anual y con la frecuencia establecida de tres intentos, en el entendimiento de que los intentos se realizarán siempre y cuando el médico especialista no prescriba una frecuencia menor”.

No obstante, meses más tarde, marcó un retroceso en “L., E. H.”,<sup>43</sup> donde el voto de la mayoría remitió, en parte, a lo resuelto en “Rodríguez”, interpretando que la Ley N° 26862 “garantiza el acceso a la FIV entre las técnicas de reproducción médicamente asistida con los alcances y en las condiciones que la normativa establece y, dentro de sus parámetros el diagnóstico genético preimplantacional (PGD) no está contemplado”. En voto ampliatorio, el Dr. PÉREZ HUALDE aclaró que la decisión tomada era producto de una tarea ponderativa de los derechos en juego (derecho a la salud reproductiva de los amparistas vs. derecho a la vida de los embriones que el método involucra). Como resultado, hizo prevalecer “un bien especialmente tutelado por todo el sistema jurídico: la vida humana y su dignidad”, que constituye un “límite razonable al derecho de los eventuales progenitores”, “el cual no se desconoce ni niega”.

Por su lado, el Dr. PALERMO, en el marco de un amparo en defensa del derecho a la salud reproductiva, asumió una interpretación amplia de la Ley N° 26862. Dijo que el derecho comparado, así como la jurisprudencia nacional e internacional, debían llevar al Tribunal a afirmar que la técnica del diagnóstico genético preimplantacional (DGP) tiene que estar cubierta por las obras sociales. En sus palabras:

Cualquier otra solución conduce, según creo, a que sólo quienes tienen posibilidades económicas de afrontar el costo de la realización de una práctica que, por lo demás, está permitida, puedan acceder a la misma y tener hijos mediante dicho método. Ello podría tornarse en un privilegio irritante en favor de las clases acomodadas.

### **3.3. *El derecho a la educación***

El abordaje que sigue ilustra pronunciamientos de la SCJM sobre: la política educativa de la Dirección General de Escuelas –DGE–,<sup>44</sup> la discriminación en el terreno educativo, y la religión o el laicismo en la educación pública.

<sup>43</sup> SCJM, Sala Primera, N° 110.803, (30/07/2014). “L., E. H. y Ot. en j° 221.605/50.235 L., E. H. c/O.S.E.P. p/Amparo p/Apelación s/Inc.”. La solución fue confirmada al año siguiente por la CSJN. En 3732/2014/RHI, (1/9/2015). “L.E.H. Y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo”.

<sup>44</sup> Órgano con jerarquía constitucional y autarquía funcional, en que la Carta Local titula la dirección técnica de las escuelas públicas, la superintendencia, inspección y vigilancia de la



En los referidos al primer tópic, se infiere cierta deferencia hacia las decisiones adoptadas por la DGE, con argumentos centrados en la teoría administrativista de las zonas de reserva y en la discrecionalidad por razones de mérito, oportunidad y conveniencia. Así, en “Asociación de Colegios Privados” (1998) se trató el aspecto presupuestario de la política educativa; en concreto, el otorgamiento de subsidios destinados al pago de los sueldos de los docentes de establecimientos de educación privada. La Corte declaró que existe un derecho de tales instituciones a recibir aportes estatales, “siempre y cuando los recursos por las cuotas o aranceles no cubra este tipo de necesidades”, pero el monto “debe estar acorde con las posibilidades reales de la Provincia de atender sus necesidades”. Aclaró que su otorgamiento exige la obtención de los recursos pertinentes y, en tanto no se impida el ejercicio de un derecho, consiste en una medida de carácter político, propia del Poder Ejecutivo respecto de la cual “el Poder Judicial debe ser cauto” y “no invadir atribuciones que la propia Constitución le ha asignado a los poderes políticos”, a fin de no convertir “a los jueces en decisores definitivos de políticas determinadas”.<sup>45</sup>

En los años siguientes, la SCJM rechazó dos acciones interpuestas por el Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación –en adelante SUTE–. En la primera (2003),<sup>46</sup> la entidad gremial alegó la inconstitucionalidad de resoluciones de la DGE porque modificaron los planes de enseñanza. Al efecto, argumentó que los actos impugnados, por un lado, agravaban las condiciones de trabajo de los docentes en tanto reducían las horas de trabajo y, por el otro, modificaban el horario de prestación de los servicios, en la medida que disminuían las remuneraciones y contrariaban derechos adquiridos. La sentencia recordó precedentes de la Corte Federal en los que definió que no existe un derecho del administrado al mantenimiento de leyes o reglamentaciones y que sus derechos no sufren mengua por el hecho de que una reglamentación

enseñanza común y especial; a cargo de un Director General, nombrado por el Ejecutivo Provincial con acuerdo del Senado (art. 212, incs. 2 y 3).

<sup>45</sup> SCJM, Sala Segunda, N° 61.415, (17/12/1998). “Asociación de Colegios Privados de Mendoza c/Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza s/Acción de Inconstitucionalidad”.

<sup>46</sup> SCJM, Sala Primera, N° 71.055, (20/10/2003). “S.U.T.E. c/D.G.E. s/Acción de Inconstitucionalidad”.

condicione su disfrute a la observancia de pautas de estudio y de conducta.<sup>47</sup> De este modo, sin analizar sus particularidades, interpretó que bastaba con que el plan de estudio fuese razonable, puesto que

existe un ámbito propio de la actividad administrativa en el cual ésta ejerce una decisión que es típicamente de oportunidad [en el caso, adecuar los planes de enseñanza a la Ley Federal de Educación N° 24195 y su Decreto Reglamentario N° 1276/96] que no es revisable judicialmente.

En la segunda acción (2004), el gremio petitionó la inconstitucionalidad de una resolución dictada por la DGE por vulnerar derechos adquiridos, en tanto reducía la competencia de las juntas calificadoras de méritos en el trámite de reintegro de docentes que hubieran dejado de prestar servicios. La SCJM entendió que el acto cuestionado se limitaba a reglamentar las solicitudes de reincorporación. De ello derivó que se trataba de materia “técnica y administrativa”, “específica de la DGE” y “reglada”, que “no parece reservada al Poder Legislativo provincial ni al Gobernador en su actividad reglamentaria”.<sup>48</sup>

Por otro lado, en 2005 el Tribunal local tuvo oportunidad de fallar sobre la responsabilidad estatal por omisión de ejercicio del poder de policía educativo, en la causa “DGE en juicio Meydac”. En resumen, un grupo de personas que cursó durante 1994-1996 la carrera de Técnico Superior en Publicidad y Propaganda en la Escuela Superior de Publicidad y Propaganda, demandó a tal entidad, la DGE y al Gobierno provincial por los daños causados, aduciendo que se les vendió una carrera “con reconocimiento nacional y de validez oficial”. En primera instancia se hizo lugar parcialmente al reclamo y se condenó a la entidad a indemnizar el daño moral y material (gastos de inscripción, estudio y cuotas abonadas). Como se desestimó la demanda contra la DGE y el Gobierno, los actores apelaron ante la Cámara que incluyó en la condena a la DGE. Esta recurrió a la instancia suprema, que rechazó el remedio por entender que el actuar culpable de los propietarios del establecimiento fue la causa del daño, pero no liberó al Estado de la responsabilidad por omisión, al no ejercer su poder de policía educativa. La Sala declaró: “la

<sup>47</sup> CSJN, JA1999-II-358, (9/3/1999). “Padres de Alumnos de colegios dependientes de la U.N.Cuyo”.

<sup>48</sup> SCJM, Sala Primera, N° 74.313, (30/6/2004). “S.U.T.E. c/D.G.E. s/Acción de Inconstitucionalidad”.

administración escolar tiene la facultad y el deber de controlar todo establecimiento educativo”.<sup>49</sup>

Luego, en “Viñuela”<sup>50</sup> (2008), se hizo lugar al reclamo de los padres de un menor con síndrome de Asperger que fue víctima de medidas de trato desigual y de discriminación por parte de un colegio privado, cuyas autoridades le negaron la reinscripción cuando tomaron conocimiento de su padecimiento. La SCJM coincidió con el juez inferior en que “el derecho de admisión en los colegios privados no puede ejercerse abusivamente, y debe tener en cuenta el interés superior del niño, en razón del carácter de servicio social que reviste la educación en nuestro país”.

Finalmente, en “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”<sup>51</sup> (2015), la SCJM confirmó el rechazo de amparo interpuesto con el fin de declarar inconstitucional una Resolución de la DGE, que dispuso la realización de actividades “de gran significatividad y con la participación de toda la comunidad educativa”, los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Santo Patrono Santiago” y la “Virgen del Carmen de Cuyo”. El planteo perseguía que la DGE se abstuviera de instruir a participar de tales actos escolares a docentes, alumnos y personal sometidos a su potestad administrativa.

En primera instancia se hizo lugar al amparo, sobre la base de que dichas conmemoraciones no se ajustaban al laicismo que debe imperar en la educación pública, pues vulneraban el derecho de los padres a que sus hijos menores recibiesen una educación ajustada a sus creencias religiosas, e imponían al personal docente, no-docente y alumnos que profesaban religiones minoritarias poner en conocimiento de las autoridades escolares sus creencias, en violación del artículo 19 CN. En segunda instancia, la decisión fue revocada.

<sup>49</sup> SCJM, Sala Primera, N° 84.109, (28/12/2005). “D.G.E. en j° 8352/74.690 Meydac, Maria C. y Ots. c/Gob. de la Pcia. de Mza., Esc. Sup. de Publ. y Prop. y Ots. P/D. y P. s/Inc. y su acumulado N° 84.197 Fiscalía de Estado en j° 8352/74.690”.

<sup>50</sup> SCJM, Sala Primera, N° 92.175, (5/12/2008). “Viñuela Facundo Gabriel en j° 95.127/30.878 Romboli Mónica G. y Ot. P.S.H.M. c/Colegio e Instituto San Buenaventura p/D. y P. s/Inc.-Cas.”. Los progenitores del menor demandaron al establecimiento y en primera instancia se admitió parcialmente su petición. Recurrida la sentencia por la condenada, la misma fue revocada, lo que motivó la interposición de recursos extraordinarios por los progenitores del menor.

<sup>51</sup> SCJM, Sala Primera, N° 111.581, (18/9/2015). “Asoc. Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos en j° 250.169/50.369 Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/D.G.E. p/Amparo s/Inc.-Cas.”.

Por su parte, la SCJM recordó que la Constitución provincial establece el principio de educación pública, laica y gratuita (art. 212), y otro tanto hace la Ley N° 6.970 Provincial de Educación. Pero, entendió que la decisión era acorde a la interpretación de la Corte Federal sobre los límites a la libertad religiosa expuesta en “Bahamondez”<sup>52</sup> y que no obligaba a ningún individuo a obrar contra sus creencias religiosas. Asimismo, consideró que la Asociación recurrente apelaba a una forma de laicismo “extremo” que llevaba a “la desaparición de los signos de identidad religiosa de las personas en espacios públicos”. En suma, se resolvió rechazar los remedios interpuestos por no advertir arbitrariedad en la sentencia recurrida y aclaró que ello no implicaba:

desconocer la laicidad que debe ostentarse en las aulas escolares, sino reconocer que una educación que tienda al desarrollo integral del niño y adolescente puede evocar figuras religiosas que tuvieron influencia en los acontecimientos históricos provinciales, sin incurrir en adoctrinamiento.

### **3.4. *El principio de progresividad***

Si se retoman los fallos expuestos y se los vincula con el principio de progresividad, se advierten diferencias. Con respecto a los casos sobre *derecho a la vivienda*, a fines del siglo XX se interpretó el artículo 14 bis CN como programático (“Hassan”), pero los pronunciamientos posteriores indicaron un giro hacia la acentuación del rol estatal en la prestación de tal derecho. Como se expuso, el Tribunal consideró el derecho a la vivienda al lado de ciertas condiciones: la afectación de un inmueble al régimen de bien de familia; la exacerbada suma de intereses en los créditos hipotecarios; la visión de quien carece de vivienda como parte débil de una relación crediticia en clave consumeril, etc. Luego, a raíz de la jurisprudencia de la Corte Federal y la reforma constitucional, viró su criterio hacia la exigibilidad inmediata (“IPV en juicio Orozco”). Esta posición, incluso, fue robustecida por el desarrollo que,

<sup>52</sup> Conforme a la misma: “La libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común. Ello es congruente con la pacífica doctrina según la cual la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público” (B. 605. XXII; 06-04-1993; T. 316 P. 479).

primero en forma aislada (disidencia en “Bordón”) y luego en forma unánime (“Vargas”), se hiciera sobre las obligaciones impuestas al Estado por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En lo concerniente al *derecho a la salud*, en los primeros pronunciamientos el Tribunal lo examinó en el marco laboral, a medida que evolucionaban las normas protectorias del trabajador y para fundar la defensa de sus derechos (v.gr: jornada limitada, vacaciones, daños en el ambiente laboral). Previo a finalizar el siglo XX, empezó a evaluar la faz constitucional (“Fundación”) y abrió paso a diversas precisiones: que se concretan en conductas específicas exigibles (“OSEP”), que frente a un conflicto de intereses se los debe considerar primordiales y preferidos (“Empac” y “Sociedad Española”), que rigen respecto de los habitantes beneficiarios las normas tuitivas del régimen del consumo (“Sociedad Española”, “Carrión” y “Balderrama”). En el contexto de estas últimas, vale advertir la declaración de plena operatividad de la garantía del artículo 42 CN, respecto de la protección de la salud de consumidores y usuarios (“Carrión”). De ello se sigue una exigibilidad que refleja de la protección de la salud, pero se avizora un retroceso en los pronunciamientos del siglo XXI, con el rechazo de la cobertura de tratamientos de fertilización asistida bajo el argumento de la ausencia obligacional –“prestación no contemplada”– de la obra social (“Rodríguez”), o con la priorización del derecho a la vida de embriones sobre el derecho a la salud reproductiva de los progenitores (“L., E. H.”).

Por último, en lo atinente al *derecho a la educación*, en las primeras sentencias la SCJM mantuvo deferencia frente a las atribuciones administrativas de la DGE (“Asociación de Colegios Privados”, “SUTE” 1 y 2). Luego, la posición fue progresista en materia de igualdad y no discriminación (“Viñuela”). Pero en la justificación de festividades religiosas en las escuelas públicas que tuvo cabida en “Asociación Civil”, bajo la idea de que se trata tan solo de tradiciones históricas que no contrarían derechos constitucionales ni el principio de laicismo estatal, se advierte en contradicción con el reciente fallo “Castillo” de la Corte Federal.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> CSJN, I870/2014/CS1, (12/12/2017). “Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”. En el reciente pronunciamiento –de tinte liberal– se declaró la inconstitucionalidad de la Ley N° 7546 de Educación de Salta (inc. ñ, art. 27), que disponía la instrucción religiosa dentro de los planes de estudio, en horarios de clase y con contenidos que requerían el aval de la respectiva autoridad religiosa.

### 3.5 Exigibilidad y modelo de justicia constitucional

En tiempos donde se advierte una relevante transferencia de poder hacia los jueces que, frente a la inacción de otras instituciones, ahora están llamados a resolver asuntos de trascendencia colectiva, cobra utilidad repensar las múltiples formas a través de las cuales el Poder Judicial puede actuar ante una demanda por incumplimiento de los DESC. Dada la tensión entre la exigibilidad de los DESC y la democracia, debe tenerse presente la distinción entre las resoluciones monológicas y las precedidas de deliberación inclusiva. Esto, para evaluar la *legitimidad democrática deliberativa* de las decisiones que surten efectos extendidos y estructurales.

Dilucidado el marco que antecede y superado el debate en torno a si hay que dar cumplimiento a la exigibilidad judicial de los DESC, el foco de atención se traslada a *cómo* hacerlo (TUSHNET, 2012). Vale decir que, sin dejar de atender a *qué* deciden los jueces (el contenido), no debiera soslayarse *cómo* es la génesis de las medidas que se adoptan (el procedimiento) ni *quiénes* participan de tal proceso (el sujeto).

En sintonía con lo expuesto, la SCJM en ocasiones recientes se ha aproximado a un modelo de justicia constitucional comprometido con los postulados tanto de deliberación, como de apertura social e interorgánica. Pese a que tales sentencias no han recaído sobre los DESC, sino sobre asuntos ambientales o carcelarios,<sup>54</sup> ese modo de proceder es igualmente aplicable y deseable en el ámbito de los DESC. Al respecto, la SCJM ha expresado que “la interpretación y la ejecución de los derechos constitucionales requiere de una relación de diálogo argumentativo, continuo y dinámico entre las ramas estatales y la ciudadanía”.<sup>55</sup> En otro caso que fue auspicioso en este sentido, exhortó a un Municipio a elaborar el Plan de Ordenamiento Territorial. Para respaldarlo, dijo:

<sup>54</sup> SCJM, Sala Segunda, N° 13-03815694-7, (23-12-2015). “Habeas Corpus Correctivo y Colectivo (Penitenciaría de Mendoza)”. Allí se ordenó formalizar una Mesa de Diálogo con todas las autoridades públicas involucradas con el objeto de abordar la problemática referida a la ejecución penal.

<sup>55</sup> SCJM, Sala Segunda, N° 13-02843402-7, (21-04-2017). “Minera Río de la Plata S.A. c/Gbno. de la Prov. de Mendoza s/ Acc. de Inc.”.

se dispone de abundante jurisprudencia en la cual los tribunales argentinos y extranjeros han intervenido para verificar la compatibilidad de políticas públicas de rasgos problemáticos con los estándares jurídicos aplicables (razonabilidad, adecuación, legalidad, transparencia, etc.). En dichos casos, los jueces han advertido las incompatibilidades y, sin substituirse en la elección de los medios, han reenviado la cuestión a los poderes correspondientes para que la reformulen e implementen las medidas que son de su resorte, sobre la base de pautas judiciales fijadas en términos generales (Cám. Cont. Adm. y Trib., Sala II, “Ramallo B.”, CABA, 12-3-2002; CSJN, “Mignone”, 9-4-2002; *id.*, “Badaro”, 8-8-2006; *id.*, “Verbitsky”, 3-5-2005; *id.*, “Mendoza Beatriz”, 20-6-2006; entre tantos otros). Por último, el cumplimiento de tal exhorto debe llevarse a cabo en un marco de publicidad, apertura, inclusión, participación y deliberación, pero no solamente entre los afectados, sino también entre el Estado Municipal y todos los interesados. Esto constituye una condición insoslayable para dotar de legitimidad una política pública de trascendencia, que involucra aspectos relevantes que atañen a la convivencia, tales como el ambiente, la salud, la calidad de vida y la urbanización.<sup>56</sup>

En tal cuadro, sentencias como las expuestas demuestran que las críticas que se le pueden dirigir al Poder Judicial, como el carácter contramayoritario, la violación de la separación de poderes, la falta de legitimidad democrática deliberativa de las decisiones, el monopolio de la interpretación constitucional, la tensión con la democracia o la carencia de capacidad para intervenir con eficacia en los asuntos socioeconómicos complejos, pueden ser moderadas por la promoción del diálogo, la participación y la apertura a la sociedad, cuanto a las restantes ramas de gobierno (ALTERIO y NIEMBRO ORTEGA, 2011).

#### 4. CONCLUSIONES PROVISORIAS

Luego del camino transitado en este trabajo, podría arribarse a que la SCJM ha experimentado avances y retrocesos en materia de reconocimiento de ciertos DESC. A su vez, para concluir baste señalar que las consideraciones anteriores también arrojan ciertos avances en lo que atañe a la profundización de un modelo de justicia constitucional comprometido con procedimientos de

<sup>56</sup> SCJM, Sala Segunda, N° 13-02846239-9, (5/12/2017). “Guiñazú, Mariana y Ot. c/Municipalidad de Mendoza p/Acción de Inconstitucionalidad”.

exigibilidad más abiertos y deliberativos, que deberían emplearse también en causas donde se exigen los DESC.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L. (comp.). (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ALTERIO, M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (2011). La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 16.
- BERGALLO, P. (2005). Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, 45.
- GARGARELLA, R. (2015). Deliberative Democracy, Dialogic justice and the Promise of Social and Economic Rights. En H. ALVIAR GARCÍA, K. KLARE Y L. WILLIAMS, *Social and Economic Rights in Theory and Practice*. Londres: Routledge.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- TUSHNET, M. (2012). New Comparative Constitutional Scholarship on Enforcing Second Generation Rights. *Jotwell: The Journal of Things We Like*.



---

# Misiones

**JUAN MANUEL LEZCANO**

## 1. INTRODUCCIÓN

Si bien compartimos que la concepción que sostiene que los derechos económicos sociales y culturales (DESC) forman parte de los derechos humanos y resultan indivisibles e interdependientes en todos los sistemas internacionales, es también cierto que su avance en cuanto a su regulación y protección por los tribunales en las provincias argentinas ha sido sensiblemente menor que el de los derechos civiles y políticos.

Es por lo afirmado por lo que en el presente trabajo nos proponemos analizar los DESC en colectivos específicos como: mujeres, niños, pueblos originarios y personas con discapacidad en la provincia de Misiones. Se prevé indagar sobre el corpus normativo vigente en la provincia desde el análisis de sus distintos aspectos, abordando inicialmente tres líneas específicas, sin perjuicio de su posterior ampliación: 1) el acceso de los niños y las niñas a los DESC; 2) los pueblos originarios como sujetos del derecho internacional de los derechos humanos y su accesibilidad a los DESC y; 3) las desigualdades de género en relación al acceso a los DESC.

## 2. LA CONSTITUCIÓN DE 1958

Cuando se sancionó la segunda Constitución provincial (en adelante CP) en el año 1958 se reconocieron una pluralidad de derechos, tanto individuales, como sociales y de tercera generación. “Muchos de ellos anticiparon la reforma de 1994. Se establecieron varios capítulos completos dedicados a los DESC. Sin embargo, esta consagración casi no tiene correlato en la jurisprudencia provincial” (LEZCANO, 2018:15).

Por su parte Ricardo BIAZZI explica que

el partido más poderoso, antes de la proscripción era el Peronismo, y así los adherentes al Peronismo votaron al frondismo, la UCRI en ese momento, sumado los votos de ambos eran más que mayoría en una convención y electoralmente y queda esa convención funcionando porque se retira la UCRI de la misma, con la Unión Cívica Radical del pueblo, que era una fracción disidente del Radicalismo, cuando se fractura la Unión Cívica Radical, la democracia Cristiana, el Socialismo y un partido liberal que funcionaba, por entonces, como entidad política acá en la provincia, y que como sectores minoritarios sancionando la constitución del 58.<sup>1</sup>

Por lo dicho hasta aquí, en las páginas que siguen describiremos la jurisprudencia y la normativa misionera analizando antes que nada el proceso de sanción de la CP en 1958 y su letra. Más allá de la descripción, con el objetivo final de comprender por qué se pasó de la vanguardia en la declaración de derechos y la falta de recepción de dichos derechos por parte de la jurisprudencia.

### 3. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL

La sección primera de la CP está consagrada a los “Derechos Individuales y Derechos Sociales”, está dividida en capítulos y comprende los siguientes temas: *Título Segundo: Derechos Individuales*: Capítulo Único: Derechos y seguridad individuales; *Título Tercero: Derechos Sociales*: Capítulo Primero: Trabajo, Capítulo Segundo: Familia. Protección a la ancianidad y minoridad; Capítulo Tercero: Salud; Capítulo Cuarto: Educación.

La profusión de derechos y el intento de reglamentarlos en la propia CP es evidente desde la primera lectura. Aunque esto parece formar parte de la mayoría de las constituciones provinciales, el caso de Misiones puede explicarse por dos razones fundamentales:

Primero por lo ya dicho: la aspiración del radicalismo y de partidos con origen en el Socialismo de mostrarse de acuerdo con un constitucionalismo social morigerado. Y la segunda es la reforma constitucional elaborada casi íntegramente por partidos

<sup>1</sup> Entrevista disponible *on line* en: <http://misionesonline.net/2012/06/14/biazz-los-momentos-fundacionales-de-misiones-se-hicieron-sin-los-sectores-de-la-vida-politica-que-hubiesen-tenido-que-participar/>

de oposición que podría explicar, al menos en parte, los intentos de limitación del poder, ampliación de la participación política de las minorías y la consagración de derechos de los ciudadanos frente a una mayoría en la sociedad que la Convención no manejaba (LEZCANO, 2018)

#### 4. LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS, EL ACCESO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A LOS DESC. LAS DESIGUALDADES DE GÉNERO EN RELACIÓN AL ACCESO A LOS DESC

##### 4.1. *El acceso de los niños y las niñas a los DESC*

La relación entre el desarrollo de una provincia como Misiones y el respeto y cumplimiento de los derechos humanos se manifiesta en los procesos políticos, sociales e institucionales que tanto el Estado como la sociedad civil desarrollan en pos del mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes. En palabras de Hannah ARENDT (1982), es necesario entender el sistema de los derechos humanos como un mecanismo de construcción de igualdad y concebir la ciudadanía como “el derecho a tener derechos”.

Así, los derechos humanos de los niños en la provincia se dan en un contexto paradójico de importante regresión en la protección social. En 1990 la Argentina ratificó la Convención de los Derechos del Niño y en 1994 la incorporó a la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 22, con la máxima jerarquía existente en el ordenamiento jurídico interno. Con ello se asumió el compromiso de garantizar el respeto de los derechos de los niños, las niñas y los jóvenes.

Dicho lo anterior es dable destacar que en lo que respecta a la legislación provincial podemos identificar las siguientes normas: Ley II-16, Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; Ley II-23, Creación del “Registro Provincial de Información de Niños, Niñas, Adolescentes y Jóvenes Extraviados”; Ley IV-35, Ley de Exhibición en Reparticiones Públicas de la Provincia de una cartelera con el objeto de difundir imágenes de Niños, Niñas, Adolescentes y Personas con Paradero Desconocido; Ley VI-14, Declara a la ciudad de Eldorado Sede Permanente de la Fiesta “Mundo Infantil”, Ley VI-49, instituye a la ciudad de Oberá como Sede Permanente del evento “Los Niños Cantan a la Patria y sus Tradiciones”; Ley VI-60, instituye el 27 de septiembre como “Día de los Derechos del Niño y del Adolescente”; Ley VI-112, instituye el día 25 de marzo como “Día de los Derechos del Niño

por Nacer”. Ley VI-140, adhesión a la Ley Nacional N° 26316 –“Día Nacional para la Prevención del Abuso contra los Niños, Niñas y Adolescentes”; Ley VI-193, Programa Preventivo Obligatorio de Salud Bucodental “Más Sonrisas, Más Salud”; Ley XVII-67, adhesión a la Ley Nacional N° 25673 “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”; Ley XVII-74, adhesión a la Ley Nacional N° 26281 sobre prevención y control de la enfermedad de Chagas.

Respecto a los pronunciamientos en el Superior Tribunal Provincial vinculados a este sector vulnerable debemos aseverar que no encontramos fallos sobre la materia.

#### **4.2. Pueblos Originarios**

La producción de un marco legislativo especialmente destinado a regular las relaciones entre el Estado provincial y las comunidades aborígenes comenzó también relativamente tarde en Misiones; recién con el advenimiento de un nuevo período democrático en el país y del Partido Radical al gobierno de la provincia, se profundizarán las posturas ideológicas en torno a la laicidad de la enseñanza y a la abstención de intromisiones religiosas en las comunidades indígenas (N° 2435 de 1987).

Cabe recordar también la existencia de la Ley XXI N°4 (antes Ley N° 516) que era un convenio entre el Ministerio de Bienestar Social y el Gobierno de la Provincia de Misiones para la realización del Programa Nacional de Colonización y Centros de Justicia Social y, además, promovía la función social de la tierra como una reparación histórica de sus antepasados. A efectos de garantizar la conformación de un cuerpo colegiado de indígenas representantes de los intereses colectivos, la reglamentación de la mencionada ley introduce las siguientes figuras: Asociación de Comunidades del Pueblo Guaraní con un Consejo General; un Consejo de Ancianos; un Consejo de Representantes Guaraníes y Consejos comunales.

Una de las primeras medidas tomadas por la siguiente gestión democrática, políticamente justicialista y aliada al sector eclesiástico, fue derogar esta ley reemplazándola por una Ley del Aborigen (N° 2727 de 1989) (LEZCANO, 2016).

En junio de 2003 se reúne el pueblo guaraní “Mbyá”, con el presidente de la Legislatura provincial con la idea de reformar la Constitución de la Provincia

de Misiones. Los Mbyá confeccionan un proyecto de enmienda legislativa, en su lengua materna, con el fin de que sean reconocidos a nivel constitucional sus derechos como pueblo.

El 6 de noviembre de 2003, luego de presentado el proyecto ante la Cámara de Representantes de la Provincia de Misiones, habiéndoselo traducido al idioma “del hombre blanco”, los treinta y cuatro (34) representantes de la Legislatura que se encontraban en ese momento sesionando aprobaron por unanimidad la Ley N° 4000, que pretendía modificar el artículo 9 de la Constitución de la Provincia de Misiones, con el fin de agregarle cuatro párrafos. El Decreto N° 1669 de fecha 21/11/2003 promulga la ley, y el día 25/11/2003 la normativa es publicada en el boletín oficial. Nótese que los miembros de las comunidades redactan su propia ley, sometiendo a las instituciones y la voluntad del hombre occidental, solicitando su reconocimiento como pueblos originarios de la región. No existe otro precedente en la república que tenga comparación.

Según el sistema de modificación a través de la enmienda legislativa, estipulado por la CP, en los casos en los que se quiera modificar un solo artículo de su cuerpo legal debe recurrirse a una consulta popular en la que el pueblo debe votar y decidir si quiere o no reformar la Constitución sobre el tema específico (sistema semi-flexible, distinto al de la Nación que posee uno relativamente rígido). La Constitución también establece que, una vez presentada la ley que solicita la modificación, el referéndum debe convocarse en las siguientes elecciones. En el año 2005, en las elecciones en la provincia de Misiones (renovación parcial de la Cámara de Representantes), inexplicablemente no se llama a consulta popular con el objeto de reformar el artículo 9 de la Constitución. El entonces gobernador de la provincia, a través del Decreto N° 424/05, decidió no convocar al referéndum establecido constitucionalmente.<sup>2</sup>

En el año 2007, previo a las elecciones, la comunidad aborígen vuelve a formalizar el reclamo, solicitando que se cumpla con el referéndum y se haga cumplir la ley aprobada por unanimidad en la Cámara de Representantes, pero no obtiene respuesta. Ese mismo año, un diputado provincial reclama ante la Legislatura el cumplimiento de la Ley N° 4000, presentando un nuevo

<sup>2</sup> En abril de 2005, distintas organizaciones de aborígenes realizan un reclamo ante el Tribunal Electoral. La comunidad “mbyá” solicita que se cumpla con lo establecido constitucionalmente. El Tribunal recibe el reclamo y notifica al gobernador de la provincia. Nunca hubo una respuesta.

proyecto de ley, con idéntico contenido al que había sido presentado por el pueblo Mbyá, aprobado por los legisladores misioneros, fundamentándose en el peligro de que algún sector cercano al Ejecutivo misionero argumentara una caducidad institucional por no haberse realizado la consulta en el año 2005. No se aprobó el proyecto y, entonces, abogados del foro local hicieron presentaciones administrativas solicitando al gobernador que se expidiera sobre este tema.

Asimismo, hay que recordar que el Digesto Jurídico –compilación y ordenamiento de las leyes sancionadas en Misiones desde la provincialización (1953) hasta el presente– declaró “Caducidad por objeto cumplido” a la Ley N° 4000, de reconocimiento constitucional de los derechos del Pueblo Mbyá y que el Superior tribunal no ha dictado ningún pronunciamiento en la cuestión indígena.

#### **4.3. *Las desigualdades de género en relación al acceso a los DESC***

Sobre la cuestión de género debemos reconocer un hecho de relevancia: la reciente elaboración de un Digesto Jurídico de Género ante la necesidad de contar con un compilado que contenga la legislación de protección hacia la mujer y sectores vulnerables del ámbito internacional como del país y la provincia.

Así, encontramos las siguientes normas vinculadas a la cuestión de género: Ley I-106, Creación del Departamento de la Mujer en las Comisarías de la Policía de la Provincia de Misiones; Ley IV-41, Creación del Parlamento Provincial de la Mujer en el ámbito de la Cámara de Representantes de la Provincia; Ley IV-42, Foro Permanente de Parlamentarias Misioneras; Ley VI-87 instituye el 9 de noviembre como “Día de la Mujer Mercosureña”, Ley VI-122 instituye el mes de marzo como “Mes Provincial de la Mujer”; Ley XVII-32, suministro de Ácido Fólico a la Población Femenina de Edad Reproductiva; Ley XVII-47, creación del Programa Gratuito para la Prevención de Enfermedades Genitomamarias; Ley XVII-61, adhesión a la Ley Nacional N° 25929 - “Derechos de Padres e Hijos durante el Proceso de Nacimiento”; Ley XVII-62, creación del Sistema Provincial de Información del Adulto Mayor; Ley XVII-87, adhiere a la Ley Nacional N° 26862 de Reproducción Médicamente Asistida; Ley XVIII-1, creación de la Cárcel Correccional de Mujeres de la Provincia.

Para terminar el presente apartado debemos alegar que el antecedente de la creación del Digesto Jurídico de Género puede servir para contribuir a la promoción y defensa de las garantías ciudadanas, visualizando al género como tema a ser necesariamente caracterizado como una política de Estado. Ahora bien, dicho lo anterior debemos expresar nuestra preocupación porque en la jurisprudencia local no encontramos pronunciamientos en el Superior Tribunal Provincial respecto a una cuestión tan sensible para la sociedad misionera.

## 5. EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SUS PRONUNCIAMIENTOS

Al analizar la jurisprudencia del Superior Tribunal de Misiones hay que tener en cuenta un problema central: su acceso. Un reducido número de fallos puede encontrarse en el Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ).

El Poder Judicial de Misiones no sistematiza la jurisprudencia. Incluso a quienes tienen acceso a ella, porque son empleados o funcionarios del Poder Judicial, se les dificulta hallar antecedentes de la temática que buscan. Sin herramientas básicas de sistematización y búsqueda de material, no solo es dificultoso para el investigador o estudioso encontrar la información, sino que es incluso arduo para el propio Superior Tribunal formar un precedente. De esta manera, no existe en Misiones un caso emblemático de su Superior Tribunal sobre DESC, como sucede sobre otros temas y en otros tribunales. No hay un fallo en el que se consolide, por ejemplo, la operatividad de los DESC o la justiciabilidad de pretensiones basadas en ellos.

## 6. CONCLUSIÓN

La Constitución misionera fue considerada por muchos como “de vanguardia”. En estas páginas hemos recorrido el camino que va de esa “vanguardia” en materia constitucional al olvido en la jurisprudencia del Superior Tribunal. Los más de 30 artículos dedicados a DESC no se reflejan en las resoluciones del máximo tribunal provincial.

Esto hace necesario replantearnos sobre la vigencia de la concepción racional-normativa que impregnó el nacimiento de las constituciones del constitucionalismo clásico, asentado en una mirada dogmática que aún hoy sigue predominado en nuestros tribunales provinciales, los que no comprenden la

necesidad de hacer efectivos los DESC para los sectores más vulnerables de la sociedad misionera.

## **7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARENDR, H. (1982). *Los orígenes del totalitarismo. II Imperialismo*. Madrid: Alianza.

LEZCANO, J. M. (2016). *Propiedad Indígena. Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones*. Posadas: Editorial de la Universidad Gastón Dachary.

----- (2018). *Constitución Comentada de la Provincia de Misiones*. Buenos Aires: Hammurabi.



---

# Neuquén

**MARÍA ANGÉLICA ACOSTA MEZA  
Y FEDERICO MARIANO EGEA**

## 1. INTRODUCCIÓN

Entre diciembre de 2005 y febrero de 2006 se llevó a cabo en Neuquén la Convención Constituyente para reformar la Constitución provincial, que incorporó nuevos derechos, deberes y garantías en relación a los derechos económicos sociales y culturales (DESC). Previo a la reforma, la legislación ya contemplaba la obligación ineludible de la provincia de velar por la salud e higiene públicas, especialmente en lo que se refiere a la prevención de enfermedades, poniendo a disposición de sus habitantes servicios gratuitos y obligatorios en defensa de la salud. También garantizaba derechos laborales y de la seguridad social, poniendo en cabeza de las autoridades de la provincia la obligación de asegurarlos. Con la reforma, se introdujo la obligatoriedad del Estado de garantizar la educación pública, desde el nivel inicial hasta el medio, y el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado con el correlativo deber del Estado provincial de preservar la integridad del ambiente. Se contempló además, en el nuevo articulado, que la cultura es patrimonio del pueblo, reconociendo la diversidad cultural y étnica garantizando el derecho al disfrute de los bienes culturales. En ese sentido, la reforma estableció la responsabilidad del Estado en la investigación, conservación, enriquecimiento y difusión del patrimonio cultural, independientemente del origen de los bienes que la componen, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad.

En los mencionados derechos, más allá de la vaguedad propia de cualquier texto normativo, el contenido del compromiso estatal resulta claro y plenamente exigible.

Mención aparte merecen los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a una vivienda adecuada, expresamente mencionados en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC). Si bien la nueva Constitución provincial omitió plasmar en su texto tales derechos de manera explícita –lo que ocurre también en el caso del derecho al agua y saneamiento–, estos se encuentran reconocidos en virtud de lo dispuesto en su artículo 21: los habitantes de la Provincia gozan en su territorio de todos los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y en esta Constitución, con arreglo a las leyes que reglamenten su ejercicio y de los Derechos del Hombre sancionados por la Organización de las Naciones Unidas en París en 1948, los que se dan por incorporados al presente texto constitucional.

Nos encontramos así frente a una norma de remisión que nos lleva a otros textos normativos para poder desentrañar el reconocimiento y contenido de los derechos: la Constitución Nacional, la Declaración de los Derechos del Hombre y los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

No obstante lo manifestado, cabe agregar que el derecho a la vivienda es reconocido por la Constitución provincial con relación a otros derechos de determinados grupos de personas, trabajadores, mujeres y jóvenes, sin otorgarle universalidad ni autonomía a tal reconocimiento. Por ejemplo, señala en su artículo 38 que: “la provincia asegurará a todo trabajador condiciones de trabajo que aseguren la salud, el bienestar, la vivienda, la educación y la asistencia médica y farmacéutica”. En su artículo 45 establece: “el Estado garantiza la igualdad entre mujeres y varones y el acceso a las oportunidades y derechos en lo cultural, económico, político, social y familiar” comprometiéndose a: “facilitar a las mujeres único sostén de familia el derecho a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social”. A su vez, con relación a los jóvenes promueve explícitamente en su artículo 48 el acceso al empleo, vivienda, crédito y sistema de cobertura social.

Resulta útil recordar que uno de los principios liminares establecidos en materia de DESC es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (art. 2.2 del PIDESC). Por lo tanto, en aquellos casos en los que el Estado garantice mediante su legislación interna los DESC, discriminando a distintos sectores de la población, estaría incumpliendo sus obligaciones estatales en la materia y podría discutirse e invocarse tal proceder para

que –en pie de igualdad– se garantice dicho derecho a la persona o colectivo excluido.

Justamente, la adopción de políticas públicas parciales, desigualitarias o discriminatorias, en especial cuando éstas desfavorecen o excluyen a sectores de escasos recursos, es plausible de denunciarse como práctica discriminatoria e implica el incumplimiento estatal en garantizar tales derechos.

Con relación a la justiciabilidad de los DESC que no fueron mencionados en forma expresa y autónoma en la Constitución de la provincia, y que se incorporan a través del artículo 21 por estar contemplados en la Constitución Nacional, cabe señalar “que no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación” (LEAVY, 1995: 91-110).

En palabras de ALEX:Y:

como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución (1993: 497).<sup>1</sup>

Los tribunales de la provincia de Neuquén a menudo deciden sobre casos relacionados con el ejercicio de DESC, tanto en situaciones individuales como colectivas.

El objetivo de este trabajo es revisar algunos casos relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén (en adelante Tsj) en los que están implicados los DESC.

Adelantamos que la jurisprudencia del Tsj ha hecho una interpretación de los DESC que permite considerarlos plenamente justiciables y, además, es de destacar que en los últimos años está utilizando de manera creciente el derecho internacional de los derechos humanos para fundar sus decisiones en materia de DESC.

<sup>1</sup> Dada la brevedad del presente trabajo no profundizaremos sobre la temática de la exigibilidad de los DESC. Para un desarrollo más extenso recomendamos ABRAMOVICH y COURTIS (1997, 2004).

Por otra parte, salvo en materia de trabajo y seguridad social, las decisiones relevantes en las que intervino el TSJ con relación a los DESC resultan escasas. Entendemos que el trasfondo de dicha escasez se encuentra ligado a la matriz privatista a la que la práctica del derecho ha estado tradicionalmente ligada, a la ausencia en la provincia de clínicas legales de interés público sobre DESC, y también al enfoque –o estrategias– que en su intervención realizan tanto los abogados particulares como la Defensa pública. Además, los organismos de derechos humanos de la región no han utilizado el litigio estratégico para garantizar los DESC, y es difícil encontrar en la provincia organizaciones barriales, civiles o políticas que utilicen el litigio como una herramienta para incidir en las políticas públicas. No obstante lo manifestado, llama particularmente la atención que algunas decisiones emblemáticas del TSJ en materia de DESC hayan sido dictadas como consecuencia de la intervención de la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente.

## **2. EL DERECHO A LA VIVIENDA QUE PARA EL TSJ NO ES PROPIEDAD**

Comenzaremos analizando los fallos en los que el TSJ se expidió respecto al derecho a la vivienda que, como se señaló con anterioridad, no está contemplado de manera específica y universal en el articulado de la Constitución de la provincia, sino que se encuentra en el artículo 21, que da por reproducidos en la Carta Magna provincial los derechos garantizados en la Constitución Nacional.

Los fallos del TSJ dictados sobre el derecho a una vivienda adecuada, si bien escasos, resultan representativos de la opinión del Tribunal en la materia y de cómo el uso del derecho internacional de los derechos humanos constituye un elemento relevante en la intervención judicial sobre políticas en DESC.

En “Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente E/R de los Menores C.M.E., G.L.S. G.M.A. Y B.O.M.”,<sup>2</sup> con base en el derecho internacional de los derechos humanos, el TSJ restringió la discrecionalidad de los órganos políticos.

La decisión judicial, de fecha 10 de junio de 2014, se dio en el marco de una acción de amparo deducida por la Defensora de los Derechos del Niño

<sup>2</sup> TSJ (10/06/2014). “Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente E/R de los Menores C.M.E., G.L.S. G.M.A. Y B.O.M. c/ Provincia de Neuquén s/ Acción de Amparo”. Expte. N° 50 – año 2014.

de la III Circunscripción Judicial contra la provincia de Neuquén, que fue acogida en ambas instancias y recurrida en casación por la provincia. El TSJ manifestó que la insuficiencia de la respuesta estatal para garantizar el derecho de acceso a una vivienda digna del grupo familiar involucrado, denotaba un acto de suma gravedad que no tiene en consideración las garantías mínimas e indispensables reconocidas por la Constitución nacional y provincial, por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos –en particular respecto de los niños y las personas con discapacidad–, las leyes nacionales (Nº 25280, 26061, 26378) y provinciales (Nº 1634, 2302 y sus modificatorias) sobre la materia.

El máximo Tribunal provincial, analizando las políticas sociales adoptadas por el Estado en el caso concreto, entendió que las medidas de acción positiva establecidas no habían resultado suficientes para concretar el mandato constitucional de acceso a una vivienda digna, ya que la provista por el municipio local no satisfacía los estándares mínimos de salubridad, higiene y seguridad necesarios para preservar la salud, integridad física, psíquica y moral de los menores.

También dejó en claro que el análisis de razonabilidad ejercido por el Poder Judicial, sobre las medidas adoptadas en el caso particular por el Estado, no vulnera el principio de división de poderes en tanto incumbe al Poder Judicial realizar el test de razonabilidad y disponer medidas en casos extremos, en cuanto se verifique la afectación del núcleo esencial que impone el reconocimiento mínimo e impostergradable de los bienes jurídicos comprometidos.

Para fundamentar su decisión, como ya se adelantó, utilizó el derecho internacional de los derechos humanos, fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y tomó en consideración las Observaciones Generales del Comité DESC y del Comité de los Derechos del Niño. También se apartó del objeto del amparo (acceso a una vivienda adecuada), exhortando al Estado –provincial y municipal– a velar por la integridad psicofísica del grupo familiar asistiendo al grupo familiar mediante un abordaje integral con seguimiento social, por encontrarse afectados otros derechos fundamentales que requerían urgente resguardo.

Otro caso relevante, es “Lozano Adolfo Adelino”,<sup>3</sup> del 29 de diciembre de 2015. Aquí el actor recurrió la decisión de Cámara, solicitando la protección de su vivienda y su inembargabilidad –inscripta como bien de familia– en relación a deudas contraídas con anterioridad a dicha inscripción. El TSJ entendió que si bien en los tratados internacionales hay un fuerte reconocimiento del derecho a la vivienda como un derecho propio de todo hombre, directa y concretamente vinculado con la dignidad humana, dicha protección procura garantizar el techo, pero no necesariamente la propiedad, ya que ello puede lograrse sin el derecho real de dominio. Sostuvo que de ninguno de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional se desprende una habilitación para estatuir –al margen de lo que disponga el órgano legislativo nacional– la inembargabilidad “ministerio legis” de la vivienda única.

Interpretó que el derecho a la vivienda digna –consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional– no es sinónimo de derecho a la propiedad de la vivienda, ni mucho menos del derecho a conservarla a costa de los legítimos derechos de otros, y que la obligación del Estado es procurar –mediante políticas diversas– que todos los hombres puedan obtener un ámbito donde vivir decorosamente, sean o no propietarios de él.

Es importante destacar que en este caso el TSJ cita el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” solo para concluir que los DESC no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Lo interesante es que el TSJ no toma de dicho precedente nacional la tan cuestionada “operatividad derivada”.<sup>4</sup>

3 TSJ (29/12/2015). “Lozano Adolfo Adelino s/ Incidente de Apelación”. Expte. N° 258 - año 2009.

4 La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” sobre el alcance del derecho a una vivienda digna. La decisión que tomó fue revocar el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que había denegado la solicitud de la actora reenviando la causa a segunda instancia para que resuelva con los criterios establecidos en el caso “Alba Quintana”. En el considerando ocho la CSJN determina “el sistema de fuentes” –tratados de derechos humanos, Constitución Nacional, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y leyes de asistencia de la Ciudad– que aplicará al caso, para luego afirmar que es la propia Corte la que determinará el alcance de ese derecho de acceso a la vivienda digna. A partir de esa enunciación del derecho de acceso a la vivienda (en clave constitucional y convencional),

Por último, nos permitiremos citar aquí un fallo del TSJ que no está vinculado directamente a la satisfacción o resguardo del derecho a una vivienda adecuada, pero que consideramos importante para ilustrar cómo el máximo tribunal de la provincia considera a ese derecho como esencial y con un valor constitucional primario y superior que, en caso de no estar garantizado y acreditarse vulnerabilidad extrema, puede utilizarse como eximente de responsabilidad penal. En la sentencia dictada en el caso “O.,M.d.I.A s/ Usurpación”,<sup>5</sup> el TSJ resolvió absolver a una mujer que había sido condenada como autora del delito de usurpación (art. 181, inc. 1 del Código Penal), por aplicación del artículo 34, inciso 3 (estado de necesidad justificante), por cuanto estaba en riesgo la salud y la vida de ella y su hija menor. Entendió que el acceso a la vivienda –y su relación con la dignidad de la existencia– eran valores constitucionales primarios y superiores que bajo determinadas circunstancias (vulnerabilidad extrema) podían ser utilizados para descartar la comisión de delitos bajo la eximente de necesidad justificante.

### 3. EL DERECHO A LA SALUD

Desde antaño el TSJ reconoce que el derecho a la salud se encuentra protegido especialmente en la Constitución provincial y en varios tratados internacionales de jerarquía constitucional, indicando con claridad que el Estado provincial tiene el deber de garantizarlo.

establece que no son “esos derechos y deberes” meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, ampliando dicha afirmación a todos los derechos humanos, como se afirma en el mismo considerando 10; que los derechos económicos, sociales y culturales poseen una operatividad derivada lo cual, en la tesis de la Corte, “no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno” (considerando 11), de lo cual la Corte infiere que no todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial y que esos derechos de operatividad derivada están “sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial” (cons. 12). En este último considerando el Tribunal se guarda el poder para desplegar un control constitucional y convencional de razonabilidad respecto del accionar discrecional de los poderes políticos, en orden a la implementación de políticas para garantizar el goce efectivo de derechos. En concreto el contenido o alcance de ese control de razonabilidad es que “los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad” (cuarto párr. del cons. 12).

<sup>5</sup> TSJ (04/04/2011). “O.,M.d.I.A S/ Usurpación”. Expte. N° 151 - año 2008.

El TSJ, además, le ha ordenado a la obra social provincial –el Instituto de la Seguridad Social del Neuquén (ISSN)– incorporar a personas como adherentes cuando el derecho de admisión se ejerce de manera irrazonable o contraria a derecho. Así, el 11 de febrero de 2009, en el caso “A., N.L. c/ I.S.S.N.”,<sup>6</sup> ordenó a la obra social provincial incorporar a una niña con discapacidad como afiliada adherente en iguales condiciones que su grupo familiar, por cuanto el rechazo de la obra social no se ajustaba al plexo normativo y orden constitucional. Allí señaló que la discrecionalidad se desarrolla en el marco de la actividad reglada, mediante un ejercicio razonable, y en el ámbito de distintas alternativas constitucionalmente válidas. Manifestó que la obra social demandada no había acreditado –conforme era su deber– que la cobertura de las prestaciones o de la totalidad del tratamiento que pudiera requerir la niña pudiese comprometer su patrimonio a punto tal que le impidiera atender a sus demás beneficiarios. Citando precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, enfatizó que la protección y la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública de nuestro país, en tanto se refiere al “interés superior” de los menores cuya tutela prioriza, elevándolo al rango de principio de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional.

En otro precedente relevante, el TSJ hizo lugar a una acción ejercida contra la obra social provincial ordenándole abonar los daños y perjuicios ocasionados a la familia de una niña con discapacidad –incluido daño moral– que sufrieron como consecuencia del incumplimiento por parte del ISSN de su obligación legal, constitucional y convencional de otorgar cobertura al 100% de las prestaciones que la niña necesitaba y que no le fueron garantizadas desde que nació. Así, en “F. J. M. y otra c/ I.S.S.N.”<sup>7</sup> el TSJ sostuvo que era una obligación legal para el ISSN –con base constitucional– cubrir en forma integral las prestaciones reclamadas, por ello el comportamiento en sede administrativa sosteniendo una actitud reticente al reconocimiento pretendido aparece como inadmisibles a la luz de los principios que deben regir su accionar con relación a la atención de la salud y la vida de sus afiliados. Además sostuvo que, si bien la Convención sobre los Derechos de las Personas con

<sup>6</sup> TSJ (11/02/2009). “A., N.L. C/ I.S.S.N. s/ Acción de Amparo”. Expte. N°. 111 - año 2008.

<sup>7</sup> TSJ (03/09/2015). “F. J. M. y otra c/ I.S.S.N. s/ Acción Procesal Administrativa, Expte. 2160/07”.



Discapacidad y la Ley Nacional N° 24901 no se encontraban vigentes al momento en que los accionantes reclamaron la cobertura integral de las prestaciones para la niña, las obligaciones a cargo de la obra social derivaban del plexo constitucional vigente desde el año 1994 que privilegia el “interés superior del niño” y consagra el derecho a la protección especial de aquellos sectores particularmente vulnerables, como son las personas con discapacidad y los menores de edad. También citó artículos de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional relevantes para el caso.

En “Accastelo Celeste y Otros”,<sup>8</sup> el TSJ desestimó un recurso de casación articulado por la provincia demandada contra la sentencia de Cámara que hizo lugar a la acción de amparo y ordenó proceder a la cobertura de las vacantes de personal médico existentes en el servicio de guardia de adultos del Hospital Castro Rendón, bajo apercibimiento de astreintes. El Estado provincial invocó la violación al principio de división de poderes y la injerencia del Poder Judicial en las facultades propias y excluyentes del Poder Ejecutivo en tanto la designación de los empleados públicos es ajena al control judicial. El TSJ sostuvo que el escrito recursivo carecía de autonomía recursiva así como también de un planteo adecuado y omitía rebatir los argumentos centrales que estructuran la solución acordada.

#### 4. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO OBLIGACIÓN DEL ESTADO Y DE LOS PROGENITORES

La obligación del Estado provincial de garantizar la educación pública, laica, gratuita y obligatoria desde el nivel inicial hasta completar el nivel medio en sus diferentes modalidades se encuentra expresamente reconocida en la Constitución provincial (art. 110, inciso a).

También los padres y las madres, conforme la jurisprudencia del TSJ, tienen la obligación de escolarizar a sus hijos durante todo el lapso de su educación obligatoria, lo cual prevalece sobre la opinión, objeciones o reparos que el/la titular de la responsabilidad parental manifieste sobre el sistema de educación formal, y también sobre su preferencia por la modalidad alternativa de educación en el hogar.

<sup>8</sup> TSJ (12/03/2009). “Accastelo Celeste y Otros c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de Amparo”. Expte. N° 132 - año 2008.

El 3 de marzo de 2016, en “Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes c/ B.J.”,<sup>9</sup> el TSJ dictó una sentencia que tuvo mucha repercusión en los medios de comunicación locales, mediante la cual hizo lugar a una acción de amparo interpuesta por la Defensora del Niño y Adolescente N° 1 para que se le ordene a una madre que garantice el derecho a la educación de su hija de 7 años, quien dejó de asistir a clases porque su madre no coincidía con la educación oficial y era partidaria de una enseñanza en la libre expresión y en la existencia de otros maestros superiores.

Tanto en primera instancia como en Cámara se había rechazado in limine el amparo. La Defensora del Niño recurrió la decisión y llegó a la instancia del TSJ fundando su recurso en los artículos 28 y 29 de la Convención Internacional de los Derechos de Niño –en cuanto establece como obligatoria la educación primaria–; el artículo 110 de la Constitución de la provincia del Neuquén –obligatoriedad de la educación primaria y media–; y las leyes nacional N° 26606 y provincial N° 2945 –orgánica de educación– que en su primer artículo dice que la educación es un derecho personal y social, y un bien público y una obligación indelegable del Estado provincial.

El TSJ resolvió hacer lugar al amparo y “condenar a la demandada a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija, durante todo el lapso de su educación obligatoria (primaria y secundaria), bajo apercibimiento de incurrir en incumplimiento de una orden judicial”. Además encomendó al presidente del Consejo Provincial de Educación a que “en el menor lapso posible adopte las medidas adecuadas para la reinserción escolar de la niña”.

Para fundar su decisión el TSJ analizó el plexo normativo sobre la interpretación y alcances del articulado de la Convención de los Derechos del Niño y en particular, del principio del interés superior del niño establecido en el artículo 3 y que obliga a los Estados partes. A tal fin, citó la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”. Concluyó que, en el caso particular, el interés superior de la niña era el derecho –y obligación– a la escolarización, el cual prevalecía sobre la opinión que pudiera tener la madre respecto del sistema de educación formal. Entendió, además, que la decisión

<sup>9</sup> TSJ (03/03/2016). “Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes c/ B.J. s/ acción de amparo”. Expte. N° 69529 - año 2015.

materna de excluir a su hija de la escuela conllevaría consecuencias dañosas para el presente y futuro de la niña, quien es una persona diferente de la madre y que no debe cargar con las consecuencias de las decisiones que se fundan en opciones personales de vida.

También señaló que, sin perjuicio de ello, el derecho que asiste a la progenitora de brindarle una educación de acuerdo a los valores familiares y/o religiosos, podía ser satisfecho en el seno del hogar, en forma simultánea a la escolarización.

En relación al derecho a la educación, el TSJ citó la Constitución provincial, el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y 47 de la Constitución de la provincia de Neuquén) y sostuvo que el Estado argentino debe garantizar la obligatoriedad de una escolarización que se ajuste a los siguientes objetivos: a) Desarrollar la personalidad, aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas. c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que sea originario y de las civilizaciones distintas a la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena. e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

## 5. EL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Respecto a la relación laboral privada, la jurisprudencia del TSJ es protectoria tanto en el aspecto presuncional en favor de la persona trabajadora, como en lo relativo a la protección de su salario como medio de protección de la dignidad y la subsistencia.

En lo relativo a la protección del trabajador, en el marco de la relación de trabajo, es de resaltar que la Constitución de la provincia de Neuquén contiene una cláusula de mejor derecho en favor del trabajador y un dispositivo de tutela para los representantes sindicales. El artículo 37 de la Constitución de la provincia establece el principio de especial protección para los trabajadores.

El artículo 40 establece la aplicación de la ley más beneficiosa para el trabajador en caso de diferencia entre la regulación local y la nacional, y el artículo 41 garantiza el nivel de vida decoroso para el trabajador y su familia.

Bajo este marco normativo, el TSJ ha establecido y proclamado el principio de preferente tutela del trabajador, determinando que si bien ambas partes de la relación de trabajo deben ser protegidas por las leyes, solo el asalariado es sujeto de preferente tutela por la Constitución Nacional y que, ante la inexistencia de una solución en la norma positiva y la imposibilidad de hacer una interpretación extensiva de otra comprendida dentro del plexo normativo, corresponde integrarla con los principios de justicia social, equidad y buena fe.<sup>10</sup>

En lo relativo a la protección del salario, el TSJ ha sostenido que es una prestación de naturaleza alimentaria que recibe un especial tratamiento legal en razón de que, en la generalidad de los casos, constituye el único medio con que la mayoría de los ciudadanos cuenta para la atención de las necesidades personales y familiares.<sup>11</sup>

En cuanto a la protección del ejercicio de derechos sindicales la jurisprudencia del TSJ también es consistente en sostener que el empleador debe abstenerse de comportamientos que importen cercenar el ejercicio de este derecho posibilitando su realización y facilitando la elección de delegados, la realización de asambleas en el lugar de trabajo y el otorgamiento de permisos para la realización de actividades gremiales en horario laboral.

Los únicos valladares que se han reconocido como razonables y legales en el marco del ejercicio de derechos sindicales son el descuento de salarios ante la falta de contraprestación y la aplicación de la teoría de los actos propios para los delegados sindicales que hubieran consentido prácticas antisindicales.

En el caso “Sosa Nidia Raquel” el TSJ afirmó: si el empleador procediese por sí a modificar la situación del delegado, éste puede accionar para recuperar su posición en la empresa o –eventualmente– considerarse despedido. Si el delegado decidiese considerarse despedido fuera del supuesto segundo, carece de derecho a reclamar en un proceso posterior la indemnización por

<sup>10</sup> TSJ (12/12/2014). “Armas, Francisco Roberto c/ Casino Magic Neuquén S.A. s/ Despido por otras causales”. Expte. N° 88/ 2011, acuerdo N° 20/14.

<sup>11</sup> TSJ (17/06/2005). “Domínguez, Graciela c/ Banco Provincia del Neuquén s/ Despido”. Expte. N° 61-año 2004.

violación de la estabilidad gremial, ya que era su función sindical resistir la presión del empleador y no ceder posiciones logradas que interesan no sólo a su persona sino también a sus representantes y al proyecto social constitucional.

Por su parte en el precedente “SITRAMUNE”<sup>12</sup> sostuvo que si bien el empleador está obligado a soportar y no obstaculizar la realización de actividades sindicales, ello no implica que esté obligado a financiarlas y por lo tanto el descuento de días y horas no trabajadas no suponía una afectación al ejercicio de los derechos sindicales.

Mención aparte merece el derecho a la estabilidad del agente estatal. La garantía de la estabilidad frente a las diversas situaciones en las que se encuentra una persona que trabaja en el Estado –contratados, planta política, planta temporaria, personal de gabinete, contratos de locación de obra con cumplimiento de horario, entre otras– ha generado una copiosa doctrina jurisprudencial.

En un primer momento el TSJ consolidó el derecho a la estabilidad del empleado público en sentido propio, lo cual sirvió para controlar abusos en las formas de contratación y evitar la precarización laboral de los empleados estatales. Así, desde el precedente “Gutiérrez” el tribunal había interpretado a la garantía contenida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional como aseguradora de la estabilidad propia del funcionario, es decir, el derecho a no ser removido del cargo sino por las causas y los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico para ello. En el caso “Lerner”, el TSJ sentó el criterio de que la realización de concursos para ingresar al empleo público era un requisito exigido al Estado y sobre el que el particular no tenía control ni posibilidad de discusión por lo que a un trabajador, para justificar su cesantía, no se le podía oponer la carencia de concurso varios años después de su nombramiento en el empleo.<sup>13</sup>

Dicha doctrina se modificó abruptamente con una nueva composición del TSJ, que el 28 de marzo de 2005 en el caso “Sauer” estableció que para hacerse acreedor de la garantía de estabilidad no solo es necesario cumplir con los requisitos estatutarios, sino que además es necesario e imprescindible

<sup>12</sup> TSJ (04/05/2006). “SITRAMUNE c/Municipalidad de Neuquén s/ Sumarísimo art. 47 Ley 23.551”. Expte. 367/2004.

<sup>13</sup> TSJ (27/11/1984). “Gutiérrez, Francisco José s/ Acción de Inconstitucionalidad” (Acuerdo N° 115) y, TSJ “Lerner, Carlos Eduardo c/ Provincia del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa” (Acuerdo N° 536/98).

el haber ingresado a través de un concurso de oposición y antecedentes.<sup>14</sup> Como consecuencia del giro jurisprudencial en “Sauer”, cuya doctrina se fue consolidando por similares decisiones del TSJ hasta –incluso– la actualidad, el Estado provincial tiene vía libre para abusar de la figura del contrato para la realización de tareas propias del personal permanente.

En materia de violencia laboral, en el fallo “Barrionuevo Claudia Cecilia c/ Provincia del Neuquén”<sup>15</sup> el TSJ señaló que en términos generales el “mobbing” se caracteriza por la repetición o reiteración de conductas hostiles, persistentes, producidas en el ámbito laboral y que tienen como objetivo, provocar un desgaste psicológico con la intención de que se abandone el puesto de trabajo, de disciplinar, de que se acepten determinadas condiciones o, simplemente, como forma de denigración, citando sus propios precedentes “Romero” y “Herrera”. Remarcó que la violencia, como fenómeno social, no resulta ajena a la comunidad del trabajo y que en éste se encuentran involucrados derechos constitucionales expresamente reconocidos a quienes habitan en la nación Argentina y en la provincia del Neuquén, citando los artículos 16 y 14 bis de la Constitución Nacional y el artículo 37 de la provincial. También sostuvo que las fuentes internacionales completan el denominado bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 de la C.N) y tienen influencia decisiva en la temática, en tanto garantizan la igualdad de trato y la dignidad de la persona trabajadora. Manifestó que en el caso concreto –y con respecto a la mujer que trabaja, ya sea en el ámbito público como privado– resulta operativa, además, la tutela proveniente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y –fundamentalmente– la “Convención de Belem do Pará”, así como también la Ley Nacional N° 26485.

Más allá de que el TSJ resolvió sobre el fondo de las pretensiones de las partes (ambas recurrentes) sostuvo que en la temática de violencia laboral había que diferenciar la pretensión de cese de los actos o hechos reprochables que en tales casos habilita la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional y, de tratarse de una víctima mujer, se habilitaba el procedimiento previsto en el capítulo III de la Ley N° 2786, Ley Provincial de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

<sup>14</sup> TSJ (28/03/2005). “Sauer Laura Andrea c/ Provincia del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa”. Expte. N° 323/00.

<sup>15</sup> TSJ (01/08/2016). “Barrionuevo Claudia Cecilia c/ Provincia del Neuquén s/ Cese de Acoso Laboral”. Expte. N° 147/ 2006.

las Mujeres. Consideró que –en cambio– cuando se reclaman los daños y perjuicios derivados del mobbing, el proceso ordinario era el adecuado para la acreditación de los diferentes presupuestos de responsabilidad ante los tribunales competentes según las normas específicas. Así, cuando se trate de empleo público, entenderán los jueces con competencia administrativa y en caso de empleo privado los jueces laborales.

Con relación al derecho a la seguridad social, el TSJ hizo lugar a una demanda incoada por un padre de un niño con discapacidad para que la Municipalidad de Neuquén le abonara la asignación por hijo discapacitado por el período que iba desde su nacimiento hasta que efectivamente comenzó a pagárselo. En el fallo “Salas Jorge Omar c/ Municipalidad de Neuquén”,<sup>16</sup> el TSJ sostuvo que el motivo esgrimido por la accionada (que el actor había omitido presentar al momento del nacimiento de su hijo el certificado médico que acreditara la condición de discapacitado) no resultaba suficiente para denegar el reclamo, más aún cuando la existencia de una disfunción física desde el nacimiento no había sido expresamente negada por la Municipalidad en el proceso. Destacó que la asignación por hijo discapacitado se relaciona con el amparo constitucional de la familia y, en especial, de la niñez y que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional reconoce el derecho al goce de los beneficios de la seguridad social en condiciones de irrenunciabilidad e integralidad. Citó artículos de la Constitución provincial y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional para remarcar la importancia de los derechos involucrados, haciendo hincapié en que lo esencial es cubrir los riesgos de subsistencia y en el carácter alimentario de tal asignación.

En “Monte, Luis Alberto”,<sup>17</sup> el TSJ hizo lugar a un recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la entonces Cámara de Apelaciones en todos los fueros de la ciudad de Zapala que, al confirmar lo resuelto por la instancia de grado, rechazó la demanda en donde se reclamó la indemnización adicional por seguros de vida colectivos derivada de la invalidez total y permanente del actor, ya que entendió que hubo una falta de denuncia oportuna del siniestro –por parte de la empleadora del actor y tomadora del seguro– y consiguiente caducidad de los derechos del asegurado. Sostuvo que la decisión recurrida

<sup>16</sup> TSJ (23/12/2009). “Salas Jorge Omar c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa”. Expte N° 1414/2005.

<sup>17</sup> TSJ (09/11/2015). “Monte Luis Alberto c/ Mapre Cía. de Seguros S.A. s / Cobro de Seguro por Incapacidad”. Expte. N° 45/ 2012.

controvertía los principios elaborados a partir de los artículos 14 bis de la Constitución Nacional y 38 de la Constitución del Neuquén y que –a partir de la reforma constitucional de 1994– el constituyente revisor al asignar jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, amplió el catálogo de los derechos sociales (art. 75, inc. 22); y al ratificar mediante la Ley N° 24658 el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC –Protocolo de San Salvador– nuestro país reafirmó la necesidad de progresividad en la efectiva aplicación de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.

El tribunal entendió que adquieren particular relevancia los principios hermenéuticos de justicia social (pro justicia socialis) de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana (pro homine) y de progresividad de los derechos y de no regresividad. Además remarcó que el principio pro homine como criterio de interpretación reclama estar siempre a la norma más favorable a la vigencia de los derechos, es decir, se debe acudir a la interpretación más amplia o a la más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; y proceder de manera opuesta, esto es, aplicar la norma o la interpretación más acotada, cuando se trate de restricciones de derechos.

Bajo esos fundamentos, condenó a la aseguradora demandada a abonarle al actor la suma correspondiente en concepto de seguro de vida adicional.

En el caso “Bruna, Miguel Ángel”,<sup>18</sup> el TSJ hizo lugar a una acción de inconstitucionalidad del artículo 9 de la Ley provincial N° 859, abrogando la parte de dicho artículo que sujeta la pensión por viudez a la circunstancia que se encuentre “incapacitado para el trabajo que estuviere a cargo de la causante a la fecha de su deceso”, pues tal condicionamiento resulta irrazonable y no avala la clasificación efectuada por el legislador provincial al diferenciar a la mujer del hombre, que permita, calificar y aceptar como “justo” el otorgamiento del beneficio en el primer caso, sin ningún tipo de limitación por el sólo hecho de revestir el carácter de viuda, y su condicionamiento en el segundo, a la circunstancia de estar incapacitado y a cargo de la causante a la fecha del deceso.

<sup>18</sup> TSJ (20/08/210). “Bruna, Miguel Ángel C/ Provincia del Neuquén S/ Acción de Inconstitucionalidad”. Expte. N° 2572/2008.



Señaló que si bien en otra época pudo considerarse aparentemente protectora una norma que estableciera diferencias en la concesión del beneficio de la pensión al viudo, debe, de acuerdo a los valores constitucionales, considerarse como discriminatoria y, de allí, “falsamente protectora”, en tanto el condicionamiento en función del sexo, que contraría al principio de igualdad de trato, ha perdido su razón de ser y sólo tiende a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados.

## 6. EL DERECHO AL AGUA

En el caso “Otero, Mirta Liliana”<sup>19</sup> los actores interpusieron acción de amparo ante la falta de provisión total o parcial del servicio público de agua potable en las ciudades de Cutral Có y Plaza Huincul, a fin de que se restablezca el suministro normal y continuo en condiciones de salubridad aptas para el consumo humano. En primera y segunda instancia se condenó al E.P.A.S. y a la provincia de Neuquén –en forma solidaria– a proveer de agua potable a los actores en condiciones de continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad. También se condenó a la provincia de Neuquén para que por sí, o por medio de un plan integral, realice las inversiones y obras públicas necesarias e imprescindibles para la provisión del servicio de agua potable.

En su sentencia, de fecha 26 de febrero de 2016, el TSJ declaró abstracta la cuestión ya que la obra pública afrontada para el suministro del servicio de agua potable para las localidades en que residían los accionantes había sido inaugurada. No obstante ello, reflexionó sobre la trascendencia del derecho reclamado al que debe ajustarse toda la actividad del Estado, manifestando que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud– comprendido dentro del derecho a la vida– con acciones positivas.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

La observación de la actuación judicial del TSJ en relación a los DESC, revela una posición clara respecto a su justiciabilidad para lo cual se invoca la

<sup>19</sup> TSJ (30/12/2014). “Otero, Mirta Liliana y otros c/ ente provincial de Agua y Saneamiento (E.P.A.S.) y otra s/ acción de amparo”. Expte. N° 61612/2013.

normativa constitucional provincial y nacional, como así también los tratados internacionales de derechos humanos. La revisión muestra también que el TSJ tiende a asumir el control de las políticas públicas destinadas a la satisfacción de los DESC, otorgándole de esta manera efectividad a los derechos sociales, salvo en materia de estabilidad del empleo público, donde posee un abordaje conservador y poco integrador con la normativa y jurisprudencia internacional.

Por otra parte, el aporte jurisprudencial, al ser escaso sobre algunos DESC en particular, revela una materia pendiente tanto para la Defensoría Pública, como también para las y los profesionales que litigan de manera independiente, los organismos de derechos humanos y/o las organizaciones barriales o civiles que utilizan el litigio para incidir en las políticas públicas: comenzar a judicializar casos en materia de DESC y –en caso que los mismos le sean adversos– sostener la instancia judicial hasta llegar al TSJ y, además, llevar a las instancias judiciales situaciones colectivas, y no solo vulneración de derechos individuales. Ello, por la importancia que tiene la relación entre un derecho social con la política social y el sistema institucional que permite su realización y para dotar a los DESC de plena efectividad.

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, C. y COURTIS, C. (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En M. Abregu y C. COURTIS, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 283-350). Buenos Aires: Del Puerto/CELS.
- (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- LEAVY, V. (1995). Justiciabilidad y más allá: Procedimientos de quejas y derecho a la salud. *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 55, 91-110.

---

# Río Negro

**MARÍA RITA CUSTET LLAMBÍ  
Y DANIELA HEIM**

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizamos la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (en adelante, STJ) en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), enfocándonos en la última década. Durante dicho período este organismo tuvo dos composiciones diferentes –en función de la renovación de sus integrantes–<sup>1</sup> pero ha mantenido una línea sin mayores divergencias en cuanto al reconocimiento de los citados derechos.

Los casos seleccionados se relacionan con el derecho a la vivienda, el derecho a la educación y el derecho a la salud. Se tomaron los precedentes más relevantes de la jurisprudencia del STJ, teniendo en cuenta el alcance de la protección de esos derechos, tanto en lo que respecta a sus contenidos y conceptualización, como en lo que hace a su operatividad y al control de razonabilidad de las políticas públicas y/o privadas que la determinan. En el recorrido del análisis haremos referencia al impacto que ha tenido en la provincia el fallo “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, del 24 de abril de 2012 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>1</sup> En este período el Superior Tribunal de Justicia estuvo conformado por tres miembros –Dres. Luis LUTZ, Víctor SODERO NIEVAS y Alberto BALLADINI– hasta la sanción de la Ley N° 4837 (B.O. 23/05/2013) que amplió la integración actual a cinco jueces –Dres. Lilita PICCININI, Adriana ZARATEGUI, Enrique MANSILLA, Ricardo APCARIÁN y Sergio BAROTTO–.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DE DESC EN LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

En el ámbito local opera la constitución de la provincia de Río Negro cuya última reforma data del año 1988. A pesar de que fue sancionada con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 que incorporó los tratados internacionales a la Constitución, en su artículo 14 determina la “plena operatividad de los derechos y garantías que implícita o expresamente ha reconocido” en tanto el “Estado asegura la efectividad de los mismos, primordialmente los vinculados con las necesidades vitales del hombre. Tiende a eliminar los obstáculos, sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo la igualdad de oportunidades”.

En el capítulo III, bajo el título *Derechos Sociales*, reconoce el derecho a la protección de la familia, la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, el amparo a la niñez y la formación de la juventud, los derechos de la tercera edad, los derechos de las personas con discapacidad, exenciones impositivas para personas jubiladas, derecho a las actividades sociales como complementarias del hombre y su familia, el derecho al trabajo y la vivienda digna, los derechos gremiales y los derechos de los pueblos indígenas.

En la Sección Segunda, bajo el título *Política Previsional*, establece el derecho a la salud como derecho al completo bienestar físico y espiritual, y a la asistencia en caso de enfermedad, asimismo que los medicamentos son considerados un bien social básico y fundamental. Se impone al Estado provincial la organización y fiscalización de los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica. También reconoce dentro de esta sección el derecho a un medioambiente sano.

En la Sección Tercera se detallan los derechos relacionados con las políticas culturales y educativas. Se reconocen la cultura y la educación como derechos esenciales de todos los habitantes y obligaciones irrenunciables del Estado. Se promueve la educación como “un instrumento eficiente para la liberación, la democracia y el inalienable respeto por los derechos y obligaciones del hombre”. El Estado debe asegurar que la educación sea de carácter común, “único, gratuito, integral, científico, humanista, no dogmático y accesible a todas las personas”. A su vez, establece que las políticas educativas

son formuladas por el Consejo Provincial de Educación y que el Estado asigna en la ley de presupuesto un fondo para la educación no menor a un tercio de las rentas generales.

La jurisprudencia del Superior Tribunal tiene como base en muchos de sus fallos los derechos reconocidos por la Carta Magna rionegrina, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, como asimismo la doctrina de la Corte Suprema de la Nación que opera de amalgama y piso de toda la actividad jurisprudencial nacional.<sup>2</sup>

### 3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

#### INTERPRETACIÓN DEL ALCANCE DE LOS DESC:

#### OPERATIVIDAD DERIVADA Y CONTROL DE RAZONABILIDAD

En el fallo “Q. C., S. Y.”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la exigibilidad de los DESC depende, en primer lugar, de que esos derechos y deberes estén consagrados en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. 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. La tercera característica de los derechos fundamentales de operatividad derivada es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, que funciona como “una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos”. Para la procedencia del control de razonabilidad “debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona”.

<sup>2</sup> De acuerdo con THEA, “La Constitución Nacional argentina no dispone expresamente la obligatoriedad de la doctrina emanada de la Corte Suprema. Sin embargo, se ha generado jurisprudencia –tanto de tribunales inferiores como de la propia Corte Suprema– postulando su obligatoriedad, ya sea considerando un deber de acatamiento liso y llano de la jurisprudencia de la Corte o un deber de sometimiento condicionado, que le permitiría a los jueces inferiores no seguir la jurisprudencia del Máximo Tribunal cuando circunstancias debidamente fundadas lo justifiquen” (THEA et al, 2017: 47-48).

El precedente reviste gran importancia no solo porque proviene del máximo intérprete jurisdiccional de la Constitución Nacional<sup>3</sup> en todo el territorio nacional, sino también porque establece criterios de justicia constitucional para garantizar la protección de uno de los derechos que afecta, en particular, a los sectores más vulnerabilizados de la sociedad, como es el caso del derecho a la vivienda. Resulta interesante analizar, entonces, de qué manera se reconocen los DESC en nuestra provincia y si la doctrina del citado precedente de la CSJN ha impactado (y de qué forma) en la jurisprudencia de su más alto tribunal.

#### **4. LOS DESC EN LA JURISPRUDENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RÍO NEGRO**

##### **4.1. *El derecho a la vivienda***

En relación al derecho a la vivienda y a su “plena operatividad” expresamente determinada por la Constitución local, hasta el año 2010 la doctrina del STJ sostuvo que las políticas de acceso a la vivienda no podían ser cuestionadas mediante amparo en tanto el Poder Judicial no podía desplazar a la Administración en esta materia,<sup>4</sup> no admitiéndose excepciones a dicho principio interpretativo.

##### **4.1.1. El control de razonabilidad de las políticas públicas a partir de “Peñipil”**

La postura referida tuvo su primer punto de inflexión en la temática a partir del año 2010. Por entonces el vocal del STJ, Dr. Luis Lutz, adelantándose a la que fuera más tarde la doctrina asumida por la CSJN en “Q.C., S.Y.” se

3 “Más allá de los diversos argumentos y de la jurisprudencia contradictoria en la materia –incluso de parte de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación–, lo cierto es que la gran mayoría de las decisiones judiciales de nuestro país acepta algún tipo de obligatoriedad de los precedentes del Máximo Tribunal, y ese constituye, junto con la ubicación y el rol institucional que cumple como cabeza del Poder Judicial, uno de los principales motivos para estudiar y analizar con detalle la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (THEA et al, 2017: 50).

4 STJRN Se. 61/08 (12/06/2008) y Se. 141/07 (23/10/ 2007), entre otros.

expidió en el caso “Peñipil”<sup>5</sup> ante el amparo planteado por dos ciudadanas de Sierra Grande que reclamaban que el Municipio y la provincia de Río Negro proveyeran lo necesario para la finalización de una vivienda con destino a una mujer con discapacidad intelectual, madre y víctima de violencia de género. Concretamente se sostuvo que:

Adoptado un curso de acción por el Ejecutivo, o bien por el contrario verificándose un supuesto de omisión material, el Poder Judicial tiene la posibilidad de examinar –ante un caso concreto– si la alternativa elegida se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida implementada para garantizar el acceso de los interesados al derecho.<sup>6</sup>

En el mismo sentido, el STJ se expidió posteriormente en pleno en “Funez”,<sup>7</sup> ante un reclamo contra el Instituto Provincial de la Vivienda en el que se encontraba en juego la preservación del estado de salud de dos niños, uno de ellos con discapacidad. Para confirmar la sentencia de grado, que había ordenado al Instituto Provincial de la Vivienda proveer al grupo familiar una solución habitacional, se ponderó lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución provincial, en cuanto a que el Estado protege integralmente a toda persona con discapacidad, y el espíritu especial que anima a la norma, “en orden a las facilidades y reconocimiento que la sociedad toda debe conferirles”.<sup>8</sup>

5 STJRN (30/06/2010), “Peñipil, Mónica Mirta s/ Amparo”. Se. 54/10.

6 El fallo cita como antecedentes a la resolución de la “Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, (12/3/2002), “Ramallo, Beatriz y otros v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”; LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 2002-2058; y Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, N°. 28, septiembre 2003, p. 30. con cita del Tribunal del caso resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica, “The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom”, caso “C. C. T.”, 11/00, fallado el 4/10/2000, en el cual se analizó la justiciabilidad del derecho a la vivienda, con fundamento en el art. 11, párr. 1º, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 26 de la Constitución que los rige; cf. “Asociación Civil Miguel Bru y otros c/Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires s/Legajo de apelación”.

7 STJRN (18/11/2011) “Funez, Silvia Beatriz s/ Amparo s/ Apelación.” Se. 127/11.

8 STJRN (18/11/2011), “Funez, Silvia Beatriz s/ Amparo s/ Apelación.” Se. 127/11.

Resaltó en el caso que el interés superior del niño impone que el Estado en la administración de sus recursos ceda en favor del más débil. Sostuvo que el principio general de no intromisión del Poder Judicial sobre la Administración

debe ceder ante circunstancias excepcionales que denoten con claridad la existencia de peligro inminente, gravedad y la necesidad de lograr una protección excepcional de carácter urgente que preserve la salud de los amparistas y que requieren un trato específico de la Administración por no responder al parámetro de soluciones generales que conforma el plexo de los derechos sociales previstos en la Constitución.

Más adelante, en los casos “Morales”<sup>9</sup> y “Moser”,<sup>10</sup> se sostuvo que existen situaciones particulares, como las que presentaban los amparistas,<sup>11</sup> que “solamente pueden merecer un trato específico de la Administración por no responder al parámetro de soluciones generales previsto en la legislación”.

Con posterioridad, siguiendo el mismo criterio, el STJ sostuvo la procedencia de demandas contra el Estado en causas en que ha considerado situaciones de carácter extremo. En “Custet Llambi”<sup>12</sup> se ordenó al Instituto Provincial de la Vivienda la provisión de una solución habitacional, en la modalidad que se estime más conveniente, destinada a una madre y una niña, ambas con discapacidad. Se argumentó que en los supuestos de los DESC rige el principio de progresividad y que la regla de que todas las políticas que dicten los Poderes Ejecutivo y Legislativo en sus respectivos ámbitos de competencia son propias de la esfera de reserva de dichos poderes “tiene

<sup>9</sup> STJRN (20/04/2012), “Morales Andrea Fabiola s/Amparo s/ Apelación”.Se. 48/12.

<sup>10</sup> STJRN (25/06/2012), “Moser, Carlos Luis s/Amparo s/ Apelación”. Se. 81/12.

<sup>11</sup> En ambos casos las personas involucradas poseían serias deficiencias funcionales, que generaban discapacidad, y carencia de recursos económicos. En el caso “Morales” la Jueza de grado, había hecho lugar al amparo presentado por la madre de un niño que requería un lugar adecuado para recibir los tratamientos acordes a la internación domiciliaria conforme su grave estado de salud. En “Moser” se trataba de una cuestión compleja que involucraba a una persona con discapacidad diagnosticada “con Hemiparesia facio braquío crural derecha, diabetes, asma e hipertensión, agravándose su situación médica por el hecho de vivir en un lugar insalubre, que limita con depósitos de basura, y en el que no cuenta con provisión de los servicios públicos básicos”.

<sup>12</sup> STJRN (12/04/2013), “Custet Llambi, María Rita, Defensora General del Ministerio Público s/ Acción de amparo.” Se. 30/13.



su excepción, como ocurre en general con las medidas cautelares cuando se encuentran involucrados menores de edad que se encuentren privados de bienes humanos básicos como son en principio la educación, la salud y los alimentos”.<sup>13</sup> El STJ afirmó que en virtud del principio “pro homine”, que orienta la interpretación de los derechos humanos, de acuerdo con la doctrina de la CIDH, la tarea de garantizar los derechos requiere la toma de las medidas necesarias a efectos de la remoción de los obstáculos para que “los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción”.<sup>14</sup>

#### 4.1.2. Alcance del derecho a la vivienda. Incidencia del fallo Q.C.S.Y

El fallo “Q.C., S.Y” ha tenido alguna incidencia en la jurisprudencia de la Corte rionegrina. En el anteriormente referido caso “Moser”<sup>15</sup> por primera vez el STJ se expidió sobre el alcance que correspondía aplicar al criterio de la “solución habitacional”, señalando que conforme el precedente de la CSJN, la obligación del Estado en casos excepcionales “no necesariamente importa la construcción y/o asignación de una nueva casa, sino que puede consistir en otras alternativas acordes a las necesidades de salud del amparista que le permitan el alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta”.

El mismo criterio con referencia al precedente nacional fue seguido en el caso “Flores”,<sup>16</sup> en el que se involucraba el interés superior de una niña con discapacidad, con síndrome de Down y síndrome de West, que requería protección y cuidados permanentes. Aquí, el STJ hizo lugar al recurso de la Fiscalía de Estado, revocó parcialmente la resolución del juez de grado en cuanto ordenaba al Estado adjudicar una vivienda y ordenó brindar una solución habitacional bajo la modalidad que considerara más “conveniente”.

<sup>13</sup> Con cita CSJN (07/03/2006), “E. y otros c/ Bs.As. Prov., de y otros s/ amparo, LL 2006 D 56.

<sup>14</sup> Con cita CSJN 334:913.

<sup>15</sup> STJRN (25/06/2012, “Moser, Carlos Luis s/Amparo s/ Apelación”. Se. 81/12.

<sup>16</sup> STJRN (05/06/2013), “Flores Virgilio Ramon s/Amparo (IPPV) s/Apelación”. Se. 58/13.

El mismo criterio fue seguido en el caso “Arrejoria”<sup>17</sup> en el que el Estado municipal había recurrido una sentencia de grado que lo obligaba a proveer de una vivienda a un joven con discapacidad en estado extremo de vulnerabilidad.<sup>18</sup> Se hizo lugar parcialmente al recurso, en tanto se consideró que el Municipio no se encontraba obligado a dotar al amparista de una vivienda en carácter de propietario, pero sí lo estaba a brindarle una solución habitacional:

la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad, reglamentación que debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, debiendo el Estado realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes.<sup>19</sup>

#### **4.2. Derecho a la educación**

La recorrida por los fallos del STJ en materia del derecho a la educación da cuenta de que la provincia de Río Negro ha establecido desde largo tiempo atrás –casos “Depetris”,<sup>20</sup>

<sup>17</sup> STJRN (02/08/2016), “Arrejoria, Yahel Emiliano s/ amparo s/ apelación.” Se. 72/16.

<sup>18</sup> Se trataba de un joven de 20 años en situación de máxima vulnerabilidad, no solo por su grave estado de salud (con diagnóstico de Paraplejía espástica: no camina, no controla esfínteres, no siente dolor ni ninguna otra sensación y con una infección en los huesos de su cadera) sino también porque se encontraba en una situación habitacional altamente deficitaria en relación a los cuidados específicos que requiere su salud e integridad, sumado a que los ingresos del grupo familiar eran insuficientes para atender sus necesidades básicas, garantizar una alimentación adecuada y la provisión de los elementos esenciales para su cuidado.

<sup>19</sup> Asimismo, fundamentó la decisión en la doctrina de la CSJN en caso “Lifchitz” en tanto sostuvo que “los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos”.

<sup>20</sup> STJRN (12/02/1999), “Depetris, Catalina María s/Amparo s/Competencia”, Se. 4/99. Se cuestionaba vía amparo la constitucionalidad de la Resolución N°488/99 del Consejo de Educación que establecía un promedio anual de 7 puntos para aprobar las asignaturas del plan educativo.

“Cobas”,<sup>21</sup> “Novoa”,<sup>22</sup> entre otros– que el establecimiento de políticas educativas, como así también la planificación, organización y administración del sistema son, por imperio constitucional, privativas de las autoridades administrativas. Esta postura ha sido reiterada en precedentes más actuales<sup>23</sup> al referir que no incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones propias de los otros poderes del Estado. Esta doctrina, como se especificará a continuación, es particularmente restrictiva en lo que refiere a cupos escolares, pero ha admitido notorias excepciones en casos en que se encuentran involucrados derechos de alumnas y alumnos con discapacidad.

#### 4.2.1. Cupos escolares

En “Depetris”<sup>24</sup> se rechaza todo control de razonabilidad por parte del Poder Judicial a la política de distribución y asignación de los cupos en las escuelas. Es el criterio seguido hasta la fecha, aun en casos de extrema vulnerabilidad: las políticas del Estado en este aspecto no han sido cuestionadas ni interpe-ladas por el Poder Judicial.

A modo de ejemplo hemos relevado tres sentencias emblemáticas. En el caso “Brust”<sup>25</sup> la madre de un niño con retraso madurativo solicitó, por indicación del equipo tratante, que su hijo permaneciera en la sala de cinco años de un jardín de infantes estatal. La jueza del amparo rechazó la acción por “tratarse de una política pública educativa y su respeto a la división de poderes” y ordenó el seguimiento específico del caso por parte del Ministerio de Educación. El STJ confirmó la decisión, aun cuando en cuestiones de salud ha prevalecido su doctrina de proveer la cobertura en salud y educación que requiera el médico tratante y pese a la posición de la Defensoría de Menores

21 STJRN (27/03/2000), “Cobas, María Cecilia S/Amparo S/Competencia”, Se. 21/00. Se planteaba la inconstitucionalidad de la Resolución N° 1986/94 del Consejo de Educación que establecía una serie de pautas de carácter general que determinaban el orden de preferencia para la inscripción de los alumnos en las instituciones escolares.

22 STJRN (06/06/2000), “Novoa, Roberto s/ Mandamus”, Se 38/2000.

23 STJRN (05/10/2015), “Cepedano” Se. 149/15 y “Córdoba” Se. 35/16 (02/05/ 2016).

24 STJRN (12/02/1999), “Depetris, Catalina María s/Amparo s/Competencia”, Se. 4/99.

25 STJRN (16/05/2016), “Brust, Jessica Marina s/ Amparo s/ Apelación”. Se. 43/16.

que dictaminó que en el caso concreto se soslayaba el interés superior del niño.

Por su parte, en el caso “Reyes”<sup>26</sup> en el cual la madre de una adolescente que había sufrido un intento de secuestro mientras esperaba uno de los dos colectivos que debía tomar para asistir a la escuela, interpuso un amparo para cambiar a la joven de establecimiento educativo. El STJ confirmó la sentencia que rechazó el amparo, ante la evidente situación de vulnerabilidad de la adolescente (en su calidad de niña, mujer y víctima de un delito), por cuanto la madre no había cumplido el requerimiento formal de la jueza de grado para que acredite el trámite administrativo iniciado para el cambio de escuela. Todo ello pese a que el informe social dio cuenta de que las autoridades administrativas no informaron oportunamente sobre los trámites administrativos a seguir como se habían comprometido con la familia de la joven.

Finalmente, en “Ávila”<sup>27</sup> se rechazó un recurso contra una sentencia de grado que había denegado un amparo cuyo objeto era la admisión de un niño de 8 años a una escuela más cercana a su domicilio. Se comprobó que el niño estaba en situación de vulnerabilidad por cuanto su madre, quien ejercía sola los cuidados parentales, laboraba como empleada doméstica y no podría acompañar a su pequeño a tomar el transporte escolar por los horarios de trabajo ni podía afrontar los gastos de pasajes de los dos colectivos para llegar a la distante escuela, lo que generaba muchas inasistencias por parte del niño a clases. Pese a que había intervenido el organismo proteccional de niñez aconsejando el cambio de escuela y que ya habían transcurrido dos años desde entonces sin respuesta de parte del Ministerio de Educación, el STJ confirmó la decisión porque consideró que el amparo no era la vía adecuada para lograr el objetivo perseguido, porque el mismo podía procurarse a través de los mecanismos administrativos pertinentes “sin que se vislumbre una violación actual o inminente al derecho a la educación”.

<sup>26</sup> STJRN (14/06/2017), “Reyes, Marcela Yanet c/ Consejo Provincial de Educación s/ Amparo s/ Apelación”, Se. 74/17.

<sup>27</sup> STJRN (10/07/2017), “Ávila, Rosmari del Carmen Alicia c/ Consejo Provincial de Educación de Río Negro s/ Amparo s/ Apelación”, Se. 85/17.

#### 4.2.1. El derecho a la educación de los niños y niñas con discapacidad

Los criterios estrictos en lo que respecta al control de razonabilidad de las políticas educativas en cuestiones relativas a la asignación de cupos en establecimientos escolares ceden en cuanto al acceso a la educación de los niños y niñas con discapacidad.

Desde “Arias”<sup>28</sup> se determinó la obligación de las obras sociales y prepagas de solventar, como parte de la cobertura integral de salud, la educación privada de niños con discapacidad. Entonces se actualizó la doctrina legal que anteriormente había sostenido la obligación de cubrir prestaciones básicas a través de los organismos estatales y se avanzó significativamente en el reconocimiento a la cobertura integral de las personas con discapacidad. En la oportunidad se analizó profundamente el derecho a la salud de las personas con discapacidad en las leyes vigentes y los tratados internacionales, especialmente a la luz del modelo social de la discapacidad y la necesidad de una amplia cobertura para la atención integral.

Más recientemente, en “Cecchi”<sup>29</sup> se confirmó una resolución de la jueza de grado que ordenó al Instituto Provincial de Salud solventar los gastos de una escuela privada a la que asistía una niña con síndrome de Down, sobre la base de que ello atendía a su interés superior, conforme las recomendaciones del equipo tratante de la niña.

En idéntico sentido, se ha determinado la obligación del Estado de proveer el servicio de maestras integradoras para los niños y niñas con discapacidad, haciendo lugar a aquellas demandas contra la provincia en los casos en que el Ministerio de Educación se negaba a proveer el servicio. En los precedentes “Colombo”<sup>30</sup> y “Godoy”<sup>31</sup> se expidió confirmando las sentencias de las juezas que habían resuelto un amparo obligando a la provincia a disponer la atención personalizada de una maestra de apoyo por el tiempo que los profesionales intervinientes determinen, conforme el interés superior de los niños

<sup>28</sup> STJRN (24/09/2008), “Arias, Silvia Alejandra s/Amparo (I.PRO.S.S.) s/Apelación”, Se. 94/08.

<sup>29</sup> STJRN (05/07/2017), “Cecchi, Mariana Isabel y Mateos, Claudio José c/ I.PRO.S.S. s/ Amparo s/ Incidente de apelación”, Se. 83/17.

<sup>30</sup> STJRN (26/05/2016), “Colombo, Luciano Andrés y otra (en rep. de C.; G. N) c/ Ministerio de Educación de Río Negro S/ Amparo (E-S) s/ Apelación”, Se. 45/16.

<sup>31</sup> STJRN (16/05/2017), “Godoy, Carina Lorena y Palma, Gabriel Nazareno c/Consejo de Educación s/ Amparo s/Apelación”, Se. 65/2017.

afectados. Estos precedentes son importantes, también, porque se había ordenado (y así fue confirmado) la creación del cargo respectivo y su cobertura a través de las correspondientes asambleas docentes, cuando la provincia se había negado a proveer el servicio sosteniendo, en contra de los informes docentes aportados, que debía proveerse un acompañante terapéutico y no una maestra de apoyo.

Con posterioridad, en el caso “Avendaño”,<sup>32</sup> el STJ tuvo la oportunidad de expedirse ante el planteamiento del caso inverso. Los padres de un niño de 4 años reclamaban la provisión de un acompañante terapéutico para su hijo que se encontraba con serios problemas de movilidad luego de un accidente automovilístico. La obra social se negaba a solventar el servicio argumentando que correspondía proveer al niño de una maestra de apoyo y no de un acompañante terapéutico. En este caso, se confirmó la sentencia de la jueza de amparo que había hecho lugar a la demanda. Asimismo sostuvo, con remisión a lo dictaminado por la Defensoría General,<sup>33</sup> que el agravio relativo a que el niño requería de una maestra de apoyo y no de un acompañante terapéutico, no podría prosperar porque la asistencia reclamada se relacionaba con la movilidad física y no con temas vinculados a desarrollo educativo del niño.<sup>34</sup>

### **4.3** *Derecho a la salud*

El precedente “Salazar”<sup>35</sup> ha dado marco a la doctrina del Tribunal rionegrino en materia de salud. En dicho caso sostuvo que existe una responsabilidad compartida entre la Nación y la Provincia para la protección de este derecho, en cuanto el sistema de salud tiene en nuestro país una organización federal

<sup>32</sup> STJRN (07/11/2017), “Avendaño, Ana Laura c/ Obra Social de Personal Civil de la Nación s/ Amparo s/ Apelación”, Se. 155/2017.

<sup>33</sup> Dictamen DG N° 98/17 del 29 de septiembre de 2017.

<sup>34</sup> Se sostuvo: “El derecho que le asiste al niño ha sido reconocido como un derecho humano fundamental, encontrando la presente acción sustento en los arts. 33, 41, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 33, 36 t 59 de la Constitución Provincial, Convención, Americana sobre los Derechos Humanos, art. 5.1; Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales art. 12 inc. c; la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad, que se encuentra incorporado al derecho por la ley 25.280, y la Convención Internacional de sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

<sup>35</sup> STJRN (04/05/2005), “Salazar, Ana s/ amparo s/ apelación”, Se. 41/05.

y la responsabilidad de los estados provinciales no ha sido delegada en la Nación.<sup>36</sup>

La mayor cantidad de amparos por derecho a la salud se presentan, en general, por el requerimiento de cobertura integral, ya sea contra instituciones públicas o privadas. El STJ ha sostenido reiteradamente que resulta necesario tener como principio rector la calidad de vida del paciente y un concepto amplio de salud, de acuerdo a lo dispuesto por la OMS (Organización Mundial de la Salud) que incluye los aspectos físico, psíquico y social del bienestar de las personas.

#### **4.3.1. Competencia del STJ en casos de demandas contra obras sociales y prepagas**

En la causa “Arvigo”<sup>37</sup> se determinó que la jurisdicción provincial era competente, por la vía del amparo, para controlar el cumplimiento de las prestaciones a cargo no solo de las obras sociales sino también de la medicina prepaga. Ello por cuanto el artículo 59 de la Carta Provincial expresamente establece que la provincia “organiza y fiscaliza a los prestadores de salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica”. En consecuencia, se ha establecido la procedencia del amparo para proteger el derecho a la salud ante el grave e irreparable daño que se causaría si se remitiera el asunto a otras vías administrativas u ordinarias.

#### **4.3.2. Cobertura de prestaciones indicadas por el médico tratante**

En relación al reclamo por la falta de cobertura, por parte de las prestadoras de salud, de prácticas no incluidas en el PMO (Programa Médico Obligatorio) se ha sostenido, desde tiempo atrás, que el hecho de que los tratamientos requeridos no figuren como prestación reconocida para su cobertura por la obra social en el PMO “no resulta óbice para la cobertura de dicho

<sup>36</sup> Voto del Juez SODERO NIEVAS.

<sup>37</sup> STJRN (27/06/2011), “Arvigo Carolina y otro s/Amparo s/Apelación”, se. 56/11.

tratamiento, puesto que tal situación contraviene normativas constitucionales de rango superior”.<sup>38</sup>

A partir de “Polich”<sup>39</sup> se amplió dicha doctrina al sostenerse que las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no pudiendo negarse el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante con motivo de que el tratamiento no se encuentra incluido en el PMO.<sup>40</sup> Esta doctrina es reiterada posteriormente<sup>41</sup> y ha sido el resultado de la adopción por parte del Tribunal del criterio expuesto por la Procuradora General. Al dictaminar el caso la Procuradora sostuvo que el parámetro para analizar la razonabilidad de las políticas de coberturas de salud se relaciona directamente con las indicaciones del médico tratante, considerado como el especialista

en quien el enfermo ha confiado el control de su calidad de vida y quien determina si su paciente realmente necesita un medicamento o un tratamiento determinado, con qué grado de urgencia y en que estadio de la enfermedad.<sup>42</sup>

En el reciente caso “Calvo”,<sup>43</sup> ante un recurso del Instituto Provincial de Seguros de Salud, el STJ confirmó una sentencia que ordenaba la cobertura

<sup>38</sup> STJRN (17/12/2008), “Meléndez, Viviana Alejandra e Ibarra, Gustavo s/ amparo s/ apelación” Se. 133/08.

<sup>39</sup> STJRN (18/06/2013), “Polich, Enrique Alberto c/ Swiss Medical Group s/ Acción de Amparo art. 43 C. Pcial s/ Apelación”, Se. 70/13.

<sup>40</sup> En el precedente citado la prestadora de salud se negaba a solventar un tratamiento oncológico de Radioterapia de Intensidad Modulada indicada por el médico tratante con el fin de disminuir la toxicidad en el paciente argumentando que la práctica se encontraba expresamente excluida del PMO ante lo cual el STJ confirmó la resolución del juez del amparo y sostuvo que la alegada falta de cobertura por no estar en el PMO no procede en virtud de que: “la obligación de la accionada no puede limitarse a dicha lista, desde que la finalidad perseguida por dicho plan receptada en el reglamento interno de la empresa, es un otorgar una amplia cobertura de los medicamentos de baja incidencia y alto costo, y el art. 28 de la Ley N° 2662 previo su actualización periódica de conformidad con el avance tecnológico de la ciencia”. STJRN (18/06/2013), “Polich, Enrique Alberto c/ Swiss Medical Group s/ Acción de Amparo art. 43 C. Pcial s/ Apelación”, Se. 70/13.

<sup>41</sup> STJRN (06/11/2013), “Castro” Se. 126/13 y (27/10/2015), “Chirino” Se. 166/15, entre otras.

<sup>42</sup> Dictamen PG N° 64/13 del 6 de mayo de 2013, Dra. Liliana L. Piccinini.

<sup>43</sup> STJRN (07/07/2017), “Calvo”, Se. 66/17.



de un acompañante terapéutico por 8 horas diarias. La provincia se agravió de que la limitación legal dispuesta por los Decretos provinciales N° 1395/15 y N° 84/16 que regula la actividad del acompañante terapéutico limita a 6 horas diarias la prestación. La sentencia luego de una extensa remisión a normativa internacional y nacional y provincial referida a la protección de la salud, la discapacidad y la niñez sostuvo que dicho cuerpo normativo “no pueden ser desoídos so pretexto de cuestiones reglamentarias de la Obra Social, toda vez que el joven hijo de la accionante requiere los tratamientos de asistencia terapéutica domiciliaria necesarios conforme su discapacidad, tal como lo ha indicado su médica tratante”.

#### 4.3.3. Prestaciones integrales para personas con discapacidad.

Referimos anteriormente el precedente “Arias”<sup>44</sup> en el cual el STJ sentó las bases para el efectivo goce de prestaciones en orden al reconocimiento de una asistencia integral para las personas con discapacidad conforme criterios de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. A ello se suma que, en criterio del máximo tribunal rionegrino, la habilitación hacia el control judicial de razonabilidad de las prestaciones de salud se profundiza en el caso de niñas, niños y personas con discapacidad y, en especial, en la interseccionalidad de ambas identidades, como lo expresa en “Vicencio”:

corresponde adoptar un criterio amplio en el análisis y ponderación de toda circunstancia que coloque en crisis el goce de tales derechos humanos. Máxime si a la vulnerabilidad propia de la franja etaria y estado de madurez, se le aditan [sic] sus capacidades diferentes.<sup>45</sup>

#### 4.3.4. Salud reproductiva

La salud reproductiva también goza de una amplia protección en la jurisprudencia del STJ. Desde 2008, en particular, la doctrina de ese Tribunal sostiene que el sistema de salud rionegrino se basa en la universalidad de la cobertura y que la falta de inclusión de una dolencia en el PMO –en este

<sup>44</sup> STJRN (24/09/2008), “Arias, Silvia Alejandra s/Amparo (I.PRO. S.S.) s/Apelación”, Se. 94/08.

<sup>45</sup> STJRN (13/05/2014), “Vicencio, Vanesa Mariana S/Amparo S/Apelación”, Se. 45/14, reiterada en (20/09/2015), “Lofiego” Se. 142/15 y (08/11/2017), “Avenidaño” Se. 155/17.

caso, la infertilidad– no puede ser un obstáculo al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. Nos referimos al caso “Melendez”,<sup>46</sup> en el que se reconoció el derecho a la cobertura económica de un tratamiento de reproducción humana asistida denominado de “baja intensidad” (microfertilidad con el método ICSI).

El criterio de amplia protección en materia de salud reproductiva fue reiterado, entre otros, en el año 2014 en los fallos “Elena”<sup>47</sup> y “Fresco”,<sup>48</sup> en los cuales se reconoció el derecho a la cobertura integral para los tratamientos de alta complejidad. Ese mismo criterio, la protección del acceso a la salud reproductiva fue ampliado en el fallo “Tortarolo”,<sup>49</sup> en el que se reconoció el derecho a la cobertura médica total para los tratamientos de fertilidad asistida de la pareja de la persona afiliada a una obra social. Posteriormente, en el caso “Miguel”,<sup>50</sup> se reconoció la cobertura total de un tratamiento con óvulo donación y vitrificación de embriones, incluido el 100% de la medicación.

#### **4.3.4.1. Aborto no punible**

En materia de aborto no punible, el STJ rionegrino tomó postura a favor del aborto no punible con anterioridad al precedente “F,A.L.” de la CSJN.<sup>51</sup> En la causa “N, R.F.”<sup>52</sup> dejó sentado que:

si el embarazo proviene de una violación, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada no es punible, con lo que la figura del inc. 2 del art. 86 del Código Penal hace

<sup>46</sup> STJRN (17/12/2008), “Melendez Viviana Alejandra e Ibarra Gustavo s/ Amparo s/ Apelación”, Se. 133/08.

<sup>47</sup> STJRN (19/12/2014), “Elena Marpia de los Angeles c/UP (Accord Salud) s/ Amparo (E-S) s/ Apelación”, Se. 175/14.

<sup>48</sup> STJRN (18/09/2014), “FRESCO, Silvana Beatriz c/ OSDE s/ Amparo”, Se. 111/14.

<sup>49</sup> STJRN (04/02/2014), “Tortarolo, Marina S/ Amparo (F) s/ Apelación” Se. 2/14.

<sup>50</sup> STJRN (27/09/2017), “Miguel, Marta c/ Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. s/Amparo s/Apelación”, Se. 129/17.

<sup>51</sup> CSJN (13/03/2012), “F., A.L. s/medida autosatisfactiva” (Fallos 335:197).

<sup>52</sup> STJRN (26/05/2011), “N., R.F. s/Abuso Sexual s/Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/Apelaciones s/ Casación”, Se. 43/11.

extensiva la impunidad al denominado aborto sentimental o ético, sin distinción en que la violación cometida sea sobre mujer sana o sobre idiota o demente.

La sentencia destaca como fundamento el derecho a la salud previsto en el artículo 59 de la carta local y declara expresamente que no hace falta la denuncia previa de los hechos ni autorización judicial para que se practique el aborto, estableciendo un criterio de operatividad directa en la materia.

Asimismo, refiere a la doctrina del control de convencionalidad –planteada en el caso por la Defensora General– y la aplica en orden a lo establecido en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>53</sup> relacionados con el rol “constructivo” de dicho control, en su doble papel: el que obliga a los jueces nacionales a no aplicar las normas internas que se opongan a la Convención Americana de Derechos Humanos y el que los obliga a interpretar las leyes nacionales con arreglo a la normativa supranacional de referencia y a la interpretación que de ella hace la CIDH. En este sentido, cita el Cuarto Informe Periódico de Argentina del Comité de Derechos Humanos, del 22 de marzo de 2010, en el que expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como la inconsistente aplicación por parte de los Tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en ese artículo e insta a que nuestro país modifique su legislación de forma que ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y a que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. Entre otros argumentos, también expresa que el aborto no punible no vulnera el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, criterio sostenido por la propia CIDH, en cuanto ha expresado que en el sistema interamericano de derechos humanos, la protección del derecho a la vida desde la concepción no es absoluta, porque están incluidos diferentes países en los que existen distintos supuestos de despenalización del aborto.<sup>54</sup> De esta manera, el STJ reconoce operatividad directa al derecho

<sup>53</sup> Con cita a “Almonacid Arellano” (26/09/06), “Trabajadores del Congreso” (24/11/06) y “Radilla Pacheco” (23/11/09).

<sup>54</sup> El fallo de referencia cita la Resolución N° 23/81 de la CIDH en el caso 2141, en el que resolvió que las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos y la Corte Suprema Judicial de Massachussets que dejaron impune una interrupción voluntaria del embarazo de una joven de 17 años no vulneraron el derecho a la vida.

al aborto no punible con anterioridad a que lo hiciera la CSJN, criterio que ha mantenido hasta ahora.

#### **4.3.4.2. Píldora del día después**

El criterio amplio que el STJ rionegrino sostiene en materia de aborto no punible es extensible a la denominada “Píldora del día después”. La resolución del caso “Breide” (STJ, 2006)<sup>55</sup> en el año 2013, fue la ocasión para expresarlo. En este fallo, se resolvió una acción de inconstitucionalidad de la Ley provincial N° 3999 –luego consolidada por el Digesto Jurídico en Ley R 3059– llamada de “Anticoncepción de Emergencia”. La acción de inconstitucionalidad había sido planteada por un ciudadano que consideró que la píldora tenía comprobados y reconocidos efectos abortivos y que, por lo tanto, la norma que regulaba su uso violentaba los derechos constitucionalmente protegidos a la vida, la dignidad y a la salud humana.

El STJ resolvió no hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad, apartándose del precedente “Portal de Belén” de la CSJN<sup>56</sup> que había resuelto hacer lugar a una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, con la finalidad de que se le ordene revocar la autorización y prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco. En “Breide” el STJ consideró, por mayoría<sup>57</sup> que la citada norma no era inconstitucional. Resultan de interés los argumentos esgrimidos por el Juez BAROTTO, en cuanto sostuvo que la utilización de este fármaco es voluntaria, de modo que está reservada a la esfera de la privacidad de las personas y por ello aplica la doctrina de la CSJN que surge de “Arriola”.<sup>58</sup> Así, expresó que

el artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento

<sup>55</sup> STJRN (30/11/2006), “Breide, Diego José s/Acción de Inconstitucionalidad Ley 3999/05”, Se. 215/06.

<sup>56</sup> CSJN (05/03/2002), “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”.

<sup>57</sup> Votos de los jueces MANSILLA y BAROTTO, en minoría voto del Dr. SODERO NIEVAS.

<sup>58</sup> CSJN, ARRIOLA, “Sebastián y otros s/ recurso de hecho causa N° 9080”, Fallos 332: 1963

de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. Por ello, no cabe prohibir conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros; y los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no pueden superar de modo alguno el test de constitucionalidad. En tal sentido, toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

## 5. CONCLUSIÓN

El STJ de Río Negro desde largo tiempo atrás y, en especial, durante la última década, ha considerado operativos –de operatividad derivada– los DESC. Cuenta con gran cantidad de antecedentes en los cuales ha realizado el control de razonabilidad de las políticas públicas y ha ponderado especialmente la situación de niños y personas con discapacidad en extrema situación de vulnerabilidad.

En materia de vivienda, se puede afirmar que hasta el año 2010 la doctrina del STJ rionegrino, en general, no admitía la doctrina del control jurisdiccional de las políticas habitacionales. Desde entonces, esto es, antes del precedente nacional “Q.C., S.Y.”, el STJ cambió ese criterio y reconoció la operatividad derivada del derecho a la vivienda digna, ordenando la adjudicación de viviendas en aquellos casos en que se verificaran situaciones extremas que pusieran en riesgo la integridad de las personas. La discapacidad fue considerada a partir de aquí como un factor determinante de la vulnerabilidad. Con posterioridad al citado precedente nacional, el criterio de adjudicación de la vivienda cambió por el de “solución habitacional” aclarándose expresamente que no implica la adjudicación de una vivienda en propiedad. Si tomamos como referencia el citado fallo de la CSJN, advertimos que solo es citado en escasas oportunidades por el Tribunal local y con el objetivo de remarcar que el derecho a una vivienda digna no importa el derecho a la propiedad de una casa sino a obtener del Estado una solución habitacional en casos de extrema vulnerabilidad, conforme la modalidad que se considere más adecuada.

En el caso del derecho a la educación advertimos un criterio más restrictivo en cuanto a amparos por vacantes, en los cuales la política del Ministerio

de Educación no ha sido cuestionada ni se ha admitido su revisión judicial. Este criterio no ha sido sostenido en lo que respecta a las políticas educativas relacionadas con la provisión de maestras integradoras y de ayudantes terapéuticos para casos de estudiantes con discapacidad, en los que sí se ha aplicado la doctrina del control de razonabilidad de las políticas públicas y se ha reconocido una amplia protección al derecho a la educación y a la salud.

En materia de salud, por último, es donde encontramos que en general el STJ reconoce una operatividad directa del derecho a la salud que alcanza a las prestaciones de salud provistas por entes públicos y privados. Se observa un especial énfasis en lo que respeta a la protección de la salud sexual y reproductiva, que se expresa en brindar una máxima cobertura sanitaria a los tratamientos de fertilización asistida, en el reconocimiento del acceso al aborto no punible como un derecho relacionado con la salud y la protección de la vida de las mujeres gestantes y en el rechazo a las acciones que han intentado impedir la distribución de la denominada “píldora del día después”. En materia de aborto no punible, la doctrina del fallo “F.A.L.” de la CSJN fue adoptada por el STJ de Río Negro con anterioridad a ese precedente nacional y en lo que hace a la distribución de la píldora del día después, se ha apartado de la doctrina de la CSJN que emerge del fallo “Portal de Belén”. En particular, en los casos referidos a la cobertura de acompañantes terapéuticos y tratamientos excluidos del PMO, el STJ ha entrado a analizar la razonabilidad de las limitaciones que impone la reglamentación a la luz de la normativa internacional y determinado la obligatoriedad de la prestación a cargo de particulares y del Estado sosteniendo –como principio rector en sus fallos– la calidad de vida del paciente.

La conclusión general que se desprende de estas situaciones es que los criterios restrictivos con los que se interpreta el derecho a la educación no se condicen con la mayor amplitud de miras con las que se interpretan el derecho a la vivienda y el derecho a la salud. El análisis del tipo de demandas que generan estos pronunciamientos y la forma en que se judicializan (temas que exceden el marco de este trabajo y advierten la necesidad de ulteriores desarrollos), podría dar elementos para un mejor diagnóstico sobre la protección jurisdiccional de los DESC en nuestra provincia y para establecer los déficits de acceso a la justicia de los grupos más vulnerables de la población que podrían estar operando.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

THEA, F. et al (2017). *Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema: Parte General*. José Clemente Paz: Edunpaz. Recuperado de <https://unpaz.edu.ar/sites/default/files/AnalisisJurisprudencial.pdf>





---

# Salta

**IGNACIO COLOMBO MURÚA**

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de Salta, desde la Reforma de 1986, recepta a los derechos económicos sociales y culturales (DESC) en forma amplia y en diversos artículos. Así, desde el mismo preámbulo se encuentran importantes referencias a estos, marcando como pauta fundante y fundamental que la visión social de los derechos debe operar como una matriz interpretativa de todo el ordenamiento local. Es decir, la norma también exige una visión y aplicación social de los derechos clásico-liberales.

Es de destacar, también, que la Constitución local establece dos capítulos específicos (III y IV) sobre DESC: i) “Deberes y derechos sociales”, y ii) Derechos a “la educación y cultura”.

En este contexto, entonces, la Constitución salteña presenta una normativa de avanzada en la temática que, como veremos, parece reclamar una operatividad inmediata. Claro está que su efectiva vigencia dependerá de cómo ella sea interpretada y aplicada, primero, desde el diseño de las políticas públicas, y segundo, por los tribunales locales.

En ese sentido, tal y como veremos, si bien la norma salteña recepta a los DESC como derechos exigibles, la jurisprudencia local –tradicionalmente y al plegarse a la nacional– ha limitado su operatividad. En los últimos años esta visión se ha ido revirtiendo en virtud de algunos pronunciamientos robustos en la materia, en donde sin dudas han influenciado algunas sentencias de la CSJN, en particular el fallo “Q”.

Un caso aparte es el tratamiento jurisprudencial del derecho a la salud, en el que se ha marcado, sin ningún condicionamiento, su directa operatividad. La Corte salteña ha ingresado en este tema e incluso al debate sobre la relación de los DESC con las cuestiones y limitaciones presupuestarias.

Con ello se verifican dos extremos destacables: por un lado la jurisprudencia local parece jerarquizar unos derechos sociales por sobre otros, por ejemplo, el derecho a la salud por sobre el de la vivienda, entendiendo que este primero es directamente operativo, mientras que el segundo, lo es solo de manera derivada. A su vez, tal y como veremos, la posición más restrictiva cede, claramente, cuando interactúan los DESC con otros derechos relacionados a grupos vulnerables o se insertan en situaciones extremas.

### **1.1. *Pauta interpretativa***

En el preámbulo de la Constitución local se señala que, entre las finalidades de la Convención Constituyente, se encuentran las de

exaltar y garantizar [...], la igualdad, la justicia y los demás derechos humanos; ratificar los inalterables valores de la solidaridad, la paz y la cultura nacional; proteger la familia, la salud [...]; asegurar el acceso a la educación y a la cultura; establecer el derecho y el deber al trabajo, su justa retribución y dignificación [...]; procurar la equitativa distribución de la riqueza [...]; organizar el Estado Provincial [...], en una democracia participativa y pluralista, adecuada las exigencias de la justicia social.

A su vez, con buena técnica constitucional, el artículo 9 establece que:

El Preámbulo resume los fines del Estado Provincial y las aspiraciones comunes de los habitantes. Su texto es fuente de interpretación y orientación para establecer el alcance, significado y finalidad de todas las cláusulas de esta Constitución. No puede ser invocado para ampliar las competencias de los poderes públicos.

Con ello, como dijimos antes, fija que la matriz social debe ser la pauta interpretativa a utilizar por los poderes públicos en su actuación y, principalmente, por los tribunales salteños.

### **1.2. *La operatividad***

La normativa constitucional salteña no se limita a reconocer los DESC, sino que, a la par, ordena su efectividad.

Así, en el artículo 16, encontramos una parte específica sobre la operatividad de los derechos, extensible, claro, a los DESC. Así, en su último párrafo dispone que “tales derechos tienen plena operatividad, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de su reglamentación”.

Pero además de ello, diversos artículos que refieren a DESC, se encuentran redactados de manera tal que la operatividad viene reclamada conjuntamente con su reconocimiento: a) el artículo 13, sobre el principio de igualdad, establece en su último párrafo: “Garantízase la igualdad del hombre y la mujer y el ejercicio pleno de sus derechos económicos, sociales, culturales y políticos”; b) el artículo 14, sobre el principio de solidaridad, señala que “La Provincia [...] exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social” (*in fine*); c) el artículo 24 estipula que “esta Constitución garantiza a todos los habitantes el derecho de enseñar y aprender”; d) el artículo 28, relativo al derecho al trabajo, establece que este es un derecho “asegurado a toda persona”; e) el artículo 33, referido a la infancia, establece que “el Estado asegura la protección de la infancia”; f) el artículo 38, de la seguridad social, estipula que “el Estado fiscaliza el efectivo cumplimiento de las normas relativas a la seguridad social y estimula los sistemas e instituciones creados por la comunidad con el fin de superar sus carencias”; g) el artículo 39, señala que “el seguro social se extiende a toda la población y tiene el carácter de integral e irrenunciable”; h) el artículo 40 (*in fine*) establece una regla clara en pos de garantizar la proporcionalidad del haber jubilatorio provincial, al establecer que el mismo “debe ser móvil y guardar estrecha relación con la remuneración del mismo cargo en actividad”.

## 2. LOS DESC EN LA CONSTITUCIÓN SALTEÑA

Además de las referencias existentes en el preámbulo y en la parte general, encontramos, como adelantáramos, dos capítulos íntegramente destinados a los DESC.

Así, el capítulo III incluye tres títulos: a) de la familia, b) de la seguridad social y c) del trabajo. En su título I, se protege a la familia (art. 32), a la infancia (art. 33), a la juventud (art. 34), a la ancianidad (art. 35), a los discapacitados (art. 36). En el artículo 37 se establece el acceso a la vivienda. El título II desarrolla extensamente el derecho a la seguridad social (arts. 38 a 42). En el

título III se incluyen los derechos individuales y colectivos de los trabajadores (arts. 43 al 46).

Del título I, puede resaltarse la amplitud de los derechos enumerados. Por ejemplo el tratamiento de avanzada que recibe “la ancianidad”. El artículo 35, en esa línea, estipula que “se reconoce a la ancianidad el derecho a una existencia digna, considerándola como una etapa fecunda de la vida, susceptible de una integración activa sin marginación, y es deber del Estado proteger, asistir y asegurar sus derechos”.

La provincia procura a los habitantes de la tercera edad: 1) la asistencia; 2) la vivienda; 3) la alimentación; 4) el vestido; 5) la salud física; 6) la salud moral; 7) el esparcimiento; 8) el trabajo acorde con sus condiciones físicas; 9) la tranquilidad; y 10) el respeto.

También resultan destacables los artículos 36 y 37, puesto que estipulan, ya en 1986, una fuerte protección a los “discapacitados” y aseguran el acceso a la vivienda –principalmente a los sectores de menores ingresos–. El artículo 36, “de los discapacitados”, señala que los poderes públicos brindan a los discapacitados físicos, sensoriales o psíquicos la asistencia apropiada “con especial énfasis en la terapia rehabilitadora y en la educación especializada”; a la vez que se los reconoce como “miembros plenos de la comunidad” (2° párrafo). El artículo 37, “de la vivienda”, establece que los poderes públicos “facilitan el acceso de los sectores de menores ingresos a una vivienda digna y promueven la constitución del asiento del hogar como bien de familia”.

El Título II se desarrolla desde el artículo 38 al 42, “de la seguridad social y la salud”, en donde se establece:

i. Seguridad social, que “cubre las necesidades esenciales de las personas frente a las contingencias limitativas en su vida individual y social” (art. 38), y contempla que “el seguro social se extiende a toda la población y tiene el carácter de integral e irrenunciable”, y que “los interesados participan del gobierno del sistema que establezca la ley” (art. 39).

En cuanto al régimen previsional, se establece que “es único para todas las personas y asegura la equidad y la inexistencia de privilegios que importen desigualdades que no respondan a causas objetivas y razonables”. Se señala también que “el haber previsional debe ser móvil y guardar estrecha relación con la remuneración del mismo cargo en actividad”.

ii. Derecho a la salud: se afirma que la salud es un bien social y que “compe-  
pete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas,  
y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades”  
(art. 41); que “el Estado debe elaborar el Plan de Salud Provincial” indicán-  
dose una serie de pautas para ello: a) prever la participación de los sectores  
socialmente interesados, b) estableciendo las prioridades con un criterio de  
justicia social y utilización racional de los recursos, c) coordinar con Nación y  
las otras provincias el fortalecimiento de políticas, especialmente las tendien-  
tes a la integración regional en los aspectos asistenciales, de investigación y  
en el control de patologías comunes. Por último se asegura “el principio de  
libre elección del profesional” (art. 42).

El título III comprende del artículo 43 al 46, se denomina: “del trabajo” y  
está íntegramente destinado a la protección individual y colectiva del traba-  
jador. Tiene como características destacables la visión del trabajo como un  
bien que debe ser protegido socialmente: “por su alta finalidad social goza  
de la especial protección de las leyes que deberán procurar al trabajador una  
existencia digna y libre” (art. 43).

Por su lado, el Capítulo IV trata sobre los derechos de educación y cultura.  
Desde el artículo 47 hasta el 51 se regula el derecho a la educación y en el  
artículo 52, lo referente a la cultura.

a) Educación: la norma constitucional salteña define a la educación como un  
derecho pero también como un deber de la persona, que debe ser desarro-  
llado por la familia y por toda la sociedad, y “a la que asiste el Estado como  
función social prioritaria, primordial e insoslayable” (art. 47).

En el plano conceptual se estipula que la educación debe estar orientada  
por valores democráticos y por la justicia social, siendo esta última una meta a  
alcanzar –nuevamente aparece la cuestión social como pauta interpretativa–.  
Así, se señala que el fin de la educación es el desarrollo integral de la persona,  
para “la formación de un hombre capacitado para convivir en una sociedad  
democrática participativa basada en la libertad y en la justicia social”.

El artículo 49 establece “las bases” con las que debe construirse el sistema  
educativo, en donde destacan, por ejemplo, los siguientes puntos: “La edu-  
cación pública es gratuita, común, asistencial y obligatoria en el nivel que fije  
la ley”; “Promueve el desarrollo de la capacidad crítica del educando. Difunde

y fortalece los principios reconocidos en esta Constitución [...] “Establece el conocimiento de la realidad provincial, nacional, latinoamericana y universal”.

Este mismo artículo, en su punto 9, establece la disposición, que fuera objeto de impugnación constitucional en el caso de la educación religiosa en Salta (causa “Castillo”<sup>1</sup>), al establecer que: “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo a sus propias convicciones”.

b) Cultura: el artículo 52 también resulta innovador, al estipular que el Estado debe asegurar a todos los habitantes “el derecho a acceder a la cultura” y eliminar “toda forma de discriminación ideológica en la creación cultural”. A su vez, establece la obligación estatal de promover todas las manifestaciones culturales, incluyendo a aquellas “que afirmen el sentido nacional y latinoamericano”.

### **3. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA DE SALTA**

Como sabemos, en el tema de los DESC es fundamental revisar cómo los aplica el Poder Judicial, puesto que la problemática de su operatividad se define en esa instancia. Es decir, más allá de la completa recepción que puedan tener los DESC en un determinado ordenamiento jurídico, como ocurre en el salteño, su real vigencia dependerá de cómo son entendidos y aplicados por los jueces. Por ejemplo, si se asume la visión clásica que estipula que los DESC no son directamente operativos, sino que dependen de la reglamentación que se establezca y del presupuesto que el Estado les destine, su existencia quedará subordinada inevitablemente a la discrecionalidad política.

Es por ello que resulta indispensable, luego de repasar la normativa constitucional, indagar sobre el modo en que se aplican y entienden en la jurisprudencia salteña. Para emprender esta tarea separaré la cuestión en temas y abordaré los fallos más relevantes de la Corte de Justicia de Salta (CJS).<sup>2</sup>

1 CSJ (12/12/2017). “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”. 1870/2014/CSJ.

2 Sentencias que, por otra parte, son de seguimiento obligatorio por los jueces de las demás instancias, según lo estipula el art. 40 de la Ley Orgánica de la Justicia de Salta.

### 3.1. Derecho a la vivienda

#### 3.1.1. El derecho a la vivienda como derecho exigible

En el caso “Núñez Miriam Alejandra vs. Gobierno de la Provincia de Salta” –2015– (CJS, Tomo 198: 981/994) la Corte de Salta reconoció, en consonancia con la posición de la CSJN en el fallo: “Quisbert Castro”,<sup>3</sup> la llamada operatividad “indirecta” o “derivada” de los DESC. En ese sentido, señaló que lo que debe exigirse al Estado no es la concesión directa de una vivienda digna para cada uno de los ciudadanos accionantes, sino el desarrollo de planes progresivos para que la mayor parte de la población, principalmente la de menores ingresos, pueda acceder a viviendas en condiciones de igualdad.

A su vez, afirmó que ese principio tiene una importante excepción en donde la exigibilidad aparece directa, y que se da en aquellos casos de extrema vulnerabilidad en donde aparece lesionado el derecho a la subsistencia misma de la persona. Allí el Estado tiene, al decir de la Corte, un deber inexcusable por la violación del umbral mínimo de los derechos sociales. Así, en “Quisbert”, recuerda el tribunal local, la CSJN señaló que en los casos de extrema vulnerabilidad –aquellos en los que está en peligro la existencia misma de las personas–, se debía asegurar, incluso judicialmente, el contenido “mínimo” del derecho (cons. 12°). No obstante ello, el tribunal salteño, marcó específicamente la diferencia del caso examinado con el resuelto por la CSJN, puesto que, a su entender, aquí no se había probado la situación de máxima vulnerabilidad alegada por la actora, rechazando, por consiguiente, la demanda. No obstante ello, puede decirse que la Corte local ha entendido que, a *contrario sensu*, en casos de extrema vulnerabilidad sí deberán reconocerse con carácter operativo los DESC.

#### 3.1.2. Acceso a la vivienda y cuestión de género

Un fallo muy interesante fue el dictado por la Corte de Salta en “Santillán, Ivana Valeria vs. Instituto Provincial de la Vivienda”, (CJS, 2015, Tomo 198:281/294), puesto que allí, utilizando la perspectiva de género, se ordenó al Instituto Provincial de la Vivienda (IPV) mantener la adjudicación de una

<sup>3</sup> CSJN (24/04/2012). “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”. Fallos 335:452.

vivienda –originariamente destinada a un matrimonio–, solo con relación a la mujer. La accionante había sido víctima de hechos de violencia de género y estaba tramitando un divorcio por injurias graves. El IPV había argumentado que no se había dado cumplimiento con la obligación de informar cualquier cambio en el estatus familiar y que el marido era titular del 50% de la adjudicación. Efectuando un análisis muy interesante, el tribunal salteño concluyó que la intimación efectuada por el IPV a la amparista, con amenaza de desadjudicación, es configurativa de violencia institucional contra la mujer “en los términos del artículo 6, inciso b de la Ley N° 26485 (reglamentada mediante el Decreto N° 1011/2010)” (cons. 8°), puesto que es una acción ejercida por funcionarios pertenecientes a organismos públicos que tienen como fin “retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley”.<sup>4</sup> Además, el fallo cita normas internacionales que establecen el derecho de las mujeres a vivir sin violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. Por último, valora que la Sra. Santillán tenía la tenencia de sus hijos y que por el interés superior del niño también debe mantenerse la vivienda, pues de otro modo se pondría al niño en la obligación de trasladarse o, incluso, en la situación de peligro de perder un lugar digno de habitación.

Aquí puede destacarse la interpretación armónica del derecho a la vivienda con la cuestión de género y el interés superior del niño, lo que genera un test mucho más robusto que limita, en virtud de los derechos sociales en juego, la discrecionalidad del Estado.

4 Continúa el considerando 8 señalando que “Dicho plexo normativo apunta a erradicar cualquier tipo de discriminación entre varones y mujeres y a garantizar a estas últimas el derecho a vivir una vida sin violencia, declara que sus disposiciones son de orden público (artículo 1°) y define los diversos tipos de violencia a la que puede ser sometida una mujer así como también las distintas modalidades en que suele ser ejercida (artículos 5° y 6°); pone en cabeza de los poderes del Estado la obligación de adoptar políticas y generar los medios necesarios para lograr los fines perseguidos por la norma (artículo 7°); y finalmente establece un principio de amplitud probatoria ‘para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos’, tanto para tener por acreditados los hechos cuanto para resolver en un fallo al respecto (artículos 6° y 31)”.



### 3.1.3. Desadjudicación

Si bien el principio general que se advierte en la jurisprudencia salteña es que las viviendas sociales deben ser habitadas para que se mantenga sobre ellas el derecho a la adjudicación, existen algunas excepciones que, en los últimos años, ha receptado la jurisprudencia salteña sobre la base de principios constitucionales y convencionales.

i) La posición general puede verse en diversas causas, tales como “Caro, Josefa del Carmen Vs. Instituto Provincial de la Vivienda” (CJS, 2016, Tomo 205:533/542), en donde la Corte confirmó la resolución del IPV mediante la cual desadjudicaba una vivienda a la amparista debido a que no había cumplido con la carga legal y contractual de habitar la vivienda. La misma solución se advierte, entre otras y citando las más recientes, en “Ovando, Rosalía vs. Instituto Provincial de la Vivienda” (CJ Salta, 2016, Tomo 206:951/962).

ii) Las excepciones por mediar derechos constitucionales y convencionales se verifican, por ejemplo, en la causa “Bueno, Lucía Elizabeth y otros Vs. Instituto Provincial de la Vivienda” (CJS, 2017, Tomo 210:753/768), en la cual la Corte de Salta hizo lugar a la nulidad de la resolución del IPV que desadjudica una vivienda debido al incumplimiento de los pagos de las cuotas sociales. Para tomar esa decisión, el tribunal salteño entendió que en el proceso administrativo respectivo se habían violado las reglas del debido proceso, específicamente la garantía del derecho de defensa, puesto que la desadjudicada no había sido debidamente notificada.<sup>5</sup> Misma solución se tomó en la causa “Vásquez, Miriam Rosana vs. Instituto Provincial de Vivienda Salta (I.P.V.)” (CJS, 2017, Tomo 212:09/16), en donde se confirmó la resolución de la instancia anterior en la que se establecía la nulidad de la desadjudicación de una vivienda porque el Instituto había incumplido con las reglas del debido

5 “En definitiva, el procedimiento de notificación llevado adelante por el I.P.V. configuró una actuación irregular, incompatible con la necesaria protección del derecho a la vivienda garantizado por las constituciones de la Nación (art. 14 bis.) y de la Provincia (art. 37), así como por los tratados internacionales que vinculan a nuestro país, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27.3), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1) (cfr. esta Corte, Tomo 189:729)”.

proceso: notificación, posibilidad de descargo e intimación previa. Se sostuvo allí que las inspecciones de “habitabilidad” realizadas por el Instituto no pueden constituirse como el único elemento para la desadjudicación unilateral de la vivienda.

Un caso interesante, en esa línea, es la causa “D.G.A. vs. Instituto Provincial de Vivienda” (CJS, 2015, Tomo 2011:267/274), originada por una desadjudicación fundamentada en la no habitación del inmueble, “constatada” a través de dos inspecciones llevadas a cabo por inspectores del IPV. La Corte confirmó allí el fallo de primera instancia que nulifica la adjudicación, argumentando que el IPV no tuvo en cuenta la discapacidad certificada con relación al hijo de la denunciante (Considerando 10), lo que exige, por imperativo de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, una protección especial y robusta con relación a sus DESC, “que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida y de acceso a programas de vivienda pública (art. 28)”.

### **3.2. Derecho a la educación**

#### **3.2.1. Derecho a la educación de internos penados**

En el año 2014, en la causa “Presentación interpuesta por el interno Alcalá, Claudio Marcelo –“Habeas Corpus” –Recuso de apelación– (CJS. Tomo 187: 85/96), la Corte rechazó el pedido de un interno, condenado a la pena de prisión perpetua, que solicitaba su incorporación en el programa de becas existente con la Universidad Católica de Salta, para poder estudiar Derecho. Para ello solicitaba, además y por ser condición para el acceso a la beca, que se lo incluyera en la “fase de confianza” (conforme al régimen progresivo de cumplimiento de la pena, Decreto N° 369/99, art. 23, inc. f).

En prieta síntesis, la Corte salteña señaló que no existe un derecho automático a obtener las becas disponibles para dicho programa. Que, sobre la base del principio de igualdad, previamente el interno debe cumplir con todos los requisitos establecidos para ello. A su vez, afirma que no se le ha negado al penado el derecho a la educación, puesto que ha finalizado el secundario y ha cursado dos años de la Carrera en Analista en Sistemas en la Universidad Nacional de Salta. Por último, concluye, la vía intentada –el amparo– tampoco

es la idónea, puesto que cuenta con el procedimiento previsto para la etapa de ejecución de pena, con mayor amplitud para el conocimiento por parte de la judicatura de la situación planteada.

### 3.2.2. “Derecho de admisión” de establecimientos educativos

Este es un tema que se ha tratado reiteradamente por vía de amparo en los tribunales salteños. En la causa “Borla, Silvina y otros Vs. Colegio Parroquial San Alfonso –Amparo Recurso de Apelación– (CJS, 2016, Tomo 294: 614/628), la Corte local admitió la legitimidad del “derecho de admisión” en cabeza de los establecimientos educativos cuando se asienta en motivos objetivos y no discrecionales. En el caso examinado, la amparista interpuso una acción de amparo buscando que se ordene la reinscripción en el establecimiento educativo de un niño que cursaba el nivel secundario. El colegio alegó que dicho niño tuvo diversos problemas de conducta y aprendizaje y que por ello se le negó la inscripción. La recurrente, por el contrario, que la decisión del colegio se basó en motivos discriminatorios, por ser el niño hijo de padres separados. La Corte salteña rechazó el amparo señalando que no existen elementos en la causa que permitan inferir una decisión arbitraria del establecimiento, dado que otro de los hijos de la amparista cursaba sus estudios en la institución demandada. A su vez, la Corte reconoce la legitimidad del “derecho de admisión” cuando se funda en motivos objetivos y debidamente fundados como, entiende, ha ocurrido en el caso analizado (problemas recurrentes de conducta, llamados de atención, etc.).

Misma solución se advertía en la causa del año 2010, “Gigena, Mariel Sonia Vs. Colegio e Instituto San Antonio de Padua” (CJS, Tomo 151:1057/1076), en donde el tribunal señala que la falta de pago de aranceles y los problemas de conducta verificados son motivos suficientes para aplicar el “derecho de admisión”, puesto que con ello se violaban reglas de convivencia estipuladas en el Reglamento Interno de la Institución, aceptado por la amparista al haber firmado el “acuerdo de adhesión”.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Resulta interesante, en este pronunciamiento, la disidencia de los jueces CATALANO y AYALA, que consideran carente de fundamentos al supuesto “derecho de admisión” aplicado, y ordenan la inscripción de los menores.

### 3.2.3. La educación religiosa en establecimientos públicos

Un pronunciamiento sin dudas relevante sobre derecho a educación es la sentencia de la Corte salteña en el caso “Castillo y otros; Asociación por los Derechos Civiles (ADC) Vs. Provincia de Salta; Ministerio de Educación de la Provincia de Salta –Amparo– Recurso de Apelación” (CJS, 2012, Tomo 177: 851/894); que ha cobrado relevancia nacional por el fallo de la CSJN en el cual se declaró la inconstitucionalidad del inciso ñ del artículo 27 de la Ley Provincial de Educación N° 7546. Lo interesante de este caso, con relación a los DESC, radica en que aquí se discute el derecho a la educación vinculado a otros derechos, como el de libertad de conciencia y no discriminación.

El planteo había sido promovido por vía de amparo colectivo, por un grupo de padres y la ADC, requiriendo que se prohiba la práctica de ritos religiosos (específicamente los católicos: rezos, ceremonias, clases de catequesis obligatorias), a la vez que se declare la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Constitución Provincial, en cuanto establece que los padres tienen el derecho a que sus hijos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo a sus propias convicciones; y del artículo 27, inciso ñ de la Ley N° 7546, porque estipula que “la enseñanza religiosa [...] se imparte dentro del horario de clases, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”. Los accionantes solicitaron, en conclusión, que se impida la enseñanza religiosa dentro del horario escolar. La Corte salteña entendió que dicha normativa no es contradictoria con la libertad de conciencia ni genera discriminación. Afirmó que la Constitución argentina no ha sido indiferente al fenómeno religioso (invocación a Dios en el Preámbulo y el sostenimiento de la religión católica en el art. 2 de la CN), aunque manteniendo la libertad de cultos y la religiosa (art. 14 CN). Leemos, por ejemplo, que:

en el caso, la libertad religiosa, aplicada al ámbito de la enseñanza escolar, no debe ni puede ser entendida en el sentido de la exclusión de todo lo religioso. La libertad se centra en la aptitud de elegir sin presiones físicas, morales o psíquicas el camino que lleve a la plenitud del ser y no en la imposición a todos los alumnos de una visión atea o agnóstica del mundo.

La Corte salteña concluyó que la normativa no prevé privilegios para una religión en detrimento de otra, y que por ello no resulta discriminatoria. Además, reacceptó la tradicional visión del control de constitucionalidad como última *ratio* por la deferencia que se le debe al legislador democrático.<sup>7</sup> Por último, afirmó que la reglamentación que determina que se le debe preguntar a los padres si desean que sus hijos reciban o no educación religiosa es razonable y que por ello no afecta el derecho a la igualdad ni implica discriminación.<sup>8</sup>

### 3.2.4. Límite de edad para ingresar a la enseñanza primaria en instituciones públicas

En la causa “Romero, Mirta Nelly Vs. Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Salta”, (CJS, 2006, Tomo 208:1/26), la Corte local consideró inconstitucional el artículo 60 de la Ley N° 3338, que estipulaba un límite de 40 años de edad para acceder a la enseñanza primaria, por considerarlo un requisito discriminatorio e irrazonable. Remarcó que la única condición para acceder a los cargos públicos es la idoneidad (art. 16, CN y 29 de la CP), y que “frente a esa única exigencia, las normas que instituyen requisitos distintos al de la idoneidad para el acceso al empleo público deben ser sometidas a un estricto control de razonabilidad, pues tales disposiciones ponen en juego la inteligencia del derecho de igualdad”. En consecuencia, se ordenó que “se remueva todo obstáculo basado en la edad de la amparista para participar de los procesos de selección e ingreso a la docencia primaria en el sector público”. Es decir que, ante posibles normas discriminatorias –o

7 Esta visión fue revertida en el Fallo revocatorio de la CSJN, pues allí se utilizó la noción de “categoría sospechosa” para analizar la validez de la norma. Se consideró que al estar en juego situaciones de posible discriminación, el test de constitucionalidad debe ser estrictísimo (Voto de mayoría, LORENZETTI, HIGHTON, MAQUEDA).

8 Señala la Corte salteña que: “Si todos tienen el derecho a la libertad de culto (incluido el no tenerlo) y el legislador ha decidido brindar en las escuelas públicas enseñanza de la religión respetando el derecho de los padres o tutores a exigir que se dé a sus hijos o pupilos la que esté de acuerdo a sus convicciones o a no recibirla, aparece como razonable y no discriminatorio el sistema de solicitar –en forma previa– una manifestación expresa de aquéllos. En cambio, la petición de las amparistas en el sentido de que, en orden a resguardar su derecho a la intimidad, se prive a todos los alumnos de recibir educación religiosa, sí resulta un planteo irrazonable que no guarda proporción con el fin perseguido”.

que generen consecuencias discriminatorias–, se sigue el principio de control robusto de constitucionalidad.

### **3.3. Condiciones de las instituciones carcelarias**

Resulta relevante, sin dudas, el caso “Fiscal Penal de Menores N° 2, Dra. Carolina Hernández, Habeas corpus-Recurso de Apelación” (CJS, 2015, Tomo 198:1039/1092); puesto que allí la Corte salteña efectuó importantes afirmaciones en torno a la operatividad de los derechos, más allá de las limitaciones presupuestarias que pudieran existir.

Tomando el precedente “Verbitsky”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el tribunal salteño hizo lugar a un habeas corpus colectivo presentado en contra del gobierno provincial por las condiciones de detención de los menores en conflicto con la ley penal. Se resolvió allí condenar al Ejecutivo provincial a que en el plazo máximo de un año reacondicione los edificios de los establecimientos de “Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal”, “otorgando prioridad a las instalaciones sanitarias”. Pero la sentencia no se quedó allí, sino que, además, condenó al Ejecutivo provincial a que

arbitre los medios necesarios para el efectivo cumplimiento de la normativa constitucional aplicable y del Reglamento Interno de los Centros de Atención de los Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal e inste la adecuación de la normativa provincial en materia de régimen penal juvenil.

En esta sentencia la Corte salteña realizó importantes afirmaciones en torno a la efectividad de los derechos. En el voto de los jueces CORNEJO, POSADAS y CATALANO se lee que

no puede ser atribuible a la persona privada de la libertad que el Estado no cuente con los medios necesarios y adecuados para su cumplimiento; los derechos que le asisten, con jerarquía constitucional, deben prevalecer por encima de la intención estatal de realizar el derecho penal, por lo cual “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen

a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional (con cita al fallo de la CSJN, *Fallos* 318:2002).

En un mismo sentido, y nuevamente con cita a VERBITSKY, se afirmó que cuando se encuentran en juego derechos y garantías constitucionales de tal envergadura, no se produce una intervención indebida del Poder Judicial en el ámbito de las políticas públicas, sino que lo que se realiza es un control de que dichas políticas se enmarquen en los mandatos constitucionales.

En esa línea postuló que

las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que exceden ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial.

En este caso, haciendo un extenso recorrido por el bloque de convencionalidad, refiriendo a los diversos instrumentos y pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos, la Corte entendió que la política penitenciaria con relación a los “jóvenes en conflicto con la ley penal” no se adecuaba a los estándares mínimos exigibles.

### **3.4. Derechos culturales**

En el año 2015, en la causa “Pisco, Sandra –Inscripción Perito Traductor en Lengua Chorote–” (CJS, Tomo 197:99/104), el tribunal cimero salteño resolvió inscribir a una intérprete de la lengua chorote en la lista de Peritos Traductores e Intérpretes de la Corte. Argumentó para ello que no puede soslayarse que la lengua constituye uno de los elementos por medio de los cuales se configura la identidad cultural de las comunidades. Refirió, para ello, a los derechos de los pueblos originarios a utilizar ampliamente su propio idioma; al reconocimiento normativo del artículo 75, inciso 17 de nuestra Constitución Nacional, que consagra “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios, instando al Congreso a dictar normas que tiendan a garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”; y a los instrumentos internacionales que configuran nuestro bloque de constitucionalidad.

### 3.5. *Derecho a la salud*

En el tratamiento del derecho a la salud es en donde aparece la posición más protectora de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta. Los pronunciamientos al respecto son numerosos y en la gran generalidad de los casos ordenan la cobertura integral e inmediata del derecho a la salud. La jurisprudencia en esta materia remarca reiteradamente que, por imperio del bloque de constitucionalidad, toda persona tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud física o mental. En esta línea, la Corte salteña ha reconocido en este derecho una operatividad incondicionada, sosteniendo que “su solo reconocimiento en el documento constitucional lo torna operativo resultando, de suyo, exigible su cumplimiento aun en ausencia de norma general infraconstitucional que desarrolle y concrete el contenido del derecho constitucional. A diferencia de los derechos civiles –que imponen un “no hacer”, “no interferir”– los derechos sociales prestacionales exigen un dar o hacer. Tienen en mira propender hacia alguna forma de equilibrio o igualdad, procurando corregir las desigualdades de hecho a través de un régimen diferenciado”.<sup>9</sup>

En diversos fallos ha señalado el tribunal salteño que el derecho a la salud, a partir de la reforma de 1994, ha adquirido incontrastable jerarquía constitucional, especialmente con la incorporación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A partir de allí “los Estados Partes se han comprometido a propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas para hacer efectivos tales derechos”, a la que vez que el Estado ha asumido “tales obligaciones con características proyectivas, comprometiendo la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles. Esto significa un esfuerzo constante que asume el Estado y que no se agota en un acto concreto, sino que debe ser una política continua y comprometida”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> CSJ, “Barrionuevo, Omar por su hija Virginia Elizabeth Barrionuevo Vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (IPSS)” (CJS, 2007, Tomo 118: 969/97). También en CSJ, “Espeche, Elisa del Carmen en Rep. de su hijo Vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.)” (CJS, 2007, Tomo 119:957/968); “Rodríguez, Claudia y en representación de su hija Vs. Instituto Provincial de Salud (I.P.S.)” (CJS, Tomo 200: 915/926 –año 2015–); CSJ, “Musaimé, Erica Marine en representación de su hijo Vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (CJS, Tomo 99:185/194-2005), entre muchos otros.

<sup>10</sup> CSJ, “Barrionuevo, Omar por su hija Virginia Elizabeth Barrionuevo Vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (IPSS)” (CJ Salta Tomo 118: 969/97).



Se ha señalado, también, que el derecho a la salud es directamente operativo, incluso en los supuestos en los que exista ausencia de reglamentación. La “falta de regulación legislativa no obsta a su efectivo ejercicio tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación aun antes de la Reforma Constitucional de 1994”.<sup>11</sup>

A su vez, la jurisprudencia salteña ha determinado que cuando este derecho se encuentra en discusión, quien debe probar de manera incontrastable que obra legítimamente es quien lo limita “cabe recordar que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino, por el contrario, es la restricción que se haga de los mismos la que debe ser justificada”.<sup>12</sup>

Resulta interesante destacar que la Corte salteña, en cuestiones de derecho a la salud, ha ingresado a analizar y refutar el argumento que se apoya en las restricciones presupuestarias para negarle a los DESC operatividad directa. En esa línea señaló que no alcanza con alegar límites financieros o violaciones al principio de solidaridad para incumplir con una obligación constitucional:

en efecto, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender esas demandas, pues el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario y tal como se señaló, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada [...] de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción.<sup>13</sup>

**11** CSJ, “Muñoz, Rodrigo Vicente; Domecq, María de las Mercedes Vs. Obra Social de la Universidad Nacional de Salta” (CJS, 2014, Tomo 192:331/342).

**12** Entre muchos otros: CSJ, “Espeche, Elisa del Carmen en Rep. de su hijo Vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.)” (CJS, 2007, Tomo 119:957/968), CSJ, “Palomino Ruiz, Silvia Gracielea en Repres. de su hijo menor Vs. Instituto Provincial de Salud de Salta” (CJS, 2004, Tomo 91: 603/612).

**13** CSJ, “Yapura Verónica del Huerto, Vs. Instituto Provincial de Salud de Salta” (CJS, 2016, Tomo: 204:249/262).

La Corte entendió que el aludido mantenimiento del equilibrio de la ecuación económica (en este caso de una Obra Social), resulta ser un criterio subalterno a los derechos a la vida y a la salud ventilados en la causa.

La protección se hace aún más robusta cuando el derecho a la salud se refiere a grupos vulnerables. En estos casos la Corte salteña ha establecido que debe removerse cualquier obstáculo –incluso de normativa infraconstitucional– para hacer inmediatamente operativo el derecho lesionado. Esto ha derivado de un análisis de la Constitución provincial, nacional y del bloque de constitucionalidad. Ha afirmado que “el derecho a la salud integra el catálogo de derechos humanos [...] que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el artículo 75, ap. 22 de la CN”.<sup>14</sup>

En ese sentido, por ejemplo y entre otros numerosos casos, con relación a la salud de los niños, se ha ordenado<sup>15</sup> a la Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal (OSPERYH) la cobertura de la totalidad de los gastos –de tratamiento y traslado a Bs. As.– de un niño, pero condenando también solidariamente al Ministerio de Salud de la provincia de Salta, indicando que dada la urgencia de la cuestión planteada y la posible lesión al derecho de salud, ante el posible incumplimiento de la obra social, el Estado provincial deberá cubrir los gastos de traslado del amparado. Fundamentó la extensión de la condena en la obligación constitucional de realizar acciones positivas frente a grupos vulnerables y en atención al interés superior del niño.

Una solución similar se observa en las causas en las que se combina el derecho a la salud con la protección con personas con discapacidad. Así, por ejemplo, se condenó a distintas obras sociales a la cobertura total de la medicación y tratamientos requeridos respecto de niños con discapacidad,

<sup>14</sup> CSJ, “Rodríguez, Claudia y en representación de su hija Vs. Instituto Provincial de Salud (I.P.S.)” (CJS, 2015, Tomo 200: 915/926).

<sup>15</sup> CSJ, “Taritolay, Mirta Jesús p/su hija menor Sánchez, Clelia Milena Vs. Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Salta, OSPERYH –Amparo–” (CJS, 2004, Tomo 89:667/676). Se agrega allí, siguiendo precedentes de la CSJN que “el estándar de interpretación fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación impone que si se halla en juego la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento tanto en el texto constitucional como en los tratados internacionales incorporados con esa jerarquía en el art. 75 inc. 22, y ante la interposición del mecanismo también consagrado constitucionalmente en el art. 43, con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación (*Fallos*, 324:3074)”.

incluyéndolos incluso en instituciones de rehabilitación que no guardaban relación contractual con la demandada, otorgándoles medicamentos no previstos en los nomencladores y ordenando siempre la cobertura del 100% de las prestaciones médicas necesarias.<sup>16</sup>

Asimismo, en lo últimos años, se ha visto una Corte local atenta, en este tema, a los pronunciamientos de los organismos interamericanos. Así, siguiendo el precedente de la Corte Interamericana de Derecho Humanos “Artavia Murillo Vs. Costa Rica”,<sup>17</sup> la Corte salteña ordenó a una obra social la cobertura total de un tratamiento de fecundación *in vitro*, señalando que la salud reproductiva integra el núcleo del derecho a la salud y, como tal, resulta también directamente operativa.<sup>18</sup>

### 3.6. Discriminación por razones de género en el derecho a trabajar

No puede dejar de mencionarse el caso “Sisnero”,<sup>19</sup> ampliamente tratado por la doctrina, en el que la Corte salteña, luego de que la CSJN revocara un anterior pronunciamiento,<sup>20</sup> dispuso como medida de acción positiva que las

<sup>16</sup> CSJ, “Bellomo, Pablo; Mendilaharzu de Bellomo, María Luisa P/SI y en Repres. De la menor Bellomo Mendilaharzu, Candela Vs. Obra Social del Consejo Profesional de Agrimensores, Ing. y Prof. Afines” (CJS, 2005, Tomo 96:759/768). Lo mismo en: CSJ, “Espeche, Elisa del Carmen en Rep. de su hijo Vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.)” (CJS, 2007, Tomo 119:957/968). Más recientemente en la causa “Rodríguez, Claudia y en representación de su hija Vs. Instituto Provincial de Salud (I.P.S.)” (CJS, 2015, Tomo 200: 915/926). “Palomino Ruiz, Silvia Graciela en Repres. de su hijo menor Vs. Instituto Provincial de Salud de Salta” (CJS, 2004, Tomo 91: 603/612).

<sup>17</sup> CIDH (28/11/12). “Artavia Murillo y otros (fecundación ‘in vitro’) vs. Costa Rica”.

<sup>18</sup> CSJ (28/11/12). “Muñoz, Rodrigo Vicente; Domecq, María de las Mercedes Vs. Obra Social de la Universidad Nacional de Salta” (CJS, 2014, Tomo 192:331/342año). La Corte salteña funda su sentencia “sobre la base de la protección del derecho a la salud, del derecho a la salud reproductiva y del derecho a la protección integral de la familia, que han sido no sólo reconocidos en su operatividad por vasta jurisprudencia local, sino también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Artavia Murillo y otros (fecundación ‘in vitro’) vs. Costa Rica’ y por el Comité de Derechos Humanos (vg. Observación General N° 19, artículo 23, La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171, –1990–, párr. 5”.

<sup>19</sup> CSJ, “Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva, Lía Verónica Vs. AHYNARCA S.A. –Tadelva y otros–” (CJS, 2015, Tomo 197: 1029/1098).

<sup>20</sup> CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros cl Tadelva SRL y otros s/ amparo”. Fallos: 337:611.

empresas de transporte demandadas debían cesar con una conducta discriminatoria en contra de la mujer y contratar personal femenino hasta alcanzar el 30% de su plantel de empleados.

#### 4. CONCLUSIONES

Sin dudas, en la recepción de los DESC, la Constitución salteña se presenta como una normativa de avanzada, estableciendo que la visión social de los derechos debe operar como pauta interpretativa general en la concreción de las políticas públicas y, también, en la solución de los casos jurisprudenciales. A su vez establece fuertes prescripciones en torno a su operatividad, intensificando la protección de los DESC en comparación con la Constitución Nacional. En ese marco, y por la aplicación de los principios de progresividad y pro homine, la jurisprudencia local debiera resultar más amplia con relación a la operatividad directa de estos derechos, no obstante ello, se advierte un seguimiento, a veces estricto, de la jurisprudencia de la CSJN, lo que ha generado un avance más lento, aunque progresivo, en la materia.

Esta conclusión general presenta dos excepciones: i) en el tratamiento del derecho a la salud y ii) cuando se combina un derecho social con situaciones de vulnerabilidad. Así, hemos visto que la Corte local ha entendido que el derecho a la salud es directamente operativo y que no puede estar limitado por obstáculos de ninguna índole, ni reglamentarios, ni legales, ni presupuestarios. Asimismo, cuando existen situaciones de vulnerabilidad, los DESC adquieren, siguiendo el caso “Q” de la CSJN, al menos operatividad indirecta o derivada –caso de acceso a la vivienda–, que pudiera transformarse en directa en los supuestos de extrema vulnerabilidad (definidos como aquellos en los que está en juego la subsistencia misma de la persona).

La perspectiva de género ha estado presente en la jurisprudencia local y también ha robustecido la protección de los DESC. Así, por ejemplo, cuando se ha mantenido una adjudicación de una vivienda social con relación a una mujer –víctima de violencia de género– siendo que originariamente estaba destinada a un matrimonio; o al ordenarse a las empresas de transporte público la contratación de, al menos, un 30% de mujeres.

Por último, en los pronunciamientos más recientes, el tribunal salteño ha comenzado a realizar un activo control de convencionalidad –refiriendo a numerosos instrumentos internacionales–, y ha incorporado algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo al ordenar (siguiendo “Artavia Murillo”) la cobertura integral de una tratamiento de fecundación *in vitro*.



---

# San Luis

**LUZ MARÍA VIÑALS SORIA**

## 1. LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

La Constitución de la provincia de San Luis de 1987 es una expresión del proceso de reformas de las constituciones locales que comenzó a desarrollarse en la Argentina luego del advenimiento de la democracia, junto con otras provincias como Jujuy (1986), San Juan (1986), Córdoba (1987), Catamarca (1988) y Río Negro (1988). Textos constitucionales locales a los que se les atribuye el carácter de fuentes endógenas de la reforma constitucional nacional de 1994 (BIDART CAMPOS, 1998).

La reforma de la Constitución sanluisense fue aprobada el 26 de marzo de 1987. El texto, organizado en 286 artículos y 16 disposiciones transitorias, al que se adicionaron posteriores enmiendas en 2006 y 2011,<sup>1</sup> resulta la Constitución vigente en la provincia de San Luis en la actualidad.

Innovadora,<sup>2</sup> moderna, completa,<sup>3</sup> la nueva Carta Magna explicitó derechos incorporando lineamientos imprescindibles, en tanto norma fundamental del derecho público local, para el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales (DESC) en la provincia. En materia de derechos,

1 Modificación del art. 147 e incorporación del art. 11 bis, mediante Leyes N° XIII-0545-2006 y N° XIII-0755-2011, respectivamente. Por la primera, se eliminó la reelección indefinida del gobernador (artículo 147) y por la segunda, se incorporaron nuevos derechos, tema que será retomado más adelante.

2 Por ejemplo, la creación de instituciones novedosas para el derecho público provincial como el Defensor del Pueblo.

3 No exenta de críticas en lo puntualmente referido a la consagración de la reelección indefinida del gobernador, luego limitada por la enmienda del art. 147.

además de los individuales, sumó los sociales y los colectivos, a la par que reforzó el sistema de garantías positivizándolas.<sup>4</sup>

## 2. APUNTES SOBRE ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES EN SAN LUIS

En 1855 se redactó la primera constitución provincial<sup>5</sup> en el marco del proceso nacional iniciado con la sanción de la Constitución de 1853. La Constitución de San Luis se sometió al primigenio control político de constitucionalidad por el Congreso confederal previsto en la redacción original del artículo 5. La Constitución de 1855 tuvo reformas sucesivas en los años 1905, 1927, 1942 y 1962; reformas que no modificaron en lo sustancial el sistema de derechos originario,<sup>6</sup> rigiendo hasta 1987 el texto constitucional de 1855, ordenado según reformas citadas.

- 4 En el texto de la primigenia Constitución histórica sanluiseña de 1855, por ejemplo, no estaban previstas garantías constitucionales, que se fueron incorporando por ley desde 1958 (Ley N° 2596). Con la Reforma de 1987 se explicitaron, con rango constitucional local, la acción de amparo (art. 45), la acción de amparo por mora (art. 46), el *habeas corpus* (art. 42) y el reconocimiento del derecho de acceso a los datos personales (art. 21 *in fine*).
- 5 Reynaldo PASTOR, historiador puntano, denomina a este período como de la Constitución orgánica, en el que la Carta Magna sanluiseña se caracterizó por un marcado perfil republicano, delineado a partir de concepciones contagiadas por *ilustradas deliberaciones del Congreso de Santa Fe y de los inmediatos antecedentes del proyecto de Alberdi y de la novísima Constitución de Mendoza*. Sus principales características: “gobierno de tendencia definitivamente republicana y representativa; división de poderes en tres ramas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial; afirmación de los derechos, libertades y garantías proclamadas en la carta magna nacional; designación del gobernador, los legisladores y autoridades comunales mediante elecciones populares de primer o de segundo grado; prohibición de reelección del gobernador; creación del poder municipal autónomo y prohibición de introducir reformas en la constitución antes de cumplirse los diez años desde su sanción o desde su última reforma” (PASTOR, 1970: 194-196).
- 6 Estas se centraron en instituciones de gobierno, en el sistema electoral y, especialmente, en la conformación y organización del Poder Judicial. Existieron otras modificaciones introducidas en la reforma de 1949 y otras sucesivas hasta 1955, fecha en que fue depuesto Juan Domingo PERÓN y, como consecuencia de ello, en San Luis se dispuso la vigencia de la constitución histórica con las reformas previas a 1949 (por Decreto N° 733 del 5/06/1956) (PASTOR, 1970: 214).



### 3. EL SISTEMA DE DERECHOS DE LA CONSTITUCIÓN DE SAN LUIS

#### 3.1. *El valor del Preámbulo*

El Preámbulo, parte integrante de la Constitución y brújula para navegarla e interpretarla, inaugura con exhaustivo detalle, la entronización de los derechos que se consagran y desarrollan con detalle en el texto constitucional. Dice así:

Nos, los representantes del pueblo de la provincia de San Luis, reunidos en Convención Constituyente, con el fin de exaltar y garantizar la vida, la libertad, la igualdad, la justicia y los demás derechos humanos; ratificar los inalterables valores de la solidaridad, la paz y la cultura nacional; proteger la familia, la salud, el medio ambiente y los recursos naturales, asegurar el acceso y permanencia en la educación y en la cultura; establecer el derecho y el deber al trabajo; su justa retribución y dignificación, estimular la iniciativa privada y la producción; procurarla equitativa distribución de la riqueza; el desarrollo económico; el afianzamiento del federalismo, la integración regional y latinoamericana; instituir un adecuado régimen municipal; organizar el Estado Provincial bajo el sistema representativo republicano de acuerdo a la Constitución Nacional, en una democracia participativa y pluralista, adecuada a las exigencias de la justicia social, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo de la Provincia, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia, ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución.

Esta exhaustiva mención permite, más adelante, una amplia hermenéutica del expreso plexo de derechos, con especial énfasis en los DESC.<sup>7</sup> En sintonía, el artículo 4 contiene una trascendente declaración de principios:

El gobierno y la sociedad sanluseña basan su acción en la solidaridad, democracia social, igualdad de oportunidades, ausencia de discriminaciones arbitrarias, plena participación política, económica, cultural y social de sus habitantes, y en los principios éticos tradicionales fieles a nuestro patrimonio cultural.

<sup>7</sup> Más tarde, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos del art. 75, inc. 22, traerían aparejados la consagración del principio de progresividad de los derechos humanos.

El artículo 11, por su parte, amplía el sistema por la vía oblicua de los derechos implícitos, a la par de la mención usual, pone límites a la potestad reglamentaria, y entroniza a la justicia social como guía de su vigencia. Expresa puntualmente:

Los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna. Tales enunciaciones no son negatorias de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, *de los requerimientos de la justicia social*, de principios de la democracia, de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados universales o regionales de derechos humanos ratificados por la Nación.

Declamando, acto seguido, su complementariedad con los derechos consagrados por la Constitución Nacional.

### **3.2. Esquema de derechos**

#### **3.2.1. Derechos individuales y colectivos**

El sistema de derechos consagrado en la Constitución provincial permite, con mixturas, reconocerla como una de las constituciones sociales dentro del derecho público provincial.

En cuanto a los derechos individuales, a partir del Capítulo I de las “Declaraciones, derechos y garantías”, la Constitución consagra los siguientes: el derecho a la vida;<sup>8</sup> el derecho a la dignidad e integridad física y moral de la persona humana;<sup>9</sup> el derecho al nombre; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la libertad y correlativa afirmación de los principios de legalidad y

<sup>8</sup> En el art. 49 se dispone que el Estado protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y, desde este, hasta su pleno desarrollo.

<sup>9</sup> Referencia al artículo 13: “Respeto y protección de la vida” y al artículo 14 que prohíbe la tortura, los tratos crueles, degradantes o inhumanos. Establece el artículo 13: “La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos. Evitar la desaparición forzada de personas es deber indelegable y permanente del Estado Provincial”.

de clausura;<sup>10</sup> el derecho a la intimidad;<sup>11</sup> el derecho a la no discriminación y correlativa afirmación del principio de igualdad;<sup>12</sup> el derecho a la libertad de cultos;<sup>13</sup> el derecho a la libertad de tránsito;<sup>14</sup> el derecho a la libertad de expresión; el derecho de réplica; el derecho a la libre disposición de los datos personales; el derecho de acceso a la información pública;<sup>15</sup> el derecho de asociación<sup>16</sup> y el derecho de propiedad privada.<sup>17</sup>

Por su parte, los derechos políticos se encuentran consagrados en los artículos 37 y 38, bajo el título de derechos de participación política y régimen constitucional de los partidos políticos, respectivamente.<sup>18</sup> En materia de derechos colectivos, se destacan explícitamente en el artículo 47 los derechos ambientales.<sup>19</sup>

En el segundo párrafo del artículo 11 bis se introducen los derechos de los pueblos originarios, estableciéndose que la provincia

reconoce la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, comprendiendo sus derechos consuetudinarios preexistentes conforme a los acordados por la Carta Magna Nacional, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre del año 2007.

**10** Artículo 15 - De la libertad y respeto a la persona humana.

**11** Complementado por las siguientes disposiciones: Artículo 31°, Inviolabilidad del domicilio, de la vida privada y familiar de la persona, que cede ante orden legal en contrario de autoridad competente (artículo 32°) arts. 33 y 34.

**12** Igualdad ante la ley, artículo 16.

**13** Artículo 7 (Ley N° I-0002-2004, 5548).

**14** Artículo 20.

**15** Artículo 21. Así también artículo 9, de la Publicidad de los actos de gobierno.

**16** Artículo 22.

**17** El artículo 35 consagra este derecho para todos los habitantes de la provincia, asignándole una función social y consagra, a continuación, el instituto de la expropiación.

**18** Complementado ello en el Capítulo VI de la carta magna provincial dedicado al Régimen Electoral (artículos 93 a 96).

**19** Artículo 47, complementado con el artículo 88.

Mención aparte merecen los derechos de petición, de reunión y manifestación, artículos 17 y 18, respectivamente, a los que reconoce expresamente una doble naturaleza, individual y colectiva.

### **3.2.2.** Los derechos sociales, económicos y culturales

Como se dijo, la Constitución sanluiseña reconoce los DESC de manera explícita y extensa, y el Preámbulo presenta como propósitos la ratificación de los valores de la solidaridad, la paz y la cultura nacional; la protección de la familia, la salud, el medio ambiente y los recursos naturales, el aseguramiento del acceso y permanencia en la educación y en la cultura; el derecho y el deber al trabajo, entre otros. Todo, en una democracia participativa y pluralista, adecuada a las exigencias de la justicia social.

A partir del Preámbulo, que resulta orientación inicial de los derechos consagrados en el texto constitucional y herramienta para su afianzamiento en el orden local, se expande un importante plexo de DESC.

El artículo 48 postula que la familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Consagra así una fórmula clásica, no obstante, permeable al reconocimiento de diversos tipos de familia, distintas y diversas de la tradicional.

Se la reconoce como objeto de “preferente protección por parte del Estado”, determinando como deber de este la concesión de subsidios y otros beneficios para amparar a la familia numerosa carenciada, así también el de contemplar especialmente la situación de la madre soltera y su acceso a la vivienda.<sup>20</sup> Reconoce un contenido a la obligación activa universal al imponer categóricamente este deber.

En el artículo 49, además de la protección de la persona, se reconoce el derecho a la educación y a la asistencia de los menores, disponiéndose que la provincia asegura con carácter indelegable la asistencia a la minoridad desprotegida y carenciada.

En la década de la sanción de la Constitución aún estaban en funcionamiento los institutos de menores, por lo que en la misma norma se estableció el deber de adoptar medios para que la internación de menores en institutos especializados sea el último recurso a emplear en su tratamiento. En el año

<sup>20</sup> Completa con el deber del Estado de crear e instalar tribunales especiales con competencia sobre la familia y la minoridad.

2003 se dispuso en San Luis el cierre de todos los institutos y se los sustituyó por un sistema de “familias solidarias”.

Se destaca que es obligación del Estado provincial atender a la nutrición suficiente de menores hasta los seis años.

En cuanto a los derechos de la juventud, se promueve la participación de los jóvenes, en especial en las zonas rurales, en las que se debe facilitar el arraigo a través del acceso y permanencia en la educación, capacitación laboral y trabajo.

Destinado a la denominada “tercera edad”, el artículo 51, además del reconocimiento constitucional de los derechos de este colectivo, pone en cabeza del Estado, ante casos de desamparo, la obligación de proveer a su protección, directa o indirectamente, con énfasis en la asistencia integral domiciliaria, y, especialmente, el reconocimiento de su derecho al acceso a la vivienda mediante crédito de ampliación, de adjudicación en propiedad y/o comodato de por vida. Además, incluye la obligación de promover su reinserción laboral a los fines de laborterapia y aprovechamiento de su experiencia y capacitación.

Con respecto a las personas con capacidades diferentes, si bien el texto constitucional utiliza la denominación “discapacitados”, en términos sustanciales orienta el reconocimiento integral de sus derechos. Así, el artículo 52 establece que

los poderes públicos brindan a los discapacitados físicos, sensoriales y/o psíquicos la asistencia apropiada, con especial énfasis en la terapia rehabilitadora y en la educación especializada. Se los ampara para el disfrute de los derechos que les corresponden como miembros plenos de la comunidad.

Esto último, precisamente, indica el estatus constitucional de igualdad al reconocer su carácter de miembros plenos de la comunidad y, con ello, sus derechos fundamentales.

El derecho a la vivienda se encuentra enunciado como “derecho a la vivienda digna”, comprensivo del acceso por parte de los sectores de menores ingresos, que debe ser facilitado por los poderes públicos.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Según estadísticas oficiales, entre los años 1991 y 2007 se construyeron en la provincia de San Luis un total de 31.335 viviendas sociales. Véase [http://www.estadistica.sanluis.gov.ar/estadisticaWeb/Contenido/Pagina90/File/viviendas\\_construidas\\_por\\_el\\_estado.pdf](http://www.estadistica.sanluis.gov.ar/estadisticaWeb/Contenido/Pagina90/File/viviendas_construidas_por_el_estado.pdf) (consulta: diciembre de 2017). Funcionarios provinciales afirmaban, en 2014, que el número ascendía a 58.875. En el momento de escribir el presente artículo ha sido superado.

En la consagración de los derechos del trabajador, la Constitución local no escatima esfuerzos. Bajo el título “Derechos y garantías del trabajador”, el artículo 58 fija una concepción amplia, reconociendo que todo habitante tiene derecho al trabajo y a la libre elección de su ocupación, considerando al trabajo como actividad básica para satisfacer las necesidades espirituales y materiales de la persona humana, de su familia y en la construcción del bien común.

Compromete a las autoridades provinciales con su garantía, la protección del trabajo y del trabajador, la promoción del pleno empleo y las nuevas fuentes de trabajo.<sup>22</sup> Como novedad, se destacan pautas que la carta magna dispone para resolver e interpretar conflictos laborales. Así, se refiere a la manera en que gravitan las condiciones en las que el trabajo se realiza, debiéndose observar que

- a) el trabajo manual e intelectual poseen idéntica dignidad social; b) el trabajo nocturno ha de ser mejor remunerado que el diurno; c) se otorgue una especial protección al menor que trabaja, quedando prohibido el trabajo de los menores de dieciséis años en actividad incompatible con su edad; d) se limite la duración

**22** Continúa el art. 58, en coincidencia con la manda del art. 14 bis CN, estableciendo que el Estado procura se reconozcan al trabajador:

- 1) Una retribución mínima vital móvil, suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia.
- 2) El derecho a la retribución de su trabajo según la cantidad, naturaleza y calidad del mismo, con observancia del principio: a trabajo igual salario igual, reconociendo el que realice el ama de casa.
- 3) Su formación cultural, técnica y profesional, tanto en las zonas urbanas como en las rurales.
- 4) La seguridad en el empleo y su derecho a indemnizaciones por despido arbitrario y falta de preaviso, quedando prohibidos los despidos por motivos políticos, gremiales, ideológicos o sociales.
- 5) El derecho a la asistencia material de quienes se encuentran temporal e involuntariamente en situación de desempleo.
- 6) El derecho a la obtención de una jubilación digna y móvil con un haber que permita mantener el nivel de vida precedente.
- 7) El derecho a estar representado en los organismos colegiados que administren fondos provenientes de aportes que se efectúen para el otorgamiento de beneficios previsionales, sociales y de otra índole.
- 8) Derecho a la participación en las ganancias en las empresas con control de producción y colaboración o cogestión en la dirección.

de las jornadas de trabajo en razón de edad y naturaleza de la actividad laboral; e) se garantice el descanso semanal, las vacaciones periódicas remuneradas, y el bienestar en el trabajo, de tal manera que la salud y la moral estén debidamente preservadas. Los trabajos peligrosos e insalubres deben ser convenientemente regulados y controlados; f) la vivienda que se proporciona al trabajador debe ser higiénica, funcional y sismorresistente

El principio *in dubio pro operario* se entroniza en el artículo 59, referido al procedimiento laboral, con rango constitucional. El artículo 60 asegura los derechos gremiales y la garantía de no discriminación por tales actividades.<sup>23</sup>

Los derechos de la seguridad social se hallan amparados en los artículos 54 a 56, como “Seguridad Social”, “Seguro Social” y “Régimen Previsional”, respectivamente. Concibe a la seguridad social como un sistema que cubre las necesidades esenciales de las personas frente a las contingencias limitativas en su vida individual o social, que el Estado debe fiscalizar.

El artículo 57 consagra el derecho a la salud, la obligación del Estado provincial de garantizarlo y, además, señala que tanto la sociedad como el Estado y toda persona en particular, deben contribuir con medidas concretas, y a través de la creación de condiciones económicas, sociales, culturales y psicológicas favorables, a garantizar el derecho a la salud. Agrega, con todo, que los medicamentos tienen carácter de bien social básico y procura su fácil

**23** Agrega: “Las organizaciones profesionales o gremiales son reconocidas jurídicamente para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que establecen las leyes de la Nación y de la Provincia. Los sindicatos no pueden ser intervenidos, ni sus sedes clausuradas, ni sus fondos bloqueados, sino por orden del juez competente. Se procura sean reconocidos a los sindicatos los siguientes derechos:

1) De concretar contratos o convenios colectivos de trabajo, por los gremios más representativos de cada rama, los que tendrán fuerza de ley.

2) De huelga, como medio de defensa de los derechos de los trabajadores y de sus garantías sociales. No se puede tomar contra los participantes de ella ninguna medida represiva, mientras no pongan en peligro evidente la seguridad de la población.

3) De ejercicio pleno y sin trabas de la gestión de los dirigentes sindicales, la estabilidad en sus empleos y la licencia sindical.

4) De que los dirigentes gremiales no sean molestados por las opiniones que manifiesten o por las decisiones que adopten en el desempeño de sus cargos, ni interrogados, reconvenidos o procesados en ningún tiempo por tales causas.

Tampoco pueden ser perseguidos ni arrestados durante todo su mandato, por sus actividades sindicales, es decir se establece para su protección el fuero sindical”.

acceso. Además, agrega que la actividad de los trabajadores de la salud debe considerarse como función social, reconociéndoseles el derecho al escalafón y carrera técnico-administrativa.

Como se desprende de su lectura, el artículo 57 establece el andamiaje constitucional fundamental del derecho a la salud en esta porción del territorio federal, estableciendo como preferentes su atención primaria, la medicina preventiva y la profilaxis de las enfermedades infectocontagiosas.

La Constitución de la provincia de San Luis implica un avance en tanto el derecho a la salud tiene un carácter incuestionable de “derecho sustantivo”. Con absoluta claridad, el citado artículo establece el carácter social y explicita la dimensión universal de este derecho. Así también, fija las condiciones en que debe orientarse su satisfacción.<sup>24</sup>

En la última parte señala que el Estado provincial *propende* a la modernización y tratamiento interdisciplinario en la solución de los problemas de salud.

Respecto de los derechos culturales, el artículo 66 define la cultura como un derecho natural y consagra su acceso a todos los habitantes, la preservación de la autodeterminación cultural, la eliminación de toda forma de discriminación ideológica en la creación cultural;<sup>25</sup> complementado por los artículos 67, 68 y 69, referidos a “Cultura regional”, “Patrimonio cultural” y “Participación en la cultura”.

El derecho a la educación se encuentra anclado en el artículo 70 y desarrollado en los artículos 71, 72 y 73. Definida como “un deber insoslayable del Estado y un derecho humano fundamental”,<sup>26</sup> garantiza a la familia la libre elección de la educación para sus hijos (art. 71).

<sup>24</sup> Avanza fijando el contenido de la obligación positiva que frente a los sujetos titulares debe cumplimentar el obligado, determinando que los sujetos de la obligación son además del Estado, todas las personas individualmente consideradas y la sociedad. Asigna a los medicamentos “el carácter de bien social básico”, lo que, consecuentemente, asocia con las condiciones de posibilidad de acceso a estos y el papel que juega la intervención estatal.

<sup>25</sup> Ya el artículo 65 refiere al rol del Estado en la materia.

<sup>26</sup> Se postulan como sus fines: 1) la vida en paz y en democracia que fundamente la liberación política, económica y social de la Provincia y la Nación; 2) el desarrollo de la personalidad en sus aspectos individuales y sociales; 3) el logro de una escala jerarquizada de valores; 4) el logro y afianzamiento de los principios reconocidos y fijados en esta Constitución; 5) el desarrollo de la conciencia crítica y la participación activa de educando y educador en el proceso de formación, para reconocer y resolver creativamente problemas nuevos, la conducción



Mención especial merece el *derecho al desarrollo*, que subyacente en la letra de los artículos 79 (Política científico-tecnológica), 80 (Sistema Provincial de Ciencia y Tecnología), 81 (Promoción de la formación de recursos humanos), 82 (Promoción y desarrollo de la economía), 83 (promoción de la inmigración, colonización, autocolonización, etc.); 84 (Iniciativa privada y radicación de capitales); 85 (Cooperativismo) y 86 (Represión de toda forma de abuso del poder económico y defensa de la libre competencia).

Párrafo aparte merece la incorporación vía enmienda de la Constitución provincial, en el año 2011,<sup>27</sup> del artículo 11 bis, bajo el título “Nuevos Derechos Humanos fundamentales”, que se constitucionalizaron con los derechos de inclusión social<sup>28</sup> y de inclusión digital.

La concreta incorporación del derecho a la inclusión social lleva a la letra constitucional a uno de los pilares doctrinarios relativos al contenido del principio de igualdad. Este artículo resulta una reafirmación del sistema de derechos y el carácter social que la Constitución en su texto original había conferido al principio mencionado.

Para concluir este punto, es necesario resaltar que con esta enmienda constitucional fue introducida en el texto del artículo 11 bis la siguiente declaración: “Esta Constitución reconoce todos los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, a los que considera un piso, por sobre el cual la Provincia de San Luis puede establecer mayores derechos y garantías”.

Esto indica que, más allá de los diversos puntos de vista y la coincidencia o no con la actual cláusula, de modo explícito, el sistema de derechos de la

de la comunidad y el logro del bien común; 6) la renovada adquisición del saber científico y humanista que responda a las necesidades de la Provincia y de la Nación, conforme a sus objetivos espirituales y materiales; 7) la integración de educación y trabajo, la comprensión inteligente de la capacidad productiva y del medio y sus problemas, capacitándolo para las tareas vinculadas a los tipos de producción característicos de cada región.

**27** Enmienda parcial incorporada mediante Ley N° XIII-0755-2011, con observancia del procedimiento previsto en el artículo 287 de la carta magna provincial.

**28** Reglamentado por Ley N° I-0817-2012, circunscribe su alcance al “Plan de Inclusión Social: Trabajo por San Luis” (Ley N° I-0001-2004 y modificatorias / Ley N° I-0658-2008 de Generación de Empleos), mas detalla que tanto los particulares como los municipios pueden incluir personas en igual o mejor forma, condiciones y modalidades que dicha política. Se establece que la inclusión social que realicen los particulares y/o los municipios no tiene naturaleza laboral ni administrativa, debiendo adecuarse a las capacidades y posibilidades de la persona incluida (art. 2°).

Constitución argentina es en la letra de la Constitución provincial *basamento* del subsistema de derechos local.

Es de esperar que esta norma resulte fusible a la interpretación amplia de las competencias provinciales en materia de derechos fundamentales, pero, en tanto inscripta en el orden de prelación normativa del sistema jurídico argentino, el bloque de constitucionalidad federal con la proyección amplísima de incorporación de los tratados internacionales, indica en su cenit, sin duda, el sentido de orientación de todo el orden jurídico nacional subordinado.

#### 4. PAUTAS JURISPRUDENCIALES DEL SUPERIOR TRIBUNAL JUDICIAL DE LA PROVINCIA EN MATERIA DE DESC

##### 4.1. *Derechos laborales*

Se destaca un fallo dictado en 2014, que quedó firme en 2015, que sienta precedente con relación a la naturaleza jurídica de la vinculación de los beneficiarios del Plan de Inclusión Social (PIS)<sup>29</sup> con el Estado, e interpreta que es equiparable a la del empleo público.

En STJ SD 104/14 “Molina, Francisco Solano c/ Gobierno de la Provincia de San Luis - contencioso administrativa”, Expte. N° 05-M-09, se estableció que “la relación existente entre los trabajadores del Plan de Inclusión y el Estado Provincial, es laboral y no meramente asistencia”.

El Superior Tribunal Judicial de San Luis (STJSL) se expidió en esta dirección en S. D. N° 92/12. “Leyes, Jorge Daniel c/ Sup. Gob. de la Pcia. de San Luis y/o Ministerio de Seguridad y/o Servicio Penitenciario Provincial - Demanda Contencioso Administrativa”, Expte. 17-L-08. Allí admitió la

<sup>29</sup> El PIS “Trabajo por San Luis” es un plan social que se implementó en la provincia, en el año 2003, como paliativo de los altos costos sociales de la crisis de 2001. Contó inicialmente con 49.000 beneficiarios, siendo condición para acceder estar desocupado. Este Plan, tomado como empleo a nivel estadístico redujo el índice de desempleo de un 15% a un 3%. Priorizó la inclusión, además de quienes estaban fuera del sistema laboral, de personas mayores de 40 y aquellos que nunca habían tenido la posibilidad de un trabajo formal, discapacitados, madres solteras y personas con HIV (Fuente: Agencia de Noticias San Luis). En términos concretos no se reconvirtió con el correr de los años en empleo genuino, prorrogándose su continuidad por ley, aunque la masa inicial sufrió una merma importante con los años, un gran número de beneficiarios se incorporó con esta figura jurídica en tareas propias del empleo público en diversas dependencias provinciales.

estabilidad propia del empleado público a un agente penitenciario contratado con antigüedad, cuyo contrato no fue renovado. Contra el planteo de la Fiscalía de Estado, que se escudó en que revestía la condición de personal de la Administración Pública no permanente, cuya relación laboral está regida por un contrato a plazo determinado, presta servicios en forma personal y directa, siendo facultad del Estado su renovación cuando las necesidades así lo requieran, y que tales renovaciones alternadas continuas no creaban relación de carácter permanente, ni desnaturalizaban la figura contractual inicial, el STJSL coincidió con el dictamen del Procurador General, que afirmó que los empleados públicos contratados y despedidos por la Administración Pública “gozan de la estabilidad propia ya claramente plasmada en el fallo de la Corte “Madorrán” y que “la relación del actor con el Estado es de empleo público, y por tanto goza de la “estabilidad propia” prevista por la Constitución”.<sup>30</sup>

#### **4.2. Derechos de la seguridad social**

En STJSL N° 95/08 “Leyes de Chada Mireya A. c/ Superior Gobierno de la Pcia. de San Luis s/ Demanda de Inconstitucionalidad”; Expte. N° 21-L-1996 (28/08/08), el STJ rechazó la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 5089, interpuesta por una jubilada provincial que sostuvo el perjuicio de sus derechos adquiridos con relación a la percepción de sus haberes jubilatorios porcentuales y móviles –con garantía de percepción mínima del 82% móvil– reconocidos por la Constitución provincial, y con ello la aplicación del régimen previsional de anterior vigencia en la provincia. En virtud de la Ley N° 5048 San Luis, el 19 de septiembre de 1996 celebró el Convenio de Transferencia del Sistema Provincial de Previsión Social al Estado Nacional. En el convenio, la provincia delegó a favor de la Nación la facultad para legislar en materia previsional; por su parte, el Estado nacional

tomó a su cargo las obligaciones de pago a los beneficiarios de las jubilaciones y pensiones otorgadas y reconocidas en las condiciones fijadas por la Ley N° 3900 y sus modificatorias, comprometiéndose a respetar los derechos respectivos, conforme a los términos de las Leyes 24241, 24463, y sus modificatorias.

<sup>30</sup> En el mismo sentido STJSL N 78/11 (6/07/2011), “Becerra, Karina Mabel c/ Municipalidad de Buena Esperanza s/ Demanda contencioso administrativa”.

Por Ley N° 5089, el Poder Legislativo de San Luis ratificó el convenio y derogó las normas dictadas en el marco de la Ley de la Emergencia Previsional. En sus considerandos, los ministros –con fundamentos separados– se refirieron, por una parte, a las funciones privativas de cada uno de los poderes del Estado y la imposibilidad de revisar las llamadas “cuestiones de índole política no judiciales”, entendiendo que la materia en examen conformaba la órbita de estas. Por su parte, el segundo voto razonó acerca de la previsión del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, advirtiendo que se refería a la movilidad, más no a un porcentaje –en punto que el artículo 56 de la Constitución de la provincia colisionaba con este–. Hizo hincapié en el carácter de “delegadas” de las materias en juego, ya que la provincia, al transferirlas, no había realizado expresa reserva.

El segundo voto, en un análisis de la evolución de la jurisprudencia de la CSJN, trajo a colación el caso “Chocobar” (27/12/96), en el que la Corte había convalidado la reglamentación legal razonable (Ley N° 18037) de la movilidad del artículo 14 bis, además de tomar doctrina autorizada que señalaba –cotejando declaraciones internacionales– que, la misma, estaba supeditada a los recursos de cada Estado. El STJ sentenció a favor de la constitucionalidad de las leyes provinciales cuestionadas.

Se estimó en aquella oportunidad que

El derecho adquirido” en materia previsional se refiere al estado de jubilado o pensionado, que en modo alguno puede desconocerse. Pero ello no implica que el Estado, ni la ley, puedan garantizar de por vida, a futuro un haber previsional equivalente a un porcentaje fijo e inalterable con relación a las personas en actividad.

Razona acerca de la facultad de legislar sobre jubilaciones y pensiones, que ha sido delegada a la nación por las provincias y estas tienen la obligación de acatar las normas nacionales. Concluye que

en el caso de San Luis, y con posterioridad a la Constitución de 1994, la Provincia resolvió válidamente no conservar el organismo de seguridad social para los empleados públicos... mediante la ley 5089 –sancionada el 30 de octubre de 1996... dispone transferir a la Nación su sistema previsional y delega así expresamente la facultad que podría haber conservado en virtud del art. 125 de la Constitución Nacional.

### 4.3. *Derecho a la vivienda*

En 2017, el STJ tuvo oportunidad de expedirse en autos “Tempestini, María Gabriela c/ Estado Provincial de San Luis s/ Demanda Contencioso Administrativa”, en la que dijo que constatado el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 10 de la Ley N° I-0802-2012, la no habitación de la vivienda –se trataba de una vivienda social adjudicada por el gobierno de la provincia– y la falta de pago del precio convenido, sin que se hayan instado los trámites necesarios para obtener beneficios que le pudieran corresponder, la desadjudicación del inmueble deviene debidamente fundada. Expresó que el incumplimiento de los requisitos dispuestos por Ley N° I-0802-2012 da lugar a la rescisión del contrato por culpa del adjudicatario, y la consecuente desadjudicación del inmueble (STJSL 01/17, 9/02/2017).

Por su parte, en autos “Ticle, Ana Estefanía c/ Gobierno de la Provincia de San Luis – Demanda contencioso Administrativa – Incidente Medida Cautelar”, admitió la procedencia de la cautelar impetrada por la actora, beneficiaria de un plan de vivienda, en nombre propio y de sus hijos menores de edad. En la medida precautoria, aunque de modo provisorio, ponderó la protección del derecho de habitación de los menores.

### 4.4. *Derecho a la salud*

En STJSL N° 56/12 “Incidente de Apelación en Autos: Carotta, Oscar Américo c/ La Holanda Sudamericana Compañía de Seg. y O.- Medida Autosatisfactiva - Recurso de Inconstitucionalidad” (21/06/12), el alto tribunal, en oportunidad de resolver un Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad, deducido por un paciente oncológico cuyo padecimiento se debió en un 70% a las condiciones de trabajo, hizo lugar –entre otros puntos– a la medida autosatisfactiva planteada, y ordenó a la aseguradora a cumplir en forma integral con las prestaciones debidas al demandante, a fin de garantizar su tratamiento oncológico y el suministro farmacológico necesario. Entre los fundamentos no solo se acudió al carácter reparatorio de las prestaciones, sino que se dejó sentado que

la salud se advierte como un derecho primario, absoluto, natural inalienable que poseen las personas y la comunidad, siendo obligación del Estado garantizar su

prestación al ser humano desde la concepción hasta la muerte. En este caso, no le corresponde al Estado satisfacer la prestación en forma directa, sino vigilar y controlar que las prestadoras cumplan con su obligación.<sup>31</sup>

En oportunidad de resolver una contienda de competencia, el STJ tomó intervención en una medida autosatisfactiva promovida por la madre de un menor con síndrome de Down, para que se declarase la nulidad de la Resolución de la Coordinadora de la Dirección de Obra Social de Empleados Públicos, por la cual se autorizó la cobertura de los servicios de maestra integradora para el menor, con un tope equivalente al 80% de los honorarios del acompañante pedagógico, y por un período más corto que el escolar. Sostuvo la progenitora que tal cobertura debía ascender al 100% y abarcar la totalidad del año escolar. Invocó la necesidad de una concreta tutela de los derechos de su hijo, habiéndose visto disminuida una prestación que resulta esencial para su integración y desarrollo, debido a la resolución de la obra social.

El STJ declaró que el órgano competente para entender en la causa es el Juzgado de Familia y Menores, ampliando consideraciones respecto de la fundamentalidad, alcance y protección de los derechos de los niños con capacidades diferentes y de la función del fuero de familia y menores, asistencia de los mismos.

Dijo en aquella oportunidad

entre los derechos y garantías fundamentales de un menor con capacidades diferentes, se encuentran el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental; el derecho del niño mental o físicamente impedido al disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan

<sup>31</sup> Además, en voto unánime, aplicó lineamientos de la CSJN, en tanto ha sostenido que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de la autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida - principio de autonomía"; y enfatizó más adelante: "los jueces contamos hoy con un entramado normativo mucho más rico, donde el derecho a la salud se encuentra reconocido por el bloque constitucional federal integrado por las cláusulas de la Carta Magna y los contenidos en los Tratados Internacionales" (artículo 75, inciso 22 de la CN; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Con cita CSJN *Fallos*: 323:1339; 302:1284.

llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad; el derecho a recibir cuidados especiales y la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él; la gratuidad, en la medida de lo posible, de las atenciones de las necesidades especiales del niño, y el acceso efectivo a la educación, capacitación, servicios sanitarios y de rehabilitación para el logro de la integración social y el desarrollo individual.

En instancia ordinaria se hizo lugar a la medida.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

El amplio reconocimiento constitucional de los DESC en el plano local se corresponde con la especificidad de derechos prestacionales, ligados a la atención de las concretas necesidades de los sujetos titulares, individual y grupalmente considerados.

Su vigencia conduce a la atención de sujetos de necesidad en reales situaciones existenciales de carencia. La Constitución provincial ha puesto con toda claridad en la titularidad de la obligación de dar, al Estado provincial y, no cabe otra interpretación: el Estado tiene la responsabilidad de tales prestaciones.

El Ejecutivo provincial, con una legislatura casi invariablemente afín desde el año 1983, ha tomado a su cargo acciones de gobierno relativas a la satisfacción de los DESC.<sup>32</sup>

Relevados antecedentes judiciales, escaso número de causas originadas en reclamos por DESC llegan ante el Superior Tribunal, dirimiéndose en instancias inferiores.

No obstante, es imprescindible que el contenido de la obligación estatal se complete con la promoción, difusión y educación en estos derechos, ya que los gobernantes son percibidos y reconocidos como “dadores” de

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, se ha sostenido una política habitacional que inicialmente tuvo por finalidad la erradicación de las –denominadas– viviendas rancho amenazadas por el mal de Chagas, dado que se trata de una zona endémica por la presencia de la vinchuca cuyo hábitat ideal eran los techos de las precarias construcciones. Con el paso de los años la construcción de viviendas sociales dominó la política de obra pública hasta la actualidad.

beneficios y bienes, antes que como gestores de acciones que permiten su goce y realización.

La Constitución sanluiseña es el fundamental instrumento para la ampliación y concreción de los DESC en la provincia, el resto es educar.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

BIDART CAMPOS, G. J. (1998). *Manual de la Constitución Reformada: tomo I*. Buenos Aires: Ediar.

PASTOR, R. A. (1970). *San Luis. Su gloriosa y callada gesta. 1810-1967*. Buenos Aires: Artes Gráficas Ghiesino.



---

# San Juan

**GERARDO TRIPOLONE**

## 1. INTRODUCCIÓN

San Juan modificó su Constitución provincial (en adelante CP) en el año 1986. Además de las reformas en la organización del poder, se reconocieron una pluralidad de derechos humanos, tanto individuales, como sociales y de tercera generación. Muchos de ellos anticiparon derechos consagrados a nivel nacional recién en 1994.

Se establecieron cuatro capítulos completos dedicados a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC): del artículo 49 al 120 de la CP. Sin embargo, esta consagración casi no tiene correlato en la jurisprudencia provincial. En este capítulo mostraremos cómo la provincia pasó de la vanguardia en la consagración de DESC a un olvido casi total de lo establecido en la CP en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de San Juan (en adelante la Corte o CJSJ), el máximo tribunal provincial.

Este olvido no varió con los avances en la doctrina jurídica y ni siquiera con la nueva jurisprudencia nacional en materia de derecho a la salud o a la vivienda. Los más de sesenta artículos de la CP que reconocen DESC no parecen ser normas vigentes para la Corte. Cuando el tribunal tiene que resolver cuestiones que implican DESC solo invoca preceptos de la Constitución Nacional (en adelante CN) y, en pocas ocasiones, normas de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. La CJSJ se vale de la CP solo de forma marginal y para reforzar el sentido de lo afirmado en la CN y los tratados.

En las páginas que siguen describiremos esta situación de la jurisprudencia sanjuanina analizando, antes que nada, el proceso de sanción de la CP en 1986 y su letra. Más allá de la descripción, el objetivo final es comprender

por qué se pasó de la vanguardia en la declaración de derechos al olvido en la jurisprudencia.

## 2. LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1986<sup>1</sup>

La reforma de la CP en 1986 fue producto de una decisión unilateral del Partido Bloquista (en adelante PB) gobernante en ese momento. El bloquismo fue durante gran parte del siglo XX una de las principales fuerzas políticas en San Juan, si no la principal. Los caudillos Federico y Aldo Cantoni fundaron el movimiento popular exclusivamente sanjuanino más importante y reformista de la historia. La Constitución de 1927 es un hito provincial por haber consagrado el voto femenino,<sup>2</sup> el lote hogar, la jornada máxima de trabajo, la sindicalización, el salario mínimo, el seguro del trabajador, entre otras reformas. En las décadas de 1970 y 1980, el máximo representante del PB era Leopoldo BRAVO, quien gobernó la provincia en tres ocasiones. Fue él quien, durante su tercer período, decidió la reforma constitucional en 1985. Para ese momento, el bloquismo ya no era un movimiento popular y reformista, sino el partido del poder. BRAVO había aceptado gobernar la provincia designado de facto por la dictadura militar de 1976-1983. Con este acto, el PB se transformó en el partido aliado del régimen militar.

Reinstaurada la democracia, el caudillo revalidó el apoyo popular en las urnas con el 39% de los votos frente al casi 30% para el candidato justicialista. Sin embargo, durante su gobernación, BRAVO cedió ante las presiones de la Multipartidaria que en 1985 insistía en la necesidad de reformar la Constitución provincial. El punto más importante a reformar era el sistema electoral y la participación política. Se buscaba pasar del sistema uninominal para la elección de diputados provinciales (que garantizó al bloquismo 26 de las 30 bancas en la elección de 1983), al de representación proporcional. El otro pedido, que nos interesa aquí particularmente, era el de la consagración de los derechos humanos. La salida de la dictadura militar lo exigía.

Al gobierno de BRAVO no le entusiasmaba la reforma. Si cedió ante el reclamo, es porque se sentía confiado en que ganaría las elecciones para

<sup>1</sup> Hemos abordado lo analizado en este subtítulo en TRIPOLONE (2016a).

<sup>2</sup> Punto fundamental no solo para San Juan, sino para la historia constitucional argentina (MAENZA, 2016: 1029).

convencionales constituyentes y podría redactar la Constitución “a su medida”.<sup>3</sup> El gobierno creó una ley de convocatoria ajustada a esta presuposición. Estableció un sistema de lista incompleta que adjudicaba 20 de las 30 bancas de la Convención Constituyente al partido triunfante en las elecciones. Los diez escaños restantes serían repartidos por el sistema D’Hont. El bloquismo estaba seguro de que sería el beneficiario de las 20 bancas. Esta forma de elegir convencionales excluiría a muchas fuerzas políticas de la Convención y los partidos minoritarios tendrían una escasa relevancia en los debates.

El cálculo falló. La elección de convencionales se realizó junto a las legislativas nacionales de 1985. La “primavera alfonsinista” le dio la victoria a la Unión Cívica Radical (en adelante UCR) con el 44,56% de los votos. En segundo lugar quedó el Frente Justicialista de Liberación (en adelante Frejuli) con el 27%, lo que le garantizó seis bancas. Recién en tercer lugar se posicionó el PB con el 19,82% de los votos, lo que le permitió acceder a cuatro escaños. Ante este rotundo fracaso, Leopoldo BRAVO renunció a la gobernación pocos días después de la derrota. Asumió en el cargo Jorge RUIZ AGUILAR.<sup>4</sup>

La disponibilidad de 20 convencionales le garantizó al radicalismo la posibilidad de hacer la Constitución a su medida. Con el asesoramiento de Humberto QUIROGA LAVIÉ y la inspiración de Carlos NINO, la UCR se propuso, entre otras cosas, impulsar la democracia participativa y garantizar los derechos humanos. La CP fue pródiga en declaración de derechos y amplia en el intento de reglamentarlos.<sup>5</sup> Según el convencional radical Antonio FALCÓN, la idea era que ninguna ley provincial pudiese ir en contra de ellos y, además, dar “una suerte de declaración política” (TRIPOLONE, 2016b: 49). Las declaraciones no solo se limitaron a los derechos individuales. De hecho, los DESC fueron

3 El Secretario de Gobierno y Justicia de la administración de Leopoldo BRAVO lo cuenta de esa forma: “Teníamos el impulso y la idea de que nosotros íbamos a ganar las elecciones y que íbamos a hacer la Constitución a la medida de nuestras ideas y nuestra filosofía” (TRIPOLONE, 2016c: 62).

4 Es interesante destacar que en las siguientes elecciones provinciales celebradas en 1987 el PB volvió al triunfo consagrando como gobernador a Carlos Gómez Centurión. Esto le permitió dictar todas las normas para poner en práctica las instituciones creadas por la UCR en la CP, lo cual influyó decisivamente en el destino de esta última. Además, esto podría interpretarse como una reafirmación de la confianza de la ciudadanía en el PB como partido de gobierno.

5 Hay coincidencia en este sentido y es quizás la crítica más reiterada a la CP. Véase, Caballero (2015: 226).

una parte central del discurso radical, lo cual quedó plasmado en el texto constitucional.

### **3. POR EL BIENESTAR DEL PUEBLO**

La sección primera de la CP está consagrada a las “Declaraciones, Derechos y Garantías”. Dividida en siete capítulos, comprende los siguientes temas: Capítulo I (arts. 1 a 14): “Sistema político”; Capítulo II (arts. 15 a 46): “Derechos individuales”; Capítulo III (arts. 47 y 48): “Derechos políticos”; Capítulo IV (arts. 49 a 70): “Derechos, libertades y garantías sociales”; Capítulo V (arts. 71 a 98): “Educación y cultura”; Capítulo VI (arts. 99 a 105): “Ciencia y técnica”; Capítulo VII (arts. 106 a 120): “Declaraciones derechos y garantías económicas”.

La profusión de derechos y el intento de reglamentarlos en la propia CP es evidente desde la primera lectura. Aunque esto parece formar parte de la mayoría de las constituciones provinciales (ARBALLO, 2014: 1128 y ss.), el caso sanjuanino puede explicarse por dos razones fundamentales. Primero por lo ya dicho: la aspiración del radicalismo de emitir “una declaración política” sobre los derechos humanos en los años inmediatamente posteriores a la dictadura. Más interesante es pensar la influencia que pudo haber tenido el hecho de que la UCR, autora del proyecto finalmente aprobado, fuera la oposición al gobierno de turno y seguiría siéndolo luego de terminada la Convención Constituyente. La reforma constitucional elaborada casi íntegramente por un partido de oposición podría explicar, al menos en parte, los intentos de limitación del poder, ampliación de la participación política y consagración de derechos de los ciudadanos frente a un aparato estatal que la mayoría de la Convención no manejaba.

#### **3.1. *Objetivos constitucionales***

Como “Principio de organización social y política”, la CP establece en el artículo 5 que las “premisas básicas de organización política y social” son “el bienestar y la elevación de la dignidad de la persona, basados en la libertad, en el conocimiento y en la solidaridad económica y social”. En la Constitución de 1927 ya se hablaba de un “mínimo de seguridad económica” (art. 31) como derecho de la población. Ahora se le reconoce el estatus de principio de

organización política y social. La CP también establece como obligación del Estado la “progresiva y acelerada eliminación de problemas sociales, económicos, políticos y culturales que afecten a las personas” (art. 20).

Estas normas señalan dos cuestiones importantes. En primer lugar, el artículo 5 está fijando un objetivo para la organización política y social de San Juan: el bienestar de la población. El logro de un objetivo es una característica central de los derechos prestacionales en sentido amplio, según la terminología de Robert ALEXY (2014: 393). En segundo lugar, el artículo 20 establece que ese objetivo se logrará de forma progresiva, aunque debe ser “acelerada”. Los DESC funcionan como derechos, pero siempre atendiendo a una realización progresiva y no inmediata.<sup>6</sup>

### 3.2. *Garantías institucionales y extrainstitucionales*

Bajo el título “Derechos, libertades y garantías sociales”, a partir del artículo 49 la CP enumera una amplia gama de DESC. Es interesante destacar que los primeros tres artículos del capítulo están dedicados a los derechos de asociación (“cualquiera sea su objeto”, art. 49), de reunión y manifestación (“pacíficamente y sin armas, incluso en los lugares abiertos al público”, art. 50) y de petición (art. 51). Antes de explicitar qué derechos se reconocen, la CP establece garantías para protegerlos. El “derecho de manifestación” extiende la noción de democracia que no se limita al ejercicio del sufragio,<sup>7</sup> sino que incluye formas de participación extrainstitucionales. La CP consagra el derecho de reunión y manifestación y el de petición a los *habitantes* de la provincia. No son derechos exclusivos de los ciudadanos, como es el del sufragio (art. 47).<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Cass SUNSTEIN señala tres alternativas de consagración de DESC en las constituciones: (i) sistema de monitoreo o informes; (ii) como objetivos y (iii) como derechos pero sujetos a realización progresiva. Véase Etchichury (2013: 61-62). La opción sanjuanina se encuentra en las alternativas (ii) y (iii).

<sup>7</sup> Para la crítica a esta idea de democracia como mero ejercicio del voto, puede verse GARGARELLA (2014: 206-208).

<sup>8</sup> Esto parece romper la distinción entre derechos individuales del “hombre individual libre en el estado extraestatal de ‘libertad’” y los derechos del “ciudadano *en el Estado*” que plantea Carl SCHMITT (2009: 174). Los primeros son los derechos fundamentales del Estado burgués, i. e. los derechos de la persona humana individual (SCHMITT, 2009: 170). Los segundos son los derechos *democráticos*, entre los que, según SCHMITT, se encuentran el derecho de petición,

A su vez, la CP consagró la autogestión de las empresas que el Estado debería promover (art. 63), los derechos y garantías sindicales (arts. 65-67) y la “democratización de la educación” a través de la participación (no aclara de quién y, por tanto, no excluye a nadie) en la “formación de ideas, planteo de problemas y búsqueda de soluciones” (art. 68). Estos institutos constituyen formas de participación que buscan garantizar el autogobierno colectivo en las distintas esferas de actuación ciudadana.

El derecho de petición constituye una garantía institucional que faculta a los habitantes de la provincia a reclamar, entre otras cuestiones, por el cumplimiento de los DESC. El de manifestación, reunión, asociación para reclamar por los derechos y los de participación en las empresas y en la educación son extrainstitucionales.<sup>9</sup>

Estos artículos responden a la idea de democracia participativa que llevó la UCR a la Convención, algo que para el bloquismo era “lírico” y no llegó a funcionar (TRIPOLONE, 2016c: 65). La historia le dio la razón al bloquismo. De cualquier manera, la CP consagra desde el preámbulo la intención de profundizar en la democracia participativa y, el artículo 1, afirma que la provincia de San Juan se organiza bajo el sistema “republicano, democrático, representativo y participativo”. El artículo 4 establece que la provincia “garantiza a través de todos sus actos” la democracia participativa y el 72 que la participación también debe darse en “la cultura y en la creatividad” promoviendo la “democracia cultural”. Aunque el contraste con la realidad sea abrumador, las herramientas jurídicas están al alcance para ser usadas.

### **3.3. Profusión de derechos**

Desde el artículo 52 hasta el 70, la CP enumera los derechos, libertades y garantías sociales. Pueden encontrarse los derechos del trabajador (art. 62), las garantías y organización sindical (arts. 65-67), el seguro social obligatorio e irrenunciable (art. 64) y la constitución de un organismo que sería la “policía del trabajo” (art. 68). Además, la CP “alienta” la “autogestión y la gestión de

de sufragio, de acceso a cargos públicos y la igualdad ante la ley. “Naturalmente –afirma SCHMITT– no son [derechos] para extranjeros, porque entonces cesaría la unidad y comunidad política” (SCHMITT, 2009: 174). Los redactores de la CP no compartieron esta idea y reconocieron estos derechos a todos los habitantes de San Juan.

<sup>9</sup> Para esta distinción véase PISARELLO (2009: 155-176).

las empresas” (art. 63). Salvo este último artículo que establece que el Estado “alienta” a hacer algo, el resto está redactado de tal forma que sea imposible concebirlas como derechos “programáticos”. Esto es aún más claro si se tiene en cuenta que al momento de votar la redacción de los artículos de este capítulo en el plenario, el miembro informante de la mayoría Miguel Seguí pidió la palabra antes de la votación de cada precepto para modificar los tiempos verbales: de “podrán” (art. 49), “tendrán” (art. 50), “asegurará” (art. 52), “garantizará” (art. 53), “gozarán” (art. 56), entre otros, se pasó a “pueden”, “tienen”, “asegura”, “garantiza”, “gozan” (Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de San Juan [en adelante DS], 24/3/1986: 353 y ss.).

Fuera de los derechos laborales, se consagra el derecho a la salud, estableciendo que la medicina cumple una “función social” y los medicamentos un “bien social básico”. Según la CP, “la sociedad, el Estado y toda persona en particular” deben contribuir a que se logren las condiciones sociales y económicas que garanticen la salud de la población (art. 61). Esta es una mención interesante porque pocos son los casos en que la responsabilidad por la garantía de los derechos humanos se hace pesar no solo en el Estado, sino en la sociedad en general y en los particulares.<sup>10</sup> Como mínimo, el precepto debería tomarse como pauta interpretativa para resolver casos en que, para satisfacer este derecho, deban realizarse esfuerzos económicos por parte del Estado que luego recaen en cargas tributarias.

La CP consagra que “el Estado protege” a la maternidad en forma integral (art. 53) y que los niños, “en especial los huérfanos y abandonados”, “tienen derecho” a la protección estatal y es obligación del Estado la alimentación

<sup>10</sup> Algo similar sucede en el art. 70 que consagra como “carga pública” (sin especificar mucho más y dejando a la ley reglamentaria “la operatividad de tales deberes”) “la alfabetización, la cooperación en la lucha contra plagas y epidemias” y “la ayuda activa en casos de accidentes, inundaciones, terremotos y otros siniestros”. La falta de claridad del concepto fue resaltada por el convencional Rivera del Frejuli (DS, 24/3/1986: 387-388). El convencional radical Miguel Seguí afirmó que la carga pública en el caso de la alfabetización recaía sobre todo ciudadano alfabetizado. En caso de “que sea necesaria una campaña intensa” de alfabetización “el Estado no va a recurrir a los maestros que ya están en funciones”, sino a quienes “están en condiciones de asumir esta carga pública” (DS, 24/3/1986: 388). En otras palabras, la UCR consideraba posible que las campañas de alfabetización fueran llevadas adelante por ciudadanos que supieran leer y escribir, aun cuando no tuvieran ninguna preparación para una tarea tan compleja como la que se requería. Esta idea fue inspirada, según las palabras del convencional radical Antonio FALCÓN, en el modelo de Nicaragua (DS, 24/3/1986: 389).

hasta los seis años como mínimo.<sup>11</sup> Esto no está enunciado como programa u objetivo, sino como una obligación plena e inmediatamente exigible.

Asimismo, se consagraron artículos especiales para las garantías de la juventud (art. 55), la protección de los discapacitados (art. 56) y de la ancianidad (art. 57). Siguiendo con la tradición iniciada por la Constitución de 1927, se reconoció el hogar de familia como inembargable (art. 59). Además, se estableció que el Estado “propugna el logro de una vivienda digna” para todos los habitantes (art. 60). La redacción es diferente a, por ejemplo, la obligación de alimentación de niños menores de seis años. No se habla de una garantía u obligación de otorgar una vivienda a quien no puede obtenerla por sus medios o porque el mercado no ofrece posibilidades. Lo que se establece es una voluntad del Estado de que los habitantes alcancen la vivienda digna.

La CP también hace referencia a los derechos sindicales. Es interesante resaltar las diferentes concepciones del Frejuli y la UCR sobre el sindicalismo. El convencional justicialista Jorge Rivera acotó que el modelo sindical establecido por la UCR era contradictorio a la cogestión que la misma Constitución alienta. Según Rivera, la garantía de reconocimiento de los sindicatos “sin otro requisito que la inscripción en un registro especial” (art. 67, inc. 1) da la posibilidad de que “existan varios sindicatos por cada rama de actividad, y esto hace que la organización de los trabajadores sea sumamente débil y eso dentro del esquema de cogestión es algo que no funciona normalmente” (DS, 24/3/1986: 376). Más evidente fue el convencional Hugo Echegaray, también del Frejuli, quien expresó su “oposición a la participación de las minorías en los sindicatos” (DS, 24/3/1986: 378). Lo hizo así en el contexto de discusión del artículo 65 que garantiza la participación de las minorías en la dirección de los sindicatos “según las exigencias de un mínimo de representatividad”. En lo que sí estuvieron de acuerdo ambos partidos fue en la formación de gremios para trabajadores autónomos (art. 66), como dejó en claro el convencional por el Frejuli Eduardo Leonardelli (DS, 24/3/1986: 379).

A partir del artículo 71 y hasta el 98 se enumeran los derechos referidos a la educación y la cultura (capítulo V). Los artículos 99 a 105 forman el capítulo VI de la CP que refiere a la ciencia y la técnica. Entre los preceptos más relevantes se encuentran la garantía de “acceso”, “permanencia” y “reinserción”

<sup>11</sup> Deber que se completa en el art. 79 que obliga a garantizar la nutrición durante la edad escolar. Es decir, la obligación no caduca cuando el niño cumple seis años.



de la población escolar en todos los niveles y modalidades del sistema educativo (art. 82); la exigencia de que la educación sea “no confesional, integral, asistencial, democrática” y que exalte “los principios de solidaridad y cooperación humana”.<sup>12</sup> La CP *obliga* a la enseñanza de los derechos humanos (art. 83) y *promueve* la enseñanza de educación sexual y de “por lo menos” un idioma extranjero. La educación, según la CP, tiene como fin la “formación de una ética humanitaria y de hombres aptos para la libertad, la tolerancia, la paz, la solidaridad fraterna y la adhesión al sistema de vida democrática” (art. 73). Son contenidos, en palabras de ALEXY (2014: 446), “maximalistas”. No se aspira solo a un mínimo de posibilidades de vida, sino a una realización plena según los valores que asume la CP, i. e. la democracia, los derechos humanos, la tolerancia. En este sentido, el convencional justicialista Pablo RAMELLA argumentó que “todo esto son un poco de enunciaciones teóricas que se van a poder cumplir en la medida en que hayan recursos adecuados” (DS, 25/3/1986: 418).

Por último, encontramos el capítulo VII dedicado a las “Declaraciones, derechos y garantías económicas” (art. 106 a 120) donde se establecen ciertos principios que deberían regir en la provincia para garantizar el “bienestar y la elevación de la dignidad de la persona” (art. 5). Se afirma que la economía “está al servicio del hombre” y se organiza “conforme a los principios sociales de esta Constitución” (art. 106). El mismo artículo consagra la posibilidad de “regular las actividades económicas” para armonizar la iniciativa privada con los derechos “de las personas y la comunidad”. El principio de la subsidiariedad se refuerza en el artículo 107 al establecer que “el Estado *sólo* puede ejercer determinada actividad económica cuando el bien común lo requiera, y esa función tendrá carácter subsidiario” (destacado agregado).

Es sumamente interesante destacar que la CP consagra el derecho de propiedad en este capítulo y no en el referido a los derechos individuales, más allá de que en dicho espacio establece que todos los habitantes tienen derecho a defender “su vida, libertad, reputación, seguridad, *propiedad*, intimidad, culto” (art. 20, destacado agregado). Las normas expresas sobre el derecho de propiedad están reguladas entre los artículos 111 y 115. El primero consagra la inviolabilidad de la propiedad a la par que declara que

<sup>12</sup> Sobre el carácter “no confesional” se expresó en contra Pablo RAMELLA, constitucionalista católico del Frejuli. Para él, la Convención Americana de Derechos Humanos garantiza la enseñanza religiosa (DS, 25/3/1986: 410).

esta posee “una función social”. A esto se suma que el artículo 115 establece como “función de la tierra” la de ser “factor de producción y no de renta”, por lo que “debe ser objeto de explotación racional”. En concordancia con esto, el artículo 111 obliga al Estado no solo a regular las tierras fiscales, sino también a “intervenir” para incrementar el aprovechamiento “en interés de la comunidad” y con una finalidad muy específica: “procurar que cada trabajador o familia pueda adquirirlas en propiedad”. El artículo 116 regula el régimen de colonización de tierras para lograr este objetivo.

#### **4. LA CORTE DE JUSTICIA Y LOS DESC**

##### **4.1. *Cómo se busca la jurisprudencia en San Juan***

Al analizar la jurisprudencia de la Corte de Justicia de San Juan hay que tener en cuenta un problema central: su acceso. Como hemos dicho en otro lugar (LLOVERAS y TRIPOLONE, 2017), el público solo tiene acceso a la jurisprudencia que la Corte permite. Un reducido número de fallos puede encontrarse en el Sistema Argentino de Información Jurídica (Saij). La sección “fallos de la Corte” de la web del Poder Judicial sanjuanino<sup>13</sup> es para “uso interno”. El “buscador de fallos y jurisprudencia de Corte y Cámara” de la misma página oficial no funciona.<sup>14</sup> La pestaña “base de datos de jurisprudencia” nos vincula con servicios que, salvo Saij, son pagos.

El Poder Judicial sanjuanino no sistematiza la jurisprudencia. Incluso a quienes tienen acceso a ella, porque son empleados o funcionarios del Poder Judicial, se les dificulta hallar antecedentes de la temática que buscan. El manejo de los protocolos impresos es una tarea casi imposible, ya que no puede buscarse por voces o temas. Sin herramientas básicas de sistematización y búsqueda de material, no solo es dificultoso para el investigador o estudioso encontrar la información, sino que es incluso arduo para la propia Corte formar un precedente. Esta situación contrasta con la obligación de la CP, expresada en su artículo 212, de “informar y publicar periódicamente [...] las causas que han sido sentenciadas”.

<sup>13</sup> <http://www.jussanjuan.gov.ar/>

<sup>14</sup> Última consulta el día 8/9/2017.

#### 4.2. *La vigencia de los derechos de la Constitución provincial*

No existe en San Juan un caso emblemático de la Corte sobre DESC, como sucede sobre otros temas y en otros tribunales. No hay un fallo en el que se consolide, por ejemplo, la operatividad de los DESC o la justiciabilidad de pretensiones basadas en ellos. Las pocas veces que la Corte los invoca para fundar una sentencia lo hace, en la mayoría de los casos, citando el número del artículo en el que están consagrados. No realiza un análisis interpretativo detallado ni ponderado con otros derechos.

Los funcionarios judiciales a los que acudimos en el inicio de esta investigación coincidían en que no puede encontrarse mucha jurisprudencia sobre el tema en la Corte. Aunque en el ámbito del derecho laboral sí se hallan causas interesantes, no sucede lo mismo en materia de derecho a la salud o a la vivienda, i. e. en los temas más actuales y controvertidos referidos a los DESC. Además, quizás debido a la “zona de reserva” federal (ARBALLO, 2014) en materia de legislación de derechos, la Corte no suele acudir a los DESC consagrados en la CP, sino a la CN, la legislación nacional y, en una muy escasa medida, a los tratados internacionales.

Por ejemplo, en casos referentes al derecho laboral sobre indemnización por despido causado por el matrimonio<sup>15</sup> se consideró que un varón despedido por dicha causa también merecía una indemnización, más allá de que no estaba así contemplado en la legislación laboral. La Corte lo fundó en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), pero no en los preceptos analizados sobre el tema de la CP. Como excepción parcial puede citarse un caso en que la Corte ordenó reinstalar a una trabajadora del Ministerio de Educación provincial que había sido despedida. Fundó el derecho en el artículo 14 bis de la CN y, “por si cupiera alguna duda”, en el artículo 62 de la CP que asegura los derechos de los trabajadores consagrados en la CN y las leyes nacionales.<sup>16</sup> Nótese que la invocación a la CP es para decir que esta asegura los derechos consagrados en el plano federal.

Sucede algo similar en lo que refiere a protección de usuarios y consumidores, derechos que en la CP se encuentran enumerados en el artículo 69

<sup>15</sup> P.R.E. Sala II (18/3/1997).Tomo-I-Folios 76-78.

<sup>16</sup> P.R.E. Sala II. (6/8/2006). 2004-II-381.

dentro del capítulo “Derechos, libertades y garantías sociales”. Aun cuando el tribunal le dio la razón a quienes apelaron en base a ellos, no se valió de la protección constitucional local.<sup>17</sup> Lo mismo ha sucedido con la invocación del derecho a la vivienda digna que, como vimos, tiene recepción en el artículo 60 de la CP.<sup>18</sup> Sin embargo, el tribunal se limita a citar el artículo 14 bis de la CN y “diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional”.<sup>19</sup>

Sobre esto último podría haberse dado una excepción en 2011, pero no ocurrió.<sup>20</sup> La causa llega al máximo tribunal por recurso extraordinario de la parte demandada, quien había opuesto una inhabilidad de título a la demanda de ejecución de la provincia de San Juan. La inhabilidad fue sustentada, según el relato de la Corte, en el artículo 59 de la CP, i. e. el precepto que protege el “lote hogar” o bien de familia. Esta norma exime al bien de familia del pago de tributos, salvo tasas y contribuciones. Tanto en primera instancia como en la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada se rechazó esta alegación porque la Ley nacional N° 14394 no establece excepciones. Además, la Cámara afirmó que la ley provincial por la que se adhirió a la legislación nacional (Ley N° 3232, actualmente derogada) no excluye la obligación de pagar “impuestos, contribuciones y tasas”.

La demandada consideró inconstitucional la tributación del bien de familia por contrariar el artículo 59 de la CP. Esta posición la sostuvo en las instancias inferiores, pero no fue atendida por los tribunales. Por eso también pidió la inconstitucionalidad de la sentencia de Cámara por no haber considerado el pedido de inconstitucionalidad, i. e. por una violación del derecho de defensa. Lamentablemente la Corte no se expidió sobre el fondo, aunque sí acogió el

<sup>17</sup> P.R.E. Sala I (8/11/2010). 2010-IV-614.

<sup>18</sup> Sobre la vivienda es interesante destacar que el importante precedente “Q. C.” de la CSJN no ha impactado aún en la jurisprudencia sanjuanina. Gustavo ARBALLO (2014) destaca la importancia de la adopción por parte de los tribunales locales de la jurisprudencia en “Q. C.”. De aceptar el precedente, se produciría una “verdadera revolución en el derecho sub-federal” (p. 1154). La razón está en que la mayoría de las constituciones provinciales abundan en “derechos declarativos” consagrados bajo la protección de la “doctrina que impedía su judicialidad” (ARBALLO, 2014: 1154). Si se acepta “Q. C.”, no podrá pensarse que los derechos consagrados en la CP son meras declaraciones.

<sup>19</sup> P.R.E. Sala I (27/6/2011). 2011-II-261.

<sup>20</sup> P.R.E. Sala I (14/11/2011). 2011-III-458.

pedido de inconstitucionalidad de la sentencia. Afirmó que las sentencias en primera y segunda instancia fueron inconstitucionales porque no consideraron el pedido de inconstitucionalidad de la demandada, pero no resolvió la constitucionalidad del tributo (establecido por la ley nacional, pero al que la provincia se adhirió por medio de una ley provincial).

Podría arriesgarse un resultado en favor de la constitucionalidad del tributo. En la causa “Banco San Juan c/ Lucero” de 2014,<sup>21</sup> la CJSJ receptó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en “Banco del Suquía”<sup>22</sup> por la cual se declaró inconstitucional la parte del artículo 58 de la Constitución de la provincia de Córdoba que establece el carácter inembargable del bien de familia. La razón es que violenta el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias. Si esto es así, el artículo 59 de la CP también lo hace. Así como la inembargabilidad consagrada en la CP colisiona con las leyes civiles nacionales, la imposibilidad de establecer tributos sobre dichos bienes también lo hace con respecto a aquellos que se consagren por leyes nacionales.<sup>23</sup>

Más allá del derecho a la salud que será tratado en el punto siguiente, no pueden hallarse muchos casos más referidos a DESC. En el sentido de Alf Ross (2011), los derechos consagrados en la CP no tienen vigencia en la Corte. El máximo tribunal sanjuanino no parece considerar dichas normas como “socialmente obligatorias” (Ross, 2011: 60 y ss.). Insistimos que esto puede explicarse porque muchos de los derechos consagrados en la CP invaden zonas de reserva o bien que la Corte haya considerado que el piso de protección del bloque federal de constitucionalidad cubría los casos que han sido analizados aquí. No podemos afirmarlo porque jamás se expidió al respecto. Esto abre la puerta a que la razón pueda deberse a otras causas sobre las que volveremos al final del trabajo.

<sup>21</sup> P.R.E. Sala I (22/09/2014). 2014-II-211.

<sup>22</sup> CSJN (19/03/2002), “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini”.

<sup>23</sup> No obstante, queda la duda de si por el hecho de que San Juan se haya adherido a la ley nacional el caso sea diverso.

**4.3. Derecho a la salud y responsabilidad estatal**

Dentro del grupo de los DESC, el derecho sobre el que más jurisprudencia de la CJSJ puede hallarse es el derecho a la salud. Los casos más recurrentes han sido, como puede fácilmente anticiparse, litigios entre particulares y obras sociales, sobre todo con la Obra Social de la Provincia (OSP), una entidad pública autárquica de San Juan. Un caso importante que ha marcado la jurisprudencia posterior de la Corte es el fallo de la Sala Segunda<sup>24</sup> en el caso “Páez Leonardo y otra c/ Provincia de San Juan (Dirección de la Obra Social Provincia)” del 17 de noviembre de 2009.<sup>25</sup> La Corte estableció allí una serie de pautas sobre normas que protegen la salud de personas con discapacidad. La importancia de la cuestión llevó a que el tribunal dictara un fallo mucho más largo de lo normal (34 páginas frente a las entre 7 y 14 que suelen tener las sentencias de la Corte).

Mediante una acción de amparo, la actora pretendía una prótesis de costilla para la hija. Tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar al pedido y se obligó a la OSP y al Estado provincial a abonar parte de la prótesis. El fundamento normativo que, según la Corte, dio la Cámara fue la Ley nacional N° 24901 que regula el “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad”. Mediante la Ley provincial N° 7.064 (hoy Ley N° 646-S), San Juan adhirió a la normativa nacional. Sin embargo, lo hizo con una condición: “la efectiva disponibilidad de recursos afectados, tanto de origen nacional como provincial, que se encuentren contemplados en las respectivas Leyes de Presupuesto Nacional y Provincial”. La Corte consideró válida esta condición. El voto del doctor Caballero VIDAL es ilustrativo no solo sobre la aplicación de DESC, sino también sobre la concepción del control de constitucionalidad en general, por lo que citaremos el párrafo completo:

Asumo que la fórmula de adhesión fue poco afortunada. Asumo que, en un asunto tan serio como el que nos ocupa, la norma creó en la población afectada expectativas de que la Provincia se haría cargo de su problema. Sin embargo, considero

<sup>24</sup> La CJSJ, compuesta de cinco miembros, actúa dividida en tres salas, salvo el caso de fallos plenarios o pedidos de inconstitucionalidad directa por el Fiscal de Estado y el Fiscal General ante la Corte.

<sup>25</sup> P.R.E. Sala II. (17/11/2009). 2009-III-571.

que la adhesión no es operativa. De una parte, es imposible ignorar el texto de la norma. Se opine lo que se opine sobre la equidad y conveniencia de la fórmula empleada, una cosa es indudable: la condición existe.

La provincia adhirió a la norma, pero el cumplimiento de lo allí establecido quedó al arbitrio de si la Legislatura provincial o el Congreso Nacional afectan fondos del presupuesto para cumplirlo. Aunque se admita esto como válido, la CP consagra que para las personas con discapacidad se “[instrumentarán] políticas de prevención, protección, rehabilitación e integración” (art. 56 CP), además del derecho a la salud consagrado en el artículo 61 de la CP. Es decir, la obligación se mantiene y está fundada en una norma de rango superior a la que establece la condición.

Aunque la CJSJ no hace mención a este precepto que obliga a la provincia –no a la OSP– a realizar acciones positivas en favor de las personas con discapacidad, entendió en “Páez” que el Estado provincial debía garantizar el derecho. No hizo ninguna referencia a la CP, ni a la CN, ni a tratados internacionales de derechos humanos. El fundamento de la sentencia aparece, de esta forma, más intuitivo que jurídicamente razonado. Y esto es un problema independientemente del acierto del fallo. Las decisiones judiciales deben argumentarse jurídicamente. No pueden ser fruto de una intuición de los jueces.

De cualquier manera, estableció que, debido a la condición con la que se adhirió a la ley nacional, la OSP no debía soportar el gasto de la prótesis. Sin embargo, la persona no podía quedar desprotegida. Por tanto, es el Estado provincial quien debe satisfacer la pretensión. Lo interesante es que, para hacerlo, la Corte tuvo que sortear el artículo 24 de la Ley N° 953-S que garantiza las prestaciones médicas gratuitas para las personas que “están excluidas del sistema de seguridad social”, cosa que aquí no sucede, ya que estamos hablando de una persona afiliada a la OSP. Este es el punto relevante de la sentencia, por otra parte deficitaria en argumentación: el caso quedaba dentro de una laguna, donde la OSP no debía hacerse cargo de la prótesis en virtud de la condición de adhesión, pero tampoco el Estado provincial, ya que la afectada estaba dentro del sistema de seguridad social.

En “Miranda de Storniolo”<sup>26</sup> la Corte repitió la doctrina de “Páez” de no responsabilidad de la OSP. La particularidad de este caso es que el Estado

<sup>26</sup> P.R.E. Sala II (26/9/2012). 2012-IV-724.

provincial no había sido condenado en primera instancia a garantizar la asistencia médica (un acompañante terapéutico). Tanto en primera como en segunda instancia se había condenado solo a la OSP. La Corte falló reafirmando que la OSP, en virtud de lo dicho en “Páez”, no está obligada a la cobertura del acompañante terapéutico. Sin embargo, ordenó que se dictara otra sentencia en primera instancia para determinar la obligación del Estado provincial, algo no merituado en las instancias previas.

Por último, cabe notar la forma en que el máximo tribunal sanjuanino ha omitido expedirse sobre el derecho constitucional a la salud. En el caso “Carrizo”, de mayo de 2015,<sup>27</sup> revocó una sentencia de cámara que había confirmado el fallo de primera instancia por el cual se obligó a la provincia de San Juan a otorgar un acompañante terapéutico a un menor con discapacidad. La razón para revocar la sentencia fue que la vía elegida, la acción de amparo, no era la correcta. La amparista habría solicitado el acompañante terapéutico por vía administrativa en abril de 2013 al Ministerio de Educación. Ante la falta de respuesta, insistió en el pedido en mayo de 2014, directamente al gobernador. En julio de ese año interpuso la acción de amparo.

La CJSJ entendió que los “derechos constitucionales a la salud y a la educación” por sí mismos no bastan para que sea “procedente la vía elegida”, i. e. la acción de amparo. Tampoco es suficiente la omisión de la administración de más de un año.<sup>28</sup> La actora debió pedir “un pronto despacho” [sic] antes del amparo. La CJSJ no parece tener en cuenta el carácter expedito (art. 43 CN) de la acción de amparo y considera que es requisito para que quede “habilitada la vía de amparo” “agotar la vía [administrativa] o interponer una cautelar en dicha instancia”. Una forma eficaz para el tribunal de no fallar sobre el fondo de la cuestión, aunque sea a costa de violentar la garantía del amparo y desconocer el texto de la CN.

## 5. ENTRE BLOQUEO Y NEOLIBERALISMO

¿Qué explica que San Juan haya pasado de la vanguardia en consagración de DESC a una jurisprudencia que parece no tenerlos en cuenta? Las razones son, como siempre sucede, múltiples y se encuentran entrelazadas. La que

<sup>27</sup> P.R.E. Sala II (13/5/2015). 2015-II-232.

<sup>28</sup> A pesar de que la CP consagró el amparo por mora de la administración en el art. 41.



primero surge es el contexto global y nacional que sucedió a la sanción de la CP. El neoliberalismo imperante tanto a nivel nacional como internacional constituyó un período de fuerte retracción del Estado de bienestar y, por tanto, del respeto y cumplimiento de los DESC.<sup>29</sup>

A estas razones globales y nacionales debe sumarse la impronta local. Aunque la UCR influida por ideales socialdemócratas fue el partido que redactó la CP, como vimos, no tuvo en sus manos la puesta en práctica. A la victoria apabullante de 1985 en las elecciones para convencionales constituyentes, le siguió una nueva victoria del PB en 1987 para la gobernación. El peronismo en su versión neoliberal triunfaría con Jorge Escobar en 1991 y gobernaría dos períodos consecutivos en consonancia con las políticas del presidente Carlos MENEM.

Durante su gestión se eligieron los cinco ministros de la Corte de Justicia que compondrían el tribunal por casi veinte años sin variables. Carlos BALAGUER, Ángel Humberto MEDINA PALÁ, Abel SORIA VEGA, Juan Carlos CABALLERO VIDAL y Adolfo CABALLERO, seleccionados en distintos momentos, compusieron el máximo tribunal desde 1997 hasta 2016, año en que BALAGUER se acogió a la jubilación y fue reemplazado por Guillermo DE SANCTIS.

Es decir, la década posterior a la sanción de la CP estuvo signada por gobiernos que, como vimos fue el caso del PB, se opusieron a lo que consideraban declamaciones “líricas” de la CP o, como el PJ, que adoptó la visión neoliberal imperante en el mundo y, por tanto, poseían una orientación contraria a los DESC. Fue en ese contexto cuando surgieron los ministros de la Corte de toda la jurisprudencia analizada. Sin duda no es el contexto más propicio para el desarrollo de una jurisprudencia progresiva en materia de DESC.

Otro punto importante aunque de más compleja comprobación es el de la labor de los abogados. Al menos según las reseñas que realiza la Corte de las peticiones de las partes, son muy pocos los casos en que estos invocan los DESC consagrados en la CP, la CN o los tratados internacionales de derechos humanos. Este es un punto a tener en cuenta si se quiere promover el cumplimiento de los DESC. No solo pensar en la labor estatal, sino también en la de los abogados que deben invocarlos.

<sup>29</sup> Sobre los DESC y el neoliberalismo véase CÁRDENAS GARCÍA (2017: 222 y 234-235). La vigencia de la CP también coincide con el auge de la globalización. GALLÍ (2002) señala “el primer y más notorio efecto” de este proceso: “la tendencia a la restricción del Estado social [...], la disminución de la presencia distributiva del Estado sobre la sociedad” (GALLÍ, 2002: 125).

En tercer lugar, debe notarse la escasa labor doctrinaria y dogmática sobre la jurisprudencia sanjuanina y, en general, sobre el derecho público provincial. La falta de estudios en este sentido priva de herramientas fundamentales para los operadores jurídicos. Al no contarse con sistematizaciones del derecho vigente, no es posible conocer la regla jurídica en la materia. A la labor deficitaria del Poder Judicial y de los abogados litigantes se suma una deuda de la investigación jurídica y producción doctrinaria en San Juan.

Por último, cabe retomar aquí lo dicho más arriba. Aunque la Corte nunca lo haya expresado así, es posible que la falta de vigencia en sentido rossiano de los DESC consagrados en la CP se deba a que estos invaden “zonas de reservas” federales o bien que en los casos reseñados la Corte haya considerado que alcanzaba con el piso de protección consagrado en la CN y, cuando se invocan, en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Si esto es así, entonces debe repensarse la profusión de derechos consagrados en nuestra CP y, en general, en las constituciones provinciales. ARBALLO (2014) concluye su trabajo sobre el alcance, tutela y efectividad de los derechos locales en el sistema federal argumentando que “el elevamiento de los derechos provinciales es de difícil concreción” por una razón fundamental: la supremacía del derecho federal impide que la mejora de un derecho por vía local afecte uno consagrado federalmente (p. 1160). Habría que pensar si el desarrollo del derecho constitucional y convencional, más la fuerza centrípeta del poder federal vía jurisprudencia de la CSJN no están vaciando de sentido los catálogos de derechos en las constituciones provinciales.

## 6. CONCLUSIÓN

La Constitución sanjuanina de 1986 fue considerada por propios y extraños como “de avanzada”. Uno de los puntos que generalmente se resalta es la profusión de derechos humanos, tanto individuales, como sociales y de tercera generación. En estas páginas hemos recorrido el camino que va de esa “vanguardia” en materia constitucional al olvido en la jurisprudencia de la Corte de Justicia. Los más de sesenta artículos dedicados a DESC no se reflejan en las resoluciones del máximo tribunal provincial. En materia de derechos, las menciones a la CP son marginales e infrecuentes. La Corte argumenta invocando la CN y, muy rara vez, algunos tratados internacionales de

derechos humanos. Cuando apela a la CP lo hace solo como forma de reafirmar lo consagrado en la CN y no para ampliar la protección de los derechos.

Hemos esbozado algunas hipótesis que explicarían este olvido de los DESC en la jurisprudencia, que no es más que una pérdida de vigencia en el sentido de Alf Ross:

- i) Cautela del tribunal ante la “zona de reserva” federal (algo que nunca explicitó la Corte).
- ii) Imposibilidad de ampliar los derechos consagrados a nivel federal invocando normas locales sin afectar otro/s derecho/s federal/es (tampoco se ha expedido al respecto).
- iii) Ausencia de invocación por parte de los abogados litigantes (al menos según los relatos realizados por la Corte de las alegaciones de las partes).
- iv) Falta de un trabajo dogmático sobre el derecho local que provea de herramientas a los operadores jurídicos sobre la materia.

Como a menudo sucede, probablemente no exista una sola causa, sino más bien una combinación de todas ellas. Pensarlas quizás permite estar más cerca de una respuesta que sea un primer paso para volver vigentes los derechos básicos de toda la población.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARBALLO, G. (2014). Alcance, tutela y efectividad de los derechos locales en el sistema federal. En J. C. RIVERA (h), J. S. ELÍAS, L. S. GROSMAN y S. LEGARRE (eds.), *Tratado de los derechos constitucionales: tomo III* (pp. 1127-1162). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CABALLERO, A. (2015). Axiología de la Constitución de San Juan: forma de gobierno, participación política y defensa de la Constitución. En G. TRIPOLONE (ed.), *Constitución, Historia y Política. Ensayos en Homenaje a Pablo A. RAMELLA y Eduardo L. Leonardelli* (pp. 225-247). San Juan: Fondo Editorial Cámara de Diputados de San Juan.
- CÁRDENAS García, J. (2017). Teoría jurídica y globalización neoliberal. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 11.

- DIARIO de Sesiones de la Convención Constituyente de San Juan* (1986). San Juan.
- ETCHICHURY, H. (2013). *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- GALLI, C. (2002). *Espacios políticos. La edad moderna y la edad global. Léxico de política*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- GARGARELLA, R. (2014). El derecho frente a situaciones de protesta social. En J.C. RIVERA (h), J. S. ELÍAS, L. S. GROSMAN y S. LEGARRE (eds.), *Tratado de los derechos constitucionales: tomo II* (pp. 204-221). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- LLOVERAS, S. y TRIPOLONE, G. (2017). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los tribunales de San Juan. *La Ley Gran Cuyo*, 22(11), pp. 1-3.
- MAENZA, C. (2016). Derecho electoral constitucional. En R. GARGARELLA y S. Guidi (eds.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria: tomo I* (pp. 1021-1033). Buenos Aires: La Ley.
- PISARELLO, G. (2009). Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”. En C. COURTIS (ed.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (pp. 155-176). Buenos Aires: Eudeba.
- ROSS, A. (2011). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- SCHMITT, C. (2009). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- TRIPOLONE, G. (2016a). Tres modelos de Constitucionalismo: alfonsinistas, peronistas y bloquistas en la Convención Constituyente de 1986. En G. TRIPOLONE (ed.), *A 30 años de la Constitución de San Juan. La Convención Constituyente, sus protagonistas, su legado* (pp. 11-16). San Juan: Fondo Editorial Cámara de Diputados de San Juan.
- (2016b). Antonio Falcón: “La Constitución fue un ideal de sociedad que buscábamos”. En G. TRIPOLONE (ed.), *A 30 años de la Constitución de San Juan. La Convención Constituyente, sus protagonistas, su legado* (pp. 48-55). San Juan: Fondo Editorial Cámara de Diputados de San Juan.
- (2016c). Pedro Rizo: “Se logra lo que se puede en base a nuestra realidad sociopolítica”. En G. TRIPOLONE (ed.), *A 30 años de la Constitución de San Juan. La Convención Constituyente, sus protagonistas, su legado* (pp. 60-66). San Juan: Fondo Editorial Cámara de Diputados de San Juan.

---

# Santa Fe

**NATALIA HERNÁNDEZ  
Y SEBASTIÁN MELANO**

“El hombre puede ser significado de muchas maneras pero, para el Derecho, es ante todo un ser digno. Es esta última la condición o calidad por la cual el derecho recupera aquellas esencias de la persona que le son precisas para poder hacer bien lo que le es propio regular la convivencia humana. Sólo la armonía entre dichas esencias y regulación, legitima a ésta e impone su obediencia. El derecho debe seguir al ser humano, debe servirlo [...] La persona humana esencialmente igual, sagrada, fraterna y llamada a la perfección, es la realidad que da significado en el orden jurídico a la dignidad humana” (GIALDINO, 2003).

## 1. PALABRAS PRELIMINARES

A partir del año 1945, y tras los devastadores efectos de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional reflexionó acerca de lo contraproducente que resultan los enfrentamientos armados entre los pueblos y decidió poner coto a esta situación mediante la creación de Naciones Unidas.

Este movimiento inauguró un cambio de época en el derecho internacional público, produciéndose un giro hacia una mirada más humanista y respetuosa del individuo. Bajo esta inteligencia se sancionaron, en el año 1948, regionalmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>1</sup> que constituyó la primera herramienta a nivel internacional en la materia, y en el ámbito global, la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá (Colombia), el 02/05/1948 e incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante Decreto Ley N° 9983/57.

<sup>2</sup> Asamblea General de la ONU por medio de la Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

En palabras de SAETTONE,

es interesante resaltar que ninguna de las Declaraciones, ni la Universal ni la Americana, distinguen entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido de que en el texto de ambas Declaraciones se encuentran regulados conjuntamente ambas “categorías” de derechos (2004: 141).

Estos instrumentos constituyeron un significativo avance en la protección de los derechos de la persona humana pero ninguno efectuaba una distinción entre estos, sino que se limitaban a confeccionar una categorización generalizada. La búsqueda de consenso internacional para lograr una mayor adhesión en los instrumentos internacionales requirió la flexibilización de posiciones al momento de fijar los valores, pautas o “umbrales mínimos” que los Estados se obligarían a asumir (CAO, 2011).

Se fortifico y complementó el resguardo a los derechos humanos en el año 1966, al sancionarse el Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup> y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC),<sup>4</sup> ampliando y enumerando expresamente los derechos tutelados; reforzándose en el plano regional con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>5</sup> constituyendo el núcleo duro de derechos y garantías del sistema interamericano de derechos humanos.

A nivel nacional, no solo se incorporan a nuestro derecho positivo interno los instrumentos internacionales mencionados precedentemente, sino que, con la reforma constitucional de 1994 se les confirió rango constitucional, constituyendo un elemento más de protección. Específicamente, y tal como se observará a continuación, con la recepción de la Ley N° 23313,<sup>6</sup> se incorporó al ámbito interno un importante abanico de derechos humanos que reforzaron su tutela.

3 Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966, incorporada por Ley N° 23313.

4 Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966, incorporada por Ley N° 23313.

5 Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica, el 22/11/1969; incorporada por Ley N° 23054.

6 Sancionada el 17/04/1986; promulgada el 06/05/1986.

El propósito de este trabajo de investigación científica es evidenciar el impacto que produjo el PIDESC en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

## 2. BREVE DESARROLLO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Tal como mencionamos anteriormente, los derechos económicos, sociales y culturales tienen su recepción en el tratado multilateral del PIDESC de 1966 que, junto con su Protocolo Facultativo,<sup>7</sup> configuran el mayor instrumento universal protectorio de los derechos económico-sociales.

Entre sus postulados, los Estados parte se comprometen a resguardar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; responsabilizándose por adoptar medidas legislativas para la plena efectividad de los derechos reconocidos por este y destinando la mayor cantidad de recursos posibles para su garantía.<sup>8</sup>

En este sentido,

toca al Estado, único ente social portador del interés general de la comunidad, por medidas legislativas y administrativas, orientar las actividades sectoriales, parciales, hacia el interés general, lo que hará por la fijación de políticas para las distintas áreas del quehacer social; y coordinarlas entre sí y con su propia acción, pues por su propia condición debe actuar como coordinante supraordenador (CAGNONI, 1984).

El PIDESC se compone por un preámbulo y cinco partes, en las que se efectúa una enumeración de derechos tutelados; entre los que se mencionan

<sup>7</sup> El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10/12/2008 y entró en vigencia el 05/05/2013, cuando se depositó la décima ratificación (correspondió a Uruguay, el 03/02/2013).

<sup>8</sup> En este último aspecto, la Observación General N° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del PIDESC)” del 14/12/1990, el Comité DESC es contundente al determinar la fuerza vinculante de los deberes que depara.

derechos laborales (v.g. derecho a trabajar en condiciones equitativas y satisfactorias, libertad sindical, huelga, etc.), a la seguridad social, de familia (en cuanto a conformar una familia y la protección de sus miembros, licencia por maternidad, protección de los niños, etc.), a un nivel de vida adecuado (incluido vestimenta y vivienda), a una alimentación adecuada, a la salud (entendido como disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental), a la educación (libre, accesible y gratuita), a participar de la vida cultural, a beneficiarse del progreso científico y a la protección de las producciones de autor.

Asimismo, contempla la presentación de informes, seguimiento y cumplimiento de las medidas adoptadas por los Estados parte, creando a tales efectos un órgano de vigilancia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>9</sup> –originalmente instaurado por el Consejo Económico y Social en el año 1985–, con competencia para interpretar los derechos reconocidos en el pacto, examinar los informes que presentan los Estados, y recibir y conocer las denuncias o quejas de los particulares. Los Estados signatarios entregan al Comité los informes acerca del cumplimiento de las metas y este eleva a la Asamblea General las recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados parte.

No se ignora la existencia de voces detractoras que calificaban a estos como incompletos, meras promesas, expectativas o postulados vacuos de sustento jurídico; sin embargo, la consagración de ellos fue obra de intensas luchas por garantizar a las personas de los más elementales derechos humanos. De nada serviría abonar los derechos civiles y políticos, mientras las personas sufren hambre o sed, carecen de acceso a la salud, o no son capaces de darse a entender, o no trabajan en un ambiente laboral digno y sin discriminación. Se comparte en todas las palabras de FERRAJOLI al afirmar que

los derechos de libertad [...] son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo

<sup>9</sup> Creado por Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, el 28/05/1985.



vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información (FERRAJOLI citado en BAZÁN, 2015: 19).

### 3. ENCUADRE NORMATIVO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA PROVINCIA DE SANTA FE<sup>10</sup>

Sin lugar a dudas, la carta magna de los Estados constituye la norma de mayor importancia para garantizar la protección de los derechos humanos. En el caso de Argentina, esta se ve cumplimentada tras la reforma constitucional llevada a cabo en 1994, permitiendo la incorporación al artículo 75, inciso 22, de distintos instrumentos internacionales de protección de estos derechos; estableciendo, además, un mecanismo de aprobación para su constante actualización.

En nuestra provincia, la primera Constitución se sancionó el 25 de mayo de 1856, siendo modificada en reiteradas oportunidades a los fines de incorporar la actual composición bicameral, crear la figura del vicegobernador, nuevos ministerios o departamentos, entre otros cambios. Su última modificación data del 14 de abril de 1962, y fue llevada a cabo en un contexto histórico de inestabilidad política y social, signando su debate constituyente por su dureza y profundidad, pero con marcado criterio de consenso entre sus integrantes.<sup>11</sup> Ha sido denominada la Constitución “garante de la gobernabilidad”, e inicialmente constituía una de las más avanzadas de su época, aseguraba a la población la administración de justicia, estableció el correcto ejercicio de sus instituciones provinciales, el régimen municipal (de corte autárquico) y la educación primaria, por mencionar algunas de las mejoras.

El texto sancionado en 1962 se estructura por un preámbulo y 116 artículos, divididos en diez secciones; en la primera se enumeran principios, derechos, garantías y deberes; en la segunda se establece el régimen electoral; en las secciones tercera, cuarta y quinta consagra los lineamientos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial; la sexta menciona

<sup>10</sup> Sin perjuicio de reconocer proficua legislación provincial en materia de derechos económicos, sociales y culturales, nos ceñiremos únicamente a lo establecido por la Constitución provincial.

<sup>11</sup> Abandonaba la matriz liberal individualista de la Constitución de 1900, por un solidarismo desarrollista que unía la doctrina social de la Iglesia con el constitucionalismo social.

a quiénes y por qué razones se les puede entablar un juicio político; la séptima regula lo atinente al régimen municipal; la octava esboza el sistema de educación provincial; la novena dispone la posibilidad de efectuar reformas a la Constitución mediante la promulgación de una ley especial votada por dos tercios de cada cámara; y la décima sección contiene normas transitorias a la entrada en vigencia de la Constitución.

Efectuando una lectura rápida del articulado, puede evidenciarse que los derechos económicos, sociales y culturales no han recibido un tratamiento apropiado, sino que pueden hallarse normas aisladas en el cuerpo normativo (especialmente en la primera sección), y de modo explícito solamente encontramos incorporado el derecho a la educación.

Es importante destacar la universalidad de los derechos humanos, la operatividad de todas sus disposiciones vinculadas a los derechos con raigambre constitucional y principalmente la progresividad, irreversibilidad, adecuación normativa y la fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Todo ello, debe impregnarse de dos principios fundamentales que conforman la nueva concepción del derecho público argentino: *pro homine* y *pro actione* (TERRILE, 2016).

Sin embargo, a lo largo de la última década, los sucesivos gobiernos han puesto en la órbita de discusión llevar a cabo una reforma constitucional basada en el consenso de las bases, los partidos políticos, diferentes constitucionalistas de renombre, diversos actores sociales y una nutrida participación ciudadana mediante la apertura de espacios deliberativos, plurales, democráticos e inclusivos, a través de distintos canales.

Lamentablemente, el texto de 1962 ha devenido obsoleto por las profundas transformaciones iniciadas al finalizar el siglo XX y que continúan en nuestro tiempo. Gran parte de la doctrina aboga por una reforma que incorpore nuevos derechos y garantías constitucionales (v. g. derechos de las minorías) y se *aggiorne* a lo receptado en la normativa nacional, especialmente en lo atinente a la regulación del amparo, la autonomía municipal, la incorporación de institutos de democracia semidirecta, debatir sobre la integración y representación legislativa, entre otras.

La necesidad de actualizar nuestra Constitución provincial a los postulados constitucionales-convencionales ha sido explicitado por BLANDO (2017) en los siguientes términos:

En relación a los derechos y garantías, la primera condición es reconocer que cada persona es titular y sujeto de derechos. Desde una perspectiva igualitaria y desde “la mirada” del más débil no es indiferente que un derecho o una garantía estén o no inscriptos en su Constitución (especialmente si observamos a uno de los poderes del Estado, el Judicial): el reconocimiento de esos derechos permite luego la lucha por su efectivización en el campo de lo social, lo político y también en lo jurídico, e impide que cualquier norma de rango inferior los cercene. Tendrán que incorporarse, entre otros, el derecho a la identidad de las personas y a ser diferentes sin ningún tipo de discriminaciones; el derecho de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos; el amparo a las víctimas de trata, violencia y explotación sexual; el reconocimiento de derechos desde la perspectiva de género, los derechos reproductivos y sexuales y la igualdad real entre varones y mujeres en derechos y oportunidades; el derecho a la plena integración de las personas con capacidades diferentes; el derecho a la educación y a la salud como derechos humanos fundamentales. El reconocimiento de los pueblos originarios supone asegurar el abordaje con una mirada inter-cultural que permita una mayor visibilidad de las necesidades de las comunidades y la posibilidad de avanzar en el reconocimiento de históricos reclamos de preexistencia étnica y cultural, participación y el principio de “autodeterminación”. Deberá adecuarse la acción de amparo, no sólo porque es incongruente con la Constitución nacional sino porque ese instrumento debe permitir el acceso a la Justicia a los más necesitados, a los que no tienen recursos para esperar los lentos “tiempos” de la justicia común. [...] En materia ambiental debe orientarse a fomentar el desarrollo productivo sustentable amalgamando la idea del desarrollo productivo, incorporando los conceptos de diversidad biológica, responsabilidad social empresaria, ciudades sustentables, energías renovables, etc. [...] En materia religiosa deberá modificar su art. 3, no puede ser la religión católica ni ninguna otra la religión del Estado. El Estado como tal, debe ser laico pero garantizando la inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia y el ejercicio del culto en cualquiera de sus manifestaciones.

Con justeza se ha manifestado que

Santa Fe no adhirió al mayoritario espíritu reformista de mediados de la década de 1980 que signó el derecho público provincial argentino ni modificó su carta magna pese a la reforma nacional de 1994. No es cuestión de revisionismo crítico, es

necesidad de adaptación a los nuevos tiempos, incluso adecuación a principios y valores sustantivos incorporados al actual texto nacional (BLANDO, 2012).

#### 4. RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

En esta instancia, se procederá a pasar revista acerca de la recepción de los DESC a nivel jurisprudencial. No obstante ello, a nivel nacional se han establecido ciertos estándares mínimos que funcionan como pautas obligatorias para los Estados provinciales a través de fallos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN). Entre sus postulados, se procura asegurar el acceso a la salud, a través del diseño de una estrategia positiva para garantizarla, y a una vivienda digna (entendida esta como asegurar el agua potable y condiciones sanitarias básicas); consolidar el acceso a una alimentación esencial mínima y adecuada, entre otros.

Retomando lo expuesto, nuestro máximo órgano jurisdiccional santafesino a lo largo de su proficua labor, no se ha pronunciado –en ninguna causa que llegó a su entendimiento, pese a reunir condiciones para desarrollarlo– en forma general respecto de los DESC, generando un gran déficit en su reglamentación, alcance y protección.

Bajo esta lógica, cabe resaltar que, pese a esta ausencia de tratamiento, nuestra Corte Suprema local ha juzgado estos derechos en forma individual, siendo objeto de particular protección el derecho al agua, a la salud, a la educación, a la vivienda, al medioambiente adecuado, a la cultura, al trabajo, a la seguridad social.

En este escenario, representa un obstáculo a la operatividad derivada de los instrumentos encargados de regular los DESC,<sup>12</sup> La Corte se ha expedido en dos valiosos precedentes; el primero al plantear

el recurso de inconstitucionalidad desde que la respuesta de la Cámara –en tanto rechazó la apelación con el solo argumento de la falta de operatividad del derecho

<sup>12</sup> La operatividad surge según lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1966, ratificada por Ley N° 19865, promulgada el 03/10/1972.

a la vivienda– se desentendió de dar respuesta a los planteos efectuados y de analizar la realidad del caso, porque conforme a la naturaleza de los derechos comprometidos y las trascendentales circunstancias invocadas (mujer de 49 años con una grave discapacidad y madre de una niña) podrían verse comprometidos la vida misma de la recurrente, sumado al hecho de que existiría una menor de edad que se encuentra a cargo de aquélla y en potencial situación de desamparo frente a la eventual pérdida de su progenitora, lo que denota la urgencia vital por la gravedad e irreparabilidad del perjuicio. [...] las normas que abordan la protección de los derechos de las personas con discapacidad no son simplemente programáticas, sino que están enderezadas, por el contrario, a su operatividad, estableciendo una tutela diferenciada y efectiva; debiéndose adoptar todas las medidas necesarias, tanto legislativas, administrativas y de otra índole.<sup>13</sup>

Este antecedente hace especial referencia al caso de la CSJN “Q. C., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s. amparo”, del 24/4/2012, al mencionar que

no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa a la Provincia la plena satisfacción de su necesidad habitacional, sino que se requiere –en principio– la implementación de políticas por parte del Poder Ejecutivo pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos como la salud, las prestaciones jubilatorias, etc.; por lo que resulta razonable la argumentación de la Cámara cuando advierte la necesidad de la actuación del Congreso para tornar operativa la pretensión formulada.<sup>14</sup>

El segundo fallo involucra a una persona discapacitada que exigía su nombramiento en el cargo, siempre que no estuviera cubierto el 4% de la Administración Pública; concluyendo la Corte

que se trata de una operatividad derivada en virtud de que requiere, en principio, una implementación por parte de una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo, excluyendo al Poder Judicial de la determinación de los planes concretos

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (20-11-2013), “D., M. E. c/ Provincia de Santa Fe -amparo- s/ Recurso de inconstitucionalidad (concedido por la cámara)”. Fuente Propia; 366; 840/13.

<sup>14</sup> *Idem*.

que debe desarrollar el gobierno sin perjuicio del control de razonabilidad que le cabe cuando se acredite la afectación de una garantía, o sea una amenaza grave para la existencia misma de la persona.<sup>15</sup>

Nuestro trabajo se estructurará, en adelante, en la recepción de estos derechos en el PIDESC, posteriormente se analizará su correlato en el ámbito local, es decir, su consagración en el texto de la Constitución santafesina; por último nos centraremos en el análisis del trabajo jurisprudencial por nuestro máximo tribunal provincial.

#### **4.1. Derecho de la salud**

La expresión “salud”, a menudo muy discutida y variable según el espacio, el tiempo y las personas, posee gran significado en el enriquecimiento de todo el pensamiento jurídico y cultural (CIURO CALDANI, 2004: 19). Por su parte, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud,<sup>16</sup> entre sus principios fundantes, la ha definido como “un estado de completo bienestar físico, mental, social y no meramente como la ausencia de enfermedad”.

Disponiendo además, “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. Tal aseveración ha valido como fundamento para su recepción expresa en cuantiosos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.<sup>17</sup>

**15** Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (27-09-2016), “T., L. A. c/ Provincia de Santa Fe -daños perjuicios- s/queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad.; Fuente Propia; 492/16.

**16** La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19/06 al 22/07/1946, firmada el 22/07/1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 07/04/1948. Las reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 03/02/1977, el 20/01/1984, el 11/07/1994 y el 15/09/2005, respectivamente, se han incorporado al presente texto.

**17** Tales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), la Carta Social Europea (parte I, art. 11), el Protocolo de San Salvador (arts. 11, 15 (3) (b) y 17) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos (art. 16), entre otros.

En este sentido, el PIDESC conceptualiza a la salud en su artículo 12 como “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; en tanto que la Constitución provincial, en su artículo 19, la define como el

derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. Con tal fin establece los derechos y deberes de la comunidad y del individuo en materia sanitaria y crea la organización técnica adecuada para la promoción, protección y reparación de la salud, en colaboración con la Nación, otras provincias y asociaciones privadas nacionales o internacionales. Las actividades profesionales vinculadas a los fines enunciados cumplen una función social y están sometidas a la reglamentación de la ley para asegurarla. Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

Al momento de organizarse nuestro país, las provincias delegaron ciertas facultades al Estado nacional; no obstante, se reservaron sendos poderes cuya función es crearse sus propias instituciones; entre ellas, la posibilidad de estructurar su propio sistema de salud.<sup>18</sup> En referencia al artículo 12, el juez de la CSJN, ROSATTI, señala

en el debate en torno a la consideración jurídica de la salud, la Constitución en examen adopta un criterio equidistante entre quienes consideran que es un capital social y quienes defienden que es un derecho renunciable. Postula una actitud responsable de preservación y, a la vez, resguarda la intimidad cuando establece que nadie puede ser obligado a recibir un tratamiento sanitario determinado, salvo disposición de la ley (citado en CARNOTA, 2011: 437).

La salud debe ser entendida como un derecho fundamental, que se complementa e integra con los restantes derechos sociales:

la Nación y las provincias actualmente garantizan el ejercicio efectivo del derecho a la salud comprendido como un derecho humano, dentro del derecho a la vida, y en

<sup>18</sup> No obstante ello, y siguiendo el precedente “Campodónico de Beviaqua” (*Fallos*: 323:3229), el Estado nacional constituye el garante último de su protección.

particular garantizan el derecho a la salud reproductiva, como aspecto del derecho a la salud sexual y del derecho a la procreación responsable.<sup>19</sup>

Coherente con esta línea de pensamiento, la Corte ha resuelto otro fallo en el que obligaba a la obra social sindical a cubrir económicamente el tratamiento de fecundación asistida hasta cinco intentos,

sustentada en distintas fuentes normativas incluso de raigambre constitucional y sin prescindir de las particulares circunstancias de la causa, impide que la tacha de arbitrariedad esbozada pueda considerarse acreditada con la sola invocación del derecho de propiedad o del carácter restringido de las prestaciones a las que se encontrarían obligadas las demandadas.<sup>20</sup>

A su vez, ocurre que por una mera decisión administrativa se decide anular una ordenanza municipal<sup>21</sup> que contenía un tratamiento de anticoncepción de emergencia;

por lo cual también puede señalarse, a mayor abundamiento, que, aun si se anulase la llamada ordenanza, ello no afectaría la facultad del médico de prescribir el medicamento en cuestión, en tanto de aquella disposición puede inferirse que no tuvo otra finalidad más que dilucidar y despejar incertidumbres sobre la posibilidad de prescripción de un método a raíz de que el mismo se encuentra previamente

**19** Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (16-10-2012), “M, M Á y otra c/ Instituto Autárquico Provincial de Obras Sociales (IAPOS) y otra s/ Amparo - Recurso de inconstitucionalidad”; Rubinzal Online; RC J 9606/12.

**20** Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (08-10-2013), “M, V N y otro c/ OSECAC -Amparo- s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad”; Fuente Propia; 100; 723/13. Con igual alcance, Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (08-10-2013), “E G, M c/ Caja Forense 1° Circunscripción -Delegación Rafaela- Amparo- s/ Queja por Denegación del Recurso de Inconstitucionalidad. Fuente Propia; 230; 717/13.

**21** Ordenanza municipal N° 7282/2001 de la Municipalidad de Rosario que incorporaba al “Programa de procreación responsable” de la Secretaría de Salud Pública del Municipio, a la denominada “anticoncepción de emergencia” –producto dedicado y método Yuzpe–, como objeto posible de información y prescripción médica.



“debidamente estudiado y aprobado” por el órgano competente e –incluso– avalado por la Organización Mundial de la Salud.<sup>22</sup>

En otro precedente se ha entendido que

el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el de la vida siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.<sup>23</sup>

Otro aspecto significativo que el tribunal pretendió resguardar se refiere a la falta de atención por parte de las obras sociales frente al padecimiento psicofísico de sus afiliados, argumentando –en la mayoría de los casos– que la falta de cobertura se debía a la ausencia de las prestaciones en los respectivos vademécum (por algún vacío normativo), horadando el derecho a la vida y dignidad humana, y obligándolos a recurrir a otros medios jurisdiccionales para garantizar este derecho. Cabe precisar que

la normativización tiene que tener como premisa básica la utilización de la ciencia a favor de vida y como norte su protección desde el momento inicial en que ella existe. El legislador debe establecer: la extensión de la obligación de las obras sociales y las empresas de medicina prepaga de asumir las prestaciones –cuáles, en qué condiciones, en qué medida– para las personas que padecen infertilidad [...] Tampoco puede desconocerse que hay servicios que aunque no están incluidos

**22** El actor promueve recurso contencioso administrativo sumario (Ley N° 10000 de Santa Fe) impugnando la Ordenanza N° 7282/2001 de la Municipalidad de Rosario por resultar la misma lesiva de los intereses difusos de los habitantes de la ciudad en la tutela de la vida, la salud pública y valores similares sustentados por la comunidad rosarina. Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (18-12-2012), “M, N s. Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad en: M, N c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso contencioso administrativo sumario - Ley 10000 de Santa Fe”. Rubinzal Online; RC J 3429/13.

**23** La actora es una mujer de más de 70 años de edad a la que, además de la operación de artrosis, se le ha detectado cáncer en el útero siendo intervenida quirúrgicamente y que recibe radioterapia, que reclama prestaciones a la obra social. Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (06-05-2009), “C, E D y otra s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad en: C, E D y otra c/ IAPOS s/ Amparo”. Rubinzal Online; RC J 3727/09.

en la cobertura original, resultan indispensables para la supervivencia del paciente; y que en tales casos, se ha admitido la obligatoriedad de la prestación del servicio aunque exceda la estricta previsión contractual o las imposiciones de la ley o las que resultan del programa médico obligatorio (PMO) [...] es que fuera de estas prestaciones excepcionales donde está en juego la supervivencia del paciente, el principio general es que las obligaciones, responsabilidades y límites, surgen de los estatutos de la obra social o del contrato celebrado con la empresa de medicina prepaga.<sup>24</sup>

Con todo lo expuesto,

el reconocimiento a la salud como Derecho positivo ya no admite discusión y por ende, debe protegerse a la minoría vulnerable que carezca de ella. La perspectiva de la salud como bien colectivo hace propia la dimensión social y provoca una afectación pluriindividual. El derecho a la vida digna implica el derecho a la calidad de vida y conlleva los derechos a la salud, a la integridad física y psicológica, su preservación y adecuado mantenimiento (PETRELLA, 2017:311).

En este orden de ideas:

Incumbe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las prestaciones en materia de salud, para lo cual deben encauzarse los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional.<sup>25</sup>

**24** En este copioso fallo la pretensión de los actores –pareja estable, de edad avanzada y con patología de infertilidad ambos– de obtener la cobertura del costo del tratamiento de fecundación asistida (técnica ICSI) de las obras sociales demandadas, no estando prevista la misma en la legislación vigente. Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (16-10-2012), “M, M Á y otra c/ Instituto Autárquico Provincial de Obras Sociales (IAPOS) y otra s/ Amparo - Recurso de inconstitucionalidad”. Rubinzal Online; RC J 9606/12.

**25** Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (24-04-2012), “L, L B. c/ Federada Salud - Mutual Federada 25 de Junio s/ Acción de amparo”. Rubinzal Online; RC J 4668/12.

## 4.2. *Derecho a la vivienda*

En el artículo 11 el PIDESC define el derecho a la vivienda como “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí misma y para su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuadas y una mejora continuada de las condiciones de existencia”. En tanto que la Constitución provincial –si bien no lo menciona expresamente– se expide con relación a la obligación de facilitar a los habitantes el acceso a la misma, estableciendo en su artículo 15 la garantía que “la propiedad privada es inviolable y solamente puede ser limitada con el fin que cumpla una función social [...]”.

Las recomendaciones efectuadas por el Relator Especial en su Informe<sup>26</sup> sobre el derecho a la vivienda, enumera una serie de características que la vivienda debe poseer –acorde a la obligada perspectiva humanitaria–, garantizando ciertos aspectos mínimos: la seguridad jurídica de la tenencia (especialmente contra el desalojo forzoso); la cercanía de servicios sanitarios, eléctricos, de salud, agua potable, educación y opciones de empleo; la habitabilidad, es decir, seguridad contra las inclemencias climáticas, la asequibilidad con respecto a aquellos grupos vulnerables y en situación de desventaja (niños, ancianos, víctimas de desastres naturales, personas con discapacidad), sin discriminación alguna sobre la base de la raza, color, sexo, idioma, religión o creencias, opiniones políticas o de otro tipo, entre otros.

Bajo esta inteligencia, la Corte ha manifestado que

los desalojos forzosos, en muchos casos, profundizan la desigualdad y los conflictos que invariablemente afectan a los sectores de la sociedad más vulnerables social y económicamente, siendo el desplazamiento un proceso perturbador y doloroso que trae consigo generalmente inseguridad alimentaria; desorganización social; traumas físicos, psíquicos y emocionales; problemas de salubridad; lesiones físicas o la muerte por actos de violencia arbitraria; la detención o prisión de quienes se oponen al desalojo; el descenso del número de viviendas para personas de bajos recursos; la confiscación de efectos personales y bienes particulares; incremento del aislamiento social, etcétera; lo que conlleva la necesidad de un

<sup>26</sup> Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. 05/02/2007. A/HRC/4/18. [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Guidelines\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Guidelines_sp.pdf).

pormenorizado análisis de cada situación y únicamente proceder ante supuestos expresamente contemplados en la ley y de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional relativo a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.<sup>27</sup>

No obstante, en otro precedente, el máximo tribunal local profundiza al disponer que “vivienda digna” no es “acceso a la propiedad privada” y “exhortó al Estado provincial a contemplar la especial situación de las familias con niños discapacitados para la adjudicación de viviendas nuevas y/o recuperadas”,<sup>28</sup> sin necesidad de dilatar los procesos de adjudicación de este tipo de viviendas “para lograr la real efectivización de los derechos de los discapacitados”<sup>29</sup> a la luz de los compromisos internacionales asumidos.

Sin embargo, estos postulados, ante el tamiz de la realidad, arrojan la existencia de diversos factores, como

la deficiente normativa vigente tanto a nivel nacional como local; la ausencia de una ley nacional y provincial de ordenamiento y uso del suelo; la no determinación de la materia como cuestión trascendental en las políticas públicas estatales y la inexistencia de instrumentos jurídicos contractuales por medio de los cuales sea viable y eficaz la adquisición de viviendas; dejan carente de contenido el ejercicio de este derecho (PAREDES, HUERTA y RAMOS BRUERA, 2014: 417).

#### **4.3. Derecho a la educación**

El PIDESC, en su artículo 13, recepta uno de los derechos más importantes en la formación del sujeto, llegando a afirmar que la educación

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (13-09-2017), “K, N B s/ Usurpación s/ Recurso de Inconstitucionalidad (Concedido por el Colegio de Cámara)”. Fuente propia; 514/17.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (28-11-2007), “C, J M y Otra c/ Provincia de Santa Fe -amparo- s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad”. Fuente Propia; 00514; 27474/12.

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (20-11-2013), “D, M E c/ Provincia de Santa Fe -amparo- s/ Recurso de Inconstitucionalidad (Concedido por la Cámara)”. Fuente Propia; 366; 840/13.

debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

La Observación General N° 13<sup>30</sup> enumera cuatro características interrelacionadas: a. disponibilidad: debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte; b. accesibilidad: las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles (tanto material como económico) a todos, sin discriminación; c. aceptabilidad: la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes; y d. adaptabilidad: la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

La Constitución de Santa Fe, dedica un capítulo entero (artículos 109 a 113) a la regulación de este derecho, garantizando que la educación impartida en los establecimientos oficiales es gratuita en todos sus grados; asimismo, no efectúa distinciones entre escuelas públicas o privadas (siendo sus títulos igualmente válidos); arbitra medidas que fueren menester para impedir o combatir la deserción escolar; asegura al docente un régimen de ingreso, estabilidad y carrera profesional según sus méritos, estimulando y facilitando su perfeccionamiento técnico y cultural; entre otras consideraciones.

A nivel jurisprudencial, se ha dictado un valioso precedente que sintetiza la relevancia de la educación,

para definir concretamente el valor aprehendido que, en definitiva, viene a resultar la educación (que, entendida en sentido general, abarca todas las actividades del espíritu comprendiendo por ello no sólo la educación moral, sino también la intelectual y la física, con inserción en ella de la instrucción que involucra la adquisición

<sup>30</sup> Observación General N° 13: El derecho a la educación (artículo 13) E/C.12/1999/10; 29/11/1999.

de conocimientos), y aun concediendo que no quiera admitirse que la situación entra en el ámbito del “patrimonio cultural” [...] En este último aspecto puede darse como ejemplos, en primer lugar, el artículo 3, 2da parte, del texto fundamental italiano, similar al artículo 8, 2da parte, de nuestra Constitución, y el artículo 34 –educación obligatoria y gratuita– que en nuestra Provincia encuentra sus similares, por supuesto con mayor desarrollo, en los artículo 109 a 113, en estricta correlación con la 1ra parte, in fine, del artículo 11 en cuanto determina que “queda garantido el derecho de enseñar y aprender” consagrado como un derecho fundamental de libertad relativo a la libertad de las manifestaciones de la personalidad y concierne a la manifestación exterior del propio pensamiento con lo escrito o cualquier otro medio de divulgación.<sup>31</sup>

La Corte ha asumido una delicada labor al resolver las cuestiones del escalafón docente –principalmente respecto de la distinción entre establecimientos públicos y privados–, “por considerar de manera diferencial la antigüedad docente para el concurso como suplente en escuela pública y en escuela privada, otorgándole a esta última la décima parte de la puntuación y no considerar la antigüedad como titular”;<sup>32</sup> además, agregó que

soslayando cuestiones de fundamental importancia como el análisis de las diferencias entre los sistemas de ingreso de docentes del sector público y privado, dado que los primeros ingresan conforme pautas basadas en complejos y exigentes sistemas de prueba de la idoneidad, en tanto los segundos se rigen por la libre elección del propietario del establecimiento.<sup>33</sup>

En síntesis, “la educación constituye una obligación para el poder político y los poderes sociales de garantizar la igualdad de oportunidades para todos, sin que medie ningún tipo de condicionamiento” (SENENT DE FRUTOS, 2004: 226).

**31** Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (19-09-1991), “Federación de Cooperadoras Escolares Departamento Rosario c/ Provincia de Santa Fe -Recurso contencioso administrativo sumario ley 10000- s/ Recurso de inconstitucionalidad”. Fuente Propia, 00176; 3821/12.

**32** Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (14-04-2015), “L, S D c/ Provincia de Santa Fe -amparo- s/ Recurso de inconstitucionalidad”. Fuente Propia; 080; 206/15.

**33** Corte Suprema de Justicia, Santa Fe (14-04-2015), “M, M C c/ Provincia de Santa Fe -amparo- s/ Recurso de inconstitucionalidad”. Fuente Propia; 451; 213/15 entre otros.

## 5. CONCLUSIÓN

Sin hesitación, puede afirmarse que

el derecho es una construcción colectiva, no es obra de una mente iluminada, ni siquiera de un grupo de mentes iluminadas que se puedan reunir en un momento dado en un país o en una asamblea internacional. El derecho es producto de la historia, de los sufrimientos de la humanidad, de la sangre derramada en las batallas, de los avances tecnológicos y de una multiplicidad de factores más que influyen en la gestación de normas (MANILI, 2017: 124).

Este trabajo evidencia dos cuestiones centrales, la primera, nuestra Constitución ha devenido obsoleta para su época y, la segunda, el desarrollo jurisprudencial de la Corte, si bien es proficuo, no abarca un desarrollo específico de los DESC, sino que se limita a mencionar el pacto y analizarlos individualmente.

El desafío, sin lugar a dudas, consiste en la modernización de las estructuras para garantizar efectivamente el acceso y goce de estos derechos, incluyendo el respeto, la protección y la promoción del conjunto de los derechos humanos para todos los grupos e individuos, específicamente para quienes se encuentran en una especial condición de debilidad jurídica: los más pobres, vulnerables y desfavorecidos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BAZÁN, V. (2015). Hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. *Revista La Ley*, 2015-A, 863.
- BLANDO, O. (2012). Reflexiones: 50 años de la Constitución de Santa Fe. Recuperado de <https://www.lacapital.com.ar/opinion/reflexiones-50-antildeos-la-constitucioacuten-santa-fe-n381448.html>
- (2017). Una nueva Constitución para Santa Fe. Recuperado de <https://www.rosarionuestro.com/un-nueva-constitucion-para-santa-fe/>
- CAGNONI, J. A. (1984). Estado y Sociedad. El principio de subsidiariedad. *Centro Latinoamericano de Economía Humana*, (29).

- CAO, C. (2011). La protección de los derechos económicos y sociales. El aporte del Protocolo Adicional del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Suplemento de Actualidad, La Ley*. Recuperado de AR/DOC/1247/2011.
- CARNOTA, W. (2011). El Derecho a la Salud en el Constitucionalismo Provincial Argentino. *Revista Jurídica UCES*, (15).
- CIURO CALDANI, M. (2004). Filosofía trialista del derecho de la salud. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (28).
- GIALDINO, R. (2003). Dignidad Humana y Derechos Humanos. *Revista de Derechos Humanos de Cátedra*, (1).
- MANILI, P. (2017). Los orígenes de la protección jurídica de los derechos económicos y sociales. *Revista de Derecho Público*, (1).
- PAREDES, D., HUERTA, L. y RAMOS BRUERA, J. (2014). La clase media argentina y su realidad en relación con el acceso a la vivienda. *Revista de la Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Rosario*, (21).
- PETRELLA, A. (2017). Nuevamente sobre “el derecho a la salud”: judicialización, ¿implica operatividad? *Revista de Derecho Público*, (1).
- SAETTONI, M. (2004). El Estado de derecho y los derechos económicos, sociales y culturales de la persona humana. *Revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, (40).
- SENET DE FRUTOS, J. (2004). *Filosofía para la Convivencia: Caminos de Diálogos norte-sur*. Sevilla: MAD-Eduforma.
- TERRILE, R. (2016). La reforma de la constitución en la provincia de Santa Fe. La regionalización del territorio provincial. Recuperado de <http://reflexionespys.org.ar/web/articulos/78-la-reforma-de-la-constitucion-en-la-provincia-de-santa-fe-la-regionalizacion-del-territorio-provincial>



---

# Santiago del Estero

**LETICIA SUSANA LUNA**

## 1. INTRODUCCIÓN

La Carta Fundamental de Santiago del Estero hoy vigente contiene numerosas cláusulas de reconocimiento constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).<sup>1</sup>

En el presente trabajo, luego de dar un breve esbozo sobre la recepción normativa de los DESC en la Constitución provincial (CP), tanto en su primera parte referida a las declaraciones, derechos y garantías, como en disposiciones de su parte orgánica, nos propondremos abordar su tratamiento jurisprudencial en el Superior Tribunal de Justicia (STJ) de la provincia.

En esta tarea, daremos cuenta de algunos fallos que involucran el derecho a la vivienda, al trabajo y a la educación, poniendo un especial énfasis en los referidos al derecho a la salud. Para finalmente, a modo de conclusión, verter algunas ideas sobre el rol de los jueces en la aplicación de los DESC, cotejando su efectivo cumplimiento en el ámbito local.

<sup>1</sup> En otro trabajo tuve oportunidad de referirme a los que entendí como actos pre constituyentes hasta el dictado de la primera Constitución de la Provincia sucedida en 1856: Fundación de la ciudad de Santiago del Estero (capital de la provincia homónima) en el año 1550, la declaración de la autonomía provincial ocurrida el 27/04/1820, el primer Reglamento Político de organización institucional dictado el 26/07/1830 (modificado el 5/02/1831 y el 31/10/1832). Dicha Constitución tuvo diferentes reformas: 1864, 1884, 1903, 1911, 1924, 1939, 1986, 1997, 2002, hasta la última reforma en el año 2005 correspondiente a la referida constitución vigente en la actualidad (LUNA, 2013: 2125).

## 2. LOS DESC EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL LOCAL

Desde el mismo preámbulo la CP reconoce entre las obligaciones del Estado provincial la de “proteger a todos los habitantes de la Provincia en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas, tradiciones e instituciones históricas; Promover el progreso de la educación y la economía para asegurar a todos los habitantes una digna calidad de vida”. Referido a su valor y a los fines del Estado, el artículo 12 reza: “El preámbulo resume los fines del Estado Provincial y las aspiraciones comunes de sus habitantes. Su texto es fuente de interpretación y orientación para establecer el alcance, significado y finalidad de todas las cláusulas de esta Constitución”.

Queda entonces establecido que dichas expresiones son líneas directrices que campean a lo largo del articulado de todo el texto constitucional y deben ser entendidas como pautas indicativas obligatorias para todo intérprete de la norma fundamental. Entre los cuales, y en lo que a nosotros concierne, se encuentran los jueces.

En este sentido, y para mayores precisiones, ya en su primer artículo de las “Declaraciones”<sup>2</sup> la carta fundamental local da expresa incorporación de “los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos de Jerarquía Constitucional”.

De este modo, no queda lugar a dudas de la recepción en la normativa constitucional local de todo cuanto provenga del bloque de constitucionalidad federal, en especial desde la incorporación del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional (CN). En particular, en lo que a nosotros interesa, del reconocimiento de la jerarquía constitucional de los DESC, que de este modo forman parte indubitable de la normativa provincial.

Ahora bien, en cuanto a los derechos en particular, la CP dispone un capítulo especial donde los recepta expresamente.

Así en su título II capítulo I referido a los derechos personales dice el artículo 16:

Derechos Individuales. Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: [...] 2. A la protección de la salud, de la integridad psicofísica y moral

<sup>2</sup> Parte primera, Título I, Capítulo Único.

y a la seguridad personal. [...] 4. A aprender y enseñar, a la libertad intelectual, a investigar, a la creación artística y a participar de los beneficios de la cultura. [...] 8. El Estado garantiza la propiedad y la iniciativa privada y toda actividad económica lícita y las armoniza con los derechos individuales, sociales y de la comunidad.<sup>3</sup>

El capítulo II se dedica a los derechos sociales del trabajador al incorporar el artículo 20, que reconoce el trabajo como un derecho y deber social y establece que goza de la protección especial de las leyes que le asegurarán al trabajador los derechos: a la libre elección de su trabajo y condiciones laborales equitativas, dignas, seguras, salubres y morales; a la permanente capacitación, bienestar y al mejoramiento económico; jornada limitada, descansos adecuados y vacaciones pagas; retribución justa en base a un salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; a la defensa de sus intereses profesionales, individuales y colectivos; a la libertad de asociación en defensa de sus intereses; la inembargabilidad de la indemnización laboral y el salario y haber previsional hasta el porcentaje que fije la ley; a la protección contra el despido arbitrario; igualdad de oportunidades para ambos sexos; a la admisibilidad en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad, etc. En tanto, el artículo 9 declara la estabilidad laboral de los empleados públicos mientras dure su buena conducta. Indicando que no podrán ser separados de sus empleos sin sumario previo donde se observen las garantías del debido proceso. A la vez que reconoce su actividad política y filiación partidaria.

El capítulo III, denominado “De la salud”, dispone en su artículo 21 que “el Estado provincial asegurará la salud como derecho fundamental de las personas, garantizando la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación

3 En la convención reformadora de la constitución de 1997, en oportunidad de la incorporación de este artículo (sostenida luego en las reformas de 2002 y 2005), el convencional constituyente Ramón Leopoldo VARGAS, realizó la siguiente apreciación: “Desde el momento en que una Constitución reconoce con rango de norma constitucional a los llamados derechos personales [...] esto representa un avance significativo en la técnica constitucional, porque en primer lugar se lo sitúa en la parte dogmática de la Constitución [...] en consecuencia este texto constitucional [...] ha avanzado con respecto a todas las constituciones de la República Argentina y ha receptado con feliz iniciativa algo que ya, desde las constituciones más avanzadas allá en el siglo XIX, habían comenzado a señalar no solamente en sus respectivos preámbulos sino también en sus respectivas partes dogmáticas”. Sesión del 17 de diciembre de 1997 de la Convención Reformadora, Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, Biblioteca Privada del Dr. Darío Santiago NASSIF, p. 20.

de la salud integral”. Manifiesta asimismo, que la provincia dará prioridad a la atención primaria de la salud, promoverá la protección materno infantil y la lucha contra las endemias, drogadicción, alcoholismo y las enfermedades infecto contagiosas (art. 22). Por su parte, considera al medicamento como un bien social, e impone el deber del Estado de arbitrar los mecanismos que tiendan a promover su accesibilidad para todos los habitantes de la provincia, así como la fiscalización de su procedencia y calidad (art. 24). También realiza la previsión de que la provincia autorizará y fiscalizará en el cumplimiento de sus objetivos, a las entidades de atención sanitaria, sean estas de carácter público o privado (art. 23). Establece que el Estado promoverá la creación de centros de estudios e investigación, de formación y capacitación en materia de salud, especialmente dirigidas a las enfermedades existentes en la provincia y en la región. Y promoverá una eficaz prestación del servicio de salud de acuerdo a las necesidades de la provincia, estableciéndose los escalafones de la actividad de los trabajadores de la salud, de conformidad a las leyes de carrera que reglamenten su ejercicio (art. 25). Por último, el artículo 26 indica que el Estado podrá implementar la aplicación de un seguro provincial de salud para toda la población y la progresiva implementación de la autogestión y descentralización hospitalaria.

En el capítulo V, acápite del medio ambiente, se plasmó la siguiente regla referida a la calidad de vida:

Todo habitante tiene derecho a un ambiente sano y a que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, la conservación de los recursos naturales, culturales y la diversidad biológica y la preservación de la flora y fauna. Se prohíbe el ingreso, la instalación o radicación en el territorio provincial de residuos actual o potencialmente tóxicos. La ley determinará las normativas tendientes al contralor, cumplimiento, sanciones y medidas de seguridad que hagan a la aplicación del presente (art. 35).

Este artículo que incluye un derecho de naturaleza colectiva, por ser su titular la sociedad toda, reconoce como fuente directa el artículo 41 CN, aunque con algunas diferencias en su texto. En el caso particular de nuestra CP,

se consagra el derecho a la “calidad de vida” como un aspecto del derecho al medio ambiente sano (LUNA, 2013: 2134).

De este modo, la norma local impone a las autoridades la obligación de proveer a la protección del derecho al medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, incluyendo la noción de “desarrollo sustentable”. Esto significa la posibilidad de lograr el equilibrio que permita administrar los recursos del ecosistema utilizándolos racionalmente, de tal modo de preservar el patrimonio natural y cultural de la provincia.

Por otra parte, en el mismo capítulo, acápite “Del Consumidor”, se estableció una referencia expresa a la defensa del consumidor en el artículo 36, el cual reza:

Los consumidores y usuarios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud, en especial del cuidado de los alimentos en general y con el estricto control de calidad de los destinados a planes de apoyo nutricional para la infancia y ancianidad, seguridad e intereses económicos a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones en defensa de sus intereses.<sup>4</sup>

Esta norma, siguiendo a la existente en la CN a partir de 1994, pretende restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo, protegiendo al consumidor (PIZZOLO, 2002: 447). Se puede interpretar que los ciudadanos tienen derecho al control de la sanidad y calidad de los bienes que consumen, sean medicamentos, alimentos, etc., en orden a que no sean perjudiciales para su vida y su integridad psicofísica. En este sentido, el Estado como garante final, es quien debe ejercer ese control a fin de proteger a sus destinatarios (LUNA, 2013: 2135).

4 Al momento de dar tratamiento a esta regla el convencional MOYANO DE ORDOÑEZ dijo: “la protección al consumidor exige una jerarquía de primer nivel, ya que está en juego el compromiso frente al bienestar general. [...] Este artículo va a proteger los denominados ‘derechos sustanciales’, como son el derecho a la seguridad, a la información, a la protección de intereses económicos. Dentro de la seguridad podemos recalcar que se encuentra incorporado el derecho a la vida, a la salud, el derecho a un medio ambiente sano. El derecho a la vida está destinado fundamentalmente a proteger al consumidor de todos los peligros que significan los servicios”. Palabras expresadas durante la sesión del 17 de diciembre de 1997 de la Convención Reformadora de la Constitución, Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, p. 7.

En el capítulo V “De la vivienda” se encuentra el artículo 37 sobre acceso a la vivienda que reza:

todo habitante tiene derecho a acceder a una vivienda digna que satisfaga sus necesidades mínimas y de su núcleo familiar. A este fin el Estado Provincial procurará el acceso a la propiedad de la tierra y dictará leyes especiales de fomento a la construcción de viviendas. La vivienda única es inembargable de acuerdo con lo establecido en la ley.

Por otro lado, resulta interesante la relevancia otorgada por la carta fundamental local a la cultura, al dedicarle su capítulo I del título IV “Cultura, Educación, Ciencia y Tecnología”. En el artículo 64 reconoce a la cultura como derecho fundamental, disponiendo el deber del Estado de garantizar a todos los habitantes el derecho a tener una cultura, ejercerla y el derecho al trabajo en ese ámbito, difundiendo, protegiendo y facilitando las prácticas y productos culturales, respetándose la interculturalidad bajo el principio de la igualdad así como el deber de asegurar el estímulo a la creación e investigación tendientes a la conservación, conocimiento, enriquecimiento, valoración y promoción de las prácticas, formas y bienes culturales. Asimismo prevé la disposición de recursos para el financiamiento de la cultura (art. 65).

En cuanto a la educación, el mismo título, capítulo II, establece que la educación es un derecho de las personas durante toda la vida y constituye un medio fundamental e indispensable para lograr su plena realización y consolidar los valores de solidaridad, libertad, igualdad, justicia y paz (art. 67). Indicando también que la educación tiene como fin esencial propender a la formación de seres libres, críticos y con principios éticos, y estará inspirada en el reconocimiento de la dignidad de la persona, el fortalecimiento, respeto y defensa de los derechos humanos, el pluralismo ideológico, la protección del medio ambiente, la integración social para un desarrollo humano sostenido, la afirmación del sentido de pertenencia provincial, regional, nacional y latinoamericano, abierto a la integración de otras culturas (art. 68).

En el capítulo III se dispone que el Estado asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación estatal gratuita en todos los niveles y modalidades, disponiendo su obligatoriedad desde el nivel inicial (art. 69) y garantizando su acceso igualitario y universal, instrumentando políticas activas que permitan la igualdad de oportunidades y posibilidades y la permanencia

en el sistema educativo (art. 70). También dispone que el Estado es responsable de la determinación y fiscalización de la política educativa y que adecuará, en forma permanente, la educación a los avances pedagógicos y a las demás disciplinas (art. 71). Asimismo, establece un financiamiento privilegiado en educación, garantizando la inversión en el presupuesto educativo necesaria para el efectivo funcionamiento del sistema (art. 72). En tanto, el artículo 74 prevé que los planes y programas de la educación pública obligatoria enfatizarán los contenidos referidos al conocimiento de la Constitución, defensa de los derechos humanos, protección de los recursos naturales y medio ambiente, educación para la salud, cooperativismo y mutualismo. Mientras tanto el artículo 76 indica la posibilidad del Estado de extender gradualmente la doble escolaridad en la enseñanza básica en las unidades educativas rurales y en riesgo social, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades y el derecho a una educación con equidad.

Por último, el artículo 73 refiere a la educación pública de gestión privada; el 75 determina la prioridad del Estado en la erradicación del analfabetismo a través de planes y programas; el 77 indica la disposición del Estado de impulsar en el marco de la educación pública acciones educativas relacionadas con la formación técnica y profesional necesarias para la capacitación e incorporación al mundo del trabajo. A la vez que el 78 trata del estímulo del Estado a la educación artística, y el 79 al fomento de la educación dirigida a personas con necesidades especiales, garantizando la igualdad de oportunidades y el ingreso y permanencia en el sistema educativo.

Es importante destacar que la CP reconoce en forma específica los derechos de los docentes en su capítulo V, dándole singular importancia a los trabajadores de la educación al establecer en el artículo 86 que el Estado garantizará al docente del sector público el libre ejercicio de su profesión, la carrera profesional según sus méritos, el ingreso y ascenso por concurso, la estabilidad en el cargo, la retribución justa y la formación y capacitación permanente.

Finalmente, el capítulo VI contiene la previsión respecto a que el Estado impulsará y promoverá el desarrollo científico y tecnológico atendiendo las necesidades locales, regionales y nacionales, a fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes (art. 88).

Para concluir con el aspecto normativo, cabe señalar que es posible encontrar alusiones a los DESC en otras disposiciones aisladas: artículo 27 (protección

a la familia, derecho de educación de los hijos y fomento a la incorporación de las viviendas al régimen de bien de familia); 28 (igualdad de la mujer y el hombre, condiciones laborales de la madre); 31 (acceso a la educación, salud, trabajo y a la vivienda digna de los veteranos de guerra); 32 (desarrollo integral sin discriminación y contribución en la formación cultural y laboral de la juventud); 33 (educación e integración a la vida laboral de las personas con necesidades especiales); 34 (acceso a la salud, vivienda, integración cultural y reinserción laboral de la ancianidad); 18 (promoción de medidas de acción positiva por parte del Estado que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución); 57 (reeducación, reinserción laboral y necesidades culturales del penado); 93 (derecho de agremiación de los agentes públicos); 96 (prioridades del gasto e inversión pública en educación, cultura, salud pública y asistencia social); 100 (participación del trabajador en las ganancias de las empresas); 103 (compromiso del Estado en las políticas orientadas a la obtención del pleno empleo); 136 incisos 2, 3, 29, 30, 31 (atribuciones del Poder Legislativo en reglamentar las materias consignadas en la parte referida a declaraciones, derechos y garantías y al régimen social, económico y financiero; legislar sobre cultura y educación priorizando conocimientos y programas relativos a la educación para la salud, ciencia y tecnología; dictar leyes que aseguren a todo habitante el derecho a la salud y sobre el deber del Estado de proveer la asistencia médico-social; legislar sobre los derechos del niño a la salud y a la educación; dictar leyes protectoras de las artes, ciencias y letras, del patrimonio arqueológico y artesanal, de la tradición y del folclore provincial); entre otras.

En otro orden de ideas, y con el fin de adentrarnos en la parte neurálgica del presente trabajo, entiendo oportuno poner de resalto que en el cuerpo normativo bajo análisis podemos encontrar una norma que deja a las claras el rol de los jueces como intérpretes del derecho. Se trata del artículo 182 sobre el fundamento de las sentencias, que determina expresamente lo siguiente: “Las sentencias que pronuncien los tribunales judiciales serán fundadas en el texto expreso de la Constitución o de las leyes o, en su defecto, en las leyes análogas o en los principios generales del derecho atendiendo a las circunstancias del caso”.

Sin duda cuando se refiere al texto expreso de la Constitución, y teniendo en consideración, como ya se dijo, que su primer artículo incorpora los derechos, declaraciones y garantías de la CN y los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos (DDHH) de jerarquía constitucional,



claramente está disponiendo la exigencia en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de dar cumplimiento del bloque de constitucionalidad federal. Función que, como veremos, no siempre es cumplida por los jueces locales.

### 3. LOS DESC EN LA JURISPRUDENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

De los fallos a los cuales hemos podido tener acceso, es dable destacar que por lo general el STJ no suele hacer mención de los DESC en términos de DD-HH, pocas veces alude a ellos en términos de su operatividad, y no ha hecho expresa mención del precedente “Q.C.S.Y” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Asimismo, es importante señalar que en el cuerpo de las sentencias del STJ resultan infrecuentes las menciones de las disposiciones de la propia constitución local.

Sin embargo, pueden encontrarse algunas alusiones sobre la aplicabilidad de los instrumentos internacionales. En particular, se logran interesantes y atinadas conclusiones respecto al derecho a la salud, recalcando la responsabilidad del Estado en su efectivo cumplimiento.

#### 3.1. *Derecho a la salud*

En numerosos pronunciamientos, el STJ<sup>5</sup> ha dejado en claro que adopta el concepto de derecho a la salud según la definición dada por la Organización Mundial de la Salud (OMS); esto es, entendiéndolo como: “un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no consistente únicamente en la ausencia de enfermedad o lesión orgánica”. De esta manera, ha resuelto distintos reclamos relativos al derecho a la salud sobre limitaciones impuestas por las obras sociales,<sup>6</sup> provisión de medica-

5 Por ejemplo, en los casos STJ (31/10/2008), “Villar Sylvana Blanca c/ I.O.S.E.P. (Instituto de Obra Social Del Empleado Provincial) y otro s/ Acción de amparo”; STJ (21/12/2010), “Camuñas Claudia Beatriz c/ Instituto de Obra Social Del Empleado Público Provincial (I.O.S.E.P.) s/ acción de amparo”; STJ (11/03/2016), “Barrio María Carolina c/ Asociación Mutual Sancor-Sancor Salud s/ Acción de Amparo-Apelación en Amparos”; STJ (4/09/2008), “Sosa, Silvia c/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) s/ Acción de Amparo-Cuadernillo de Apelación”, entre otros.

6 STJ (11/6/2010), “L.M. c/ I.O.S.E.P. s/ Acción de Amparo”; STJ (03/10/2013) “Coronel, Sergio Gustavo c/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) s/ Acción de Amparo-Apelación en Amparos”; STJ (11/03/2016), “Barrio María Carolina c/ Asociación Mutual Sancor-Sancor

mentos,<sup>7</sup> intervenciones quirúrgicas, licencias por salud, protección integral de las personas con discapacidad,<sup>8</sup> entre otras cuestiones; en la mayoría de los casos aludiendo expresamente al rango constitucional del derecho a la salud en función de su reconocimiento en convenios internacionales.

En la causa “Ledesma”,<sup>9</sup> resolvió sobre el régimen de licencia por salud, dando acogida favorable a un recurso de apelación interpuesto por una docente contra una sentencia de una Cámara de Trabajo y Minas que había resuelto rechazar un amparo interpuesto contra el Consejo General de Educación de la provincia, en el cual solicitaba se le otorgue licencia por enfermedad grave según convenio colectivo docente. En la causa, el STJ hizo mención expresa a que se encontraba en juego un derecho de rango constitucional como el de la salud, citando entre los convenios internacionales el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), resaltando que la tutela en materia de salud se encuentra materializada en el régimen de licencias de dicho convenio. En concreto sostuvo que:

debe interpretarse el régimen de licencias previsto en el Convenio Colectivo desde la valoración de las normas constitucionales en materias de salud hacia abajo, es decir interpretar desde la constitución hacia la ley, para asegurar el beneficio emergente de la recuperación física y psíquica de la recurrente.

Podemos encontrar algunas consideraciones importantes del STJ sobre el derecho a la salud en la sentencia dictada en la causa “Ávila”.<sup>10</sup> En el caso, se había rechazado el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia

Salud s/ Acción de Amparo-Apelación en Amparos”; STJ (1/04/2004), “Vera, Elena c/ Municipalidad de la Capital y/o Servicio Social Municipal s/ Recurso Administrativo de Plena Jurisdicción”.

7 STJ (15/12/2012), “Uriondo Fernando José C/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (IO-SEP) S/ Acción de amparo, STJ (20/05/2012), “Collante Ricardo Daniel C/ I.O.S.E.P. (Instituto de Obra Social Del Empleado Provincial) S/ Acción de Amparo, STJ (28/02/2002), “Guzmán, Walter Eduardo y otra c/Servicio Social de la Municipalidad de Santiago del Estero s/Acción de Amparo-Apelación”.

8 STJ (15/06/2012), “Luna Víctor Antonio y Otra c/ Instituto de Obra Social Del Empleado Provincial De Santiago Del Estero (I.O.S.E.P) s/ Acción de Amparo”.

9 STJ (12/03/2003), “Ledesma, Cristina Graciela del Luján c/ Consejo General de Educación s/ Acción de Amparo-Apelación”.

10 STJ (15/08/2008), “Ávila, Silvia Susana c/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) s/ Acción de Amparo-Apelación”.

que hizo lugar a un amparo promovido por una particular condenando a la obra social demandada a restablecer de manera permanente el 100% de la cobertura de los medicamentos respecto a la hija menor de la demandante. Según expresa el fallo, la niña padecía una enfermedad crónica que le produjo una discapacidad física e intelectual y requería de un tratamiento permanente con fármacos de alto costo, los cuales la obra social había dispuesto reducir por medio de una resolución administrativa.

En el caso, el mencionado tribunal concluyó lo siguiente:

no cabe duda, que el estado asume distintas obligaciones, como promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud, no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud, brindar tales servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, creación de centros asistenciales o la provisión de medicamentos. Por ello, este derecho sintetiza un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de los habitantes al acceso de los servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de la salud.

Destacó que:

El término derecho humano a la salud expresa actualmente un concepto más extenso, es decir el derecho a una mejor calidad de vida, puesto que no constituye solamente un bien jurídicamente tutelado sino también un fin valioso en cuya protección está interesado el orden público. Que a la luz de la concepción social del constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social, como bien soporte del derecho social a la salud.

En concreto sentenció que:

el ser humano tiene derecho a la salud, el que resulta inherente a la vida, y a su integridad física, psíquica y espiritual, y el estado tutela a la salud como derecho fundamental del individuo e instituye un sistema de seguridad social de carácter integral.

Con similares consideraciones, resolvió el caso “Sosa, Silvia c/ IOSEP”, en el cual además consideró que el derecho a la salud “es impostergable y

operativo, de modo tal que no es susceptible de ser cercenado, reducido, modificado o dejado de lado por reglamentaciones o condiciones que no se adaptan con la necesidad concreta de la solicitante”.<sup>11</sup>

En “Coronel Sergio Gustavo c/ IOSEP”, el STJ tuvo oportunidad de pronunciarse en el recurso de apelación impetrado por IOSEP contra la decisión judicial que le ordenaba continuar con la cobertura especial del 98% del costo de los medicamentos del hijo del amparista.<sup>12</sup> El STJ no hizo lugar al recurso, bajo el entendimiento de que la decisión de la obra social es susceptible de control judicial y que la “razonabilidad exigida a los actos discrecionales, cobra aún mayor relevancia cuando del derecho a la salud se trata”.

Con mención expresa del fallo de la CSJN “González Oronó de Leguizamón N. c/ Federación de trabajadores, jaboneros y afines”, ya citado en otros casos,<sup>13</sup> reiteró con relación a la función específica de las obras sociales:

que su obligación primordial consiste en otorgar una prestación médica óptima e integral [...] en la actividad de las mismas ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, al que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que permita que el servicio se articule activamente con la prestación médica necesaria en cada momento y con relación a cada paciente, sin que se desatienda los fines propios de la entidad.

<sup>11</sup> En el caso, el IOSEP interpone recurso de apelación contra una sentencia que hace lugar a un amparo, cuestionando la vía procesal para reclamar un reintegro, y bajo el entendimiento de que la amparista había violado disposiciones de la obra social por no requerir autorización para hacerse controlar por un médico no contratado por esta y no contando con derivación. Todo lo cual, considera resulta un peligroso precedente, pues cualquier afiliado iba a poder recurrir a cualquier médico o institución del país con los cuales la obra social no tenga relación contractual, pudiendo alterar el funcionamiento administrativo y financiero de la misma.

<sup>12</sup> El apelante aducía que un porcentaje mínimo de coseguro no importa restricción al derecho a la salud por cuanto ha actuado dentro de la facultad que le otorga la Ley Provincial N° 4021, y eximirlo de su pago implicaba ampliar la cobertura con fundamentos en el régimen de solidaridad que gobierna el sistema, creado un nuevo plan especial para discapacitados y un privilegio especial a favor de un afiliado en perjuicio de los demás, violando así el principio de igualdad ante la ley. Califica de inconstitucional la sentencia recurrida con fundamento que el juez de la causa ha violado la división de poderes, constituyéndose en legislador y administrador.

<sup>13</sup> STJ (31/10/2008), “Villar, Silvana c/ IOSEP”.

También expresó que “el ordenamiento jurídico, debe, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización y protección material de la salud, derecho que no puede ser menoscabado sobre la base de la interpretación unilateral que se haga de normas reglamentarias”.<sup>14</sup>

La Corte provincial, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida, y nos parece interesante mencionar dos casos.

En la sentencia de la causa “L. M. c/ IOSEP”,<sup>15</sup> resolvió respecto a un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia en la cual se dispuso hacer lugar parcialmente a la acción de amparo deducida por un particular, con el objeto de obtener de la obra social demandada los gastos incurridos en el proceso de fertilización asistida, así como la cobertura de nuevo tratamiento de fertilización in Vitro (FIV) por técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

En la causa, el STJ rechazó la apelación interpuesta concluyendo que la ausencia de una norma específica que contemple la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida, no implica una razón de peso para que la obra social demandada no se haga cargo de la cobertura solicitada. En efecto, contempló el derecho a la salud en un sentido amplio del que “se deriva el derecho a exigir un mínimo de prestaciones sanitarias conforme a la dignidad humana y al nivel de desarrollo social, económico y cultural de cada sociedad”. Hizo también referencia al derecho adquirido a una mejor calidad de vida, incluido a partir de la reforma constitucional de 1994, “perteneciente a los denominados de tercera generación, o dentro del esquema tradicional, una garantía de los derechos a la vida y a la salud”.

Indicó atinadamente que:

la voluntad del constituyente fue establecer un sistema integral de protección de los derechos humanos que obliga al Estado a garantizar que todos accedan al ejercicio y goce de ellos. En esta pretensión, las acciones positivas son imprescindibles para transformar la retórica del derecho internacional de los derechos humanos en normas que garanticen su cabal cumplimiento.

<sup>14</sup> STJ (21/12/2010), “Camuñas Claudia Beatriz c/ Instituto de Obra Social Del Empleado Público Provincial (I.O.S.E.P.) s/ acción de amparo”.

<sup>15</sup> STJ (11/06/2010), “L.M. c/ IOSEP”.

Además enfatizó que:

el hecho de que los tratamientos para la infertilidad no figuren como prestación reconocida para su cobertura por la obra social, es consecuencia de no ser considerada como una enfermedad. Ello deriva de un concepto, hoy holgadamente superado, que considera la salud como una ausencia de enfermedad. Empero, de la propia definición de la OMS surge que la salud es más que un concepto binario, abarca una dimensión holística de los seres humanos.

Sobre la misma temática el STJ se expidió en “Barrio María Carolina c/ Asociación Mutual Sancor-Sancor Salud”.<sup>16</sup> En la causa, la Asociación Mutual Sancor Seguros interpone recurso de apelación contra la resolución de primera instancia que hizo lugar al amparo ordenando a cubrir de manera íntegra todos los gastos que demande el tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad, FIV por técnica ICSI, incluidos los medicamentos, a realizarse por el médico y el establecimiento elegidos por la actora, en dos oportunidades sucesivas. En el caso de obtener resultado negativo en el primer intento, brindarle igual cobertura para una segunda fertilización.<sup>17</sup> El tribunal rechaza el recurso, confirmando la resolución apelada en protección a los derechos a la salud reproductiva, indicando que está comprendido dentro del derecho a la vida, derecho a la salud sexual y derecho a fundar una familia, y a gozar de los beneficios del progreso científico. Destaca que el artículo 8 de la Ley N° 26862 y el Decreto reglamentario N° 959/2013 “tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de

<sup>16</sup> STJ (11/03/2016), “Barrio María Carolina c/ Asociación Mutual Sancor-Sancor Salud”.

<sup>17</sup> La apelante fundamenta el recurso manifestando que el art. 8 de la Ley N° 26862 y su Decreto Reglamentario, que establece los medicamentos quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), nada dice acerca de una limitación en el alcance de la cobertura de los medicamentos, los que ya se encontraban incluidos en el Formulario Terapéutico del PMO (Res. 310/04 M. Salud) con un alcance de cobertura del 40%. Asimismo solicita que se disponga la cobertura en los prestadores inscriptos en el registro creado por la Superintendencia de Servicios de Salud y que sean contratados por esa Asociación Mutual, pues exigir que la cobertura sea donde los actores quieren resulta en desmedro del resto de la población beneficiaria, más aún cuando el beneficiario tiene a su disposición prestadores idóneos. Hace saber que de manera excepcional se procede a autorizar el tratamiento solicitado hasta tres intentos como lo dispone la Ley N° 26862, hasta cubrir la suma de pesos veinte mil cada tratamiento (\$ 20.000), y que estaba en condiciones de cubrir el tratamiento de la amparista, a practicarse con el profesional elegido por la misma, hasta ese valor.

reproducción médicamente asistida” indicando que incluye los medicamentos, y que “los agentes que brindan cobertura de servicio de salud no están facultados para imponer límite al respecto; resultando ilegal el límite económico que la accionada pretende imponer a la cobertura”. Además cita lo dispuesto por la Ley N° 23660 en cuanto a que: “las obras sociales destinarán sus recursos en forma prioritaria a prestaciones de salud”.

Reiterando su criterio fundado en la definición de la OMS explica que

en autos se encuentran comprometidas prerrogativas convencionales/constitucionales que hacen al derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psicofísico y emocional de una persona del derecho a la vida, a la libre determinación, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible, a la protección de la familia y a la intimidad, siendo este último de singular relevancia

y que “la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica”.

El STJ recalca el deber del Estado de tutelar estos derechos fundamentales a pesar de la ausencia de normativas reglamentarias, al explicar que la definición de la OMS “además de significar un ideal de la vida de los individuos, importa la obligación estatal de tomar medidas sobre la materia”.

Refiriendo nuevamente al derecho a la salud en sentido amplio, recalca el estado de vulnerabilidad emocional en el cual se encuentra la actora, por estar impedida de procrear, lo que representa un desmedro en su salud y constituye un derecho pasible de protección con la finalidad de evitar una mayor afectación ya sea tanto física, psíquica como social. Y a este respecto enfatiza:

es evidente que el Estado se encuentra obligado a paliar las deficiencias que impiden la reproducción natural de una persona y no solamente a sostener a aquellos que no se ven afectados por impedimentos en su función reproductora. Los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente, pues una persona no es una suma de atributos contenida en un determinado texto legal, más bien es la medida del ejercicio efectivo del contenido de los derechos humanos, por eso quien ve afectado sus derechos humanos, ve afectada su condición de persona.

Por último, merece destacarse la sentencia dictada en “Iturre”,<sup>18</sup> en la cual se trata el derecho a la salud en relación con los derechos del niño y los de las personas con necesidades especiales.<sup>19</sup> El fallo del STJ hace lugar al recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que rechaza un amparo. Entiende que resulta desatinado entender fuera del sistema a un afiliado por el hecho de haber sido tratado por un equipo interdisciplinario compuesto por profesionales no prestadores de la obra social, pues le asisten derechos que encuentran fundamental apoyo en cláusulas constitucionales, y a nivel internacional convencional que no pueden ser discutidos ni minimizados.

En particular, es digno de mención especial el voto del Dr. Eduardo José LLUGDAR quien recalcó que el afiliado, al ser niño y acreditar una discapacidad psicológica (autismo), se encuentra sometido a una doble situación de vulnerabilidad, por lo que sus derechos se encuentran especialmente tutelados por las Convenciones Internacionales que refieren a la protección de los Derechos del Niño, y además amparados por los instrumentos que garantizan el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Basándose en la Convención de los Derechos sobre las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo,<sup>20</sup> recalca que la obligación de los Estados parte respecto a la adopción de las medidas administrativas, legislativas y de toda índole, para que sea efectivo el ejercicio de los derechos y todo tipo de medidas para erradicar prácticas discriminantes por motivo de discapacidad. También destaca la obligación de tomar todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y niñas con discapacidad, gocen plenamente de todos los DDHH y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, siendo principio rector su interés superior. Asimismo, afirma que las personas con Diversidad Funcional tienen derecho a gozar del más alto nivel

**18** STJ (10/09/2014), “Iturre Cesar Eusebio c/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) s/ Recurso de Amparo-Apelación”.

**19** Se interpone recurso de apelación contra la resolución que rechazara el amparo contra la obra social que se había negado a cubrir el costo total del tratamiento del hijo menor y discapacitado del actor, manifestando que se estaba restringiendo la cobertura al punto de que el afiliado debía cubrir el 75% del valor del tratamiento mediante pago de reintegros, fundado en la elección por parte del afiliado de profesionales o institutos no prestadores. Entendiendo que todo lo cual resultaba ilegal y arbitrario siendo que la misma ley reglamentaria de la obra social, determina la obligación de una prestación integral, en concordancia con la normativa respectiva sobre discapacidad.

**20** Ratificada por Argentina mediante Ley N° 26368 en el año 2008.



posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, debiendo para ello los Estados Parte adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso a las personas con discapacidad a servicios de salud y garantizando las prestaciones adecuadas conforme a su problemática incapacitante. Por último, impone proporcionar programas de atención de salud gratuitos o a precios asequibles y de la misma variedad y calidad de los destinados a las demás personas.

En este sentido, se recalca la obligación de la judicatura de efectuar un control de constitucionalidad “ex officio” entre las normas internas y los tratados internacionales. Indicando que los jueces locales están obligados

a velar y tutelar el efectivo cumplimiento de los objetivos y fines de los Instrumentos Internacionales, más allá de las disposiciones del Derecho Interno, y en especial, cuando el contenido de los mismos refiera a Derechos Humanos, debiendo realizar una tarea interpretativa lo más apropiada para garantizar no solo el reconocimiento sino el concreto allanamiento para el eficaz ejercicio del Derecho sobre legítimos destinatarios.

### **3.2. Derecho al trabajo, vivienda y educación**

En pocas ocasiones el STJ se ha pronunciado sobre otros DESC, procedemos a hacer alusión a algunas de dichas causas de manera somera.

Respecto a los derechos del trabajo, en la causa “Giménez”<sup>21</sup> la Corte provincial tuvo en consideración un recurso de casación interpuesto contra una sentencia en la cual se había resuelto desestimar rubros indemnizatorios en función de una supuesta renuncia tácita del trabajador por falta de reclamo oportuno. El STJ admite parcialmente la casación advirtiendo que si bien el “principio de progresividad” no ha sido enunciado en forma explícita por la Ley de Contrato de Trabajo, se vincula con el orden público laboral y con el principio concomitante de irrenunciabilidad.

En efecto, denota que a los principios propios de derecho laboral protectorios, de irrenunciabilidad, de continuidad, de primacía de la realidad, de buena fe, de justicia social, de equidad, de igualdad o no discriminación y de gratuidad, hay que adicionarle el denominado “principio de progresividad”

<sup>21</sup> STJ (1/08/2010), “Giménez, Héctor Sandro c/ Prignon Vincent Andre Luc y/o Responsable s/ Diferencia de haberes”.

enunciados en la Convención Americana de Derechos Humanos y el PIDESC, que integran el bloque de constitucionalidad del artículo 75, inciso 22 CN. El principio refiere “a la necesidad de que los Estados Partes, en su derecho interno, en forma gradual logren hacer respetar con plena efectividad los derechos” y aclara que “cualquier cambio que se produzca en el contrato de trabajo sólo puede realizarse si el mismo mantiene el *status quo ante*, o en su caso, si se logra una mejora en sus derechos”. De esta manera “los derechos ya consagrados no podrán degradarse, ni podrán reducirse y mucho menos anularse”.

En función de los fallos del STJ a los cuales hemos tenido acceso podemos decir que las cuestiones relativas al derecho a la vivienda suelen resolverse desde la órbita del derecho civil, en particular de los derechos reales,<sup>22</sup> sin siquiera hacer mención a las disposiciones de la CN, ni a los DESC.

Encontramos una excepción en cuanto a la CN en el caso “Fortunato”,<sup>23</sup> en el cual al dirimirse el mejor derecho sobre una casa adjudicada por el Instituto Provincial de la Vivienda (IPVU), el STJ entendió que trascendía el derecho de los particulares, precisando que el objeto de la adjudicación de este tipo de viviendas tuvo una finalidad social y un interés público preponderante, ya que el artículo 1 de la Ley N° 24464 que crea el Fondo Provincial de la Vivienda (FONAVI), a la que adhirió la provincia, tiene por objeto facilitar las condiciones necesarias para posibilitar a la población de recursos insuficientes, en forma rápida y eficiente, el acceso a la vivienda digna, conforme a lo previsto en el artículo 14 CN.

Particularmente, podemos traer a colación la sentencia dictada en la causa “Torrens”.<sup>24</sup> Allí se impugna una resolución definitiva de cámara que revoca un decisorio del juez de primera instancia, haciendo lugar al levantamiento de un embargo sobre un inmueble dispuesto en un juicio ejecutivo y declarando la constitucionalidad del artículo 37 CP y la Ley provincial N° 6317. Dicha ley provincial, reglamentaria del artículo 37 párrafo tercero de la CP, dispone la inembargabilidad de la vivienda única y la considera automáticamente inscrita

<sup>22</sup> Por ejemplo STJ (09/1996) “Gorosito, Cruz Antonio c/ Graciano, Carlos A. s/ Interdicto de Recobrar la Posesión”.

<sup>23</sup> STJ (28/11/2007), “Fortunato, Rubén Darío c/ Morales, Wendy Edith y/u otros s/ Desalojo-Casación Civil”.

<sup>24</sup> STJ (27/02/2009), “Torrens José William c/ Paz, Néstor Enrique y Otro s/ Cobro de Dólares Estadounidenses-Casación Civil”.

de pleno derecho, apartándose del régimen nacional del bien de familia (Ley N° 14394) que establece el sistema de registración. Importa destacar que, para arribar a tal conclusión, el tribunal de apelaciones sostuvo que el plexo normativo constituido por tratados internacionales de jerarquía internacional –Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre y PIDESC– impone al orden jurídico positivo argentino garantizar a los ciudadanos un nivel de vida adecuado en el cual no puede estar ausente el derecho a una vivienda digna, siendo adecuada y válida para esto la normativa provincial.

Cabe hacer mención al voto del Dr. LLUGDAR, quien citando la doctrina sentada por la CSJN por sentencia de fecha 19/03/02 en “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini”,<sup>25</sup> e indicando que la Ley nacional N° 14394 se compadece con las disposiciones supranacionales y con el principio esgrimido por el artículo 14 bis CN de protección integral de la familia manifiesta:

los principios contenidos en los tratados internacionales involucrados, expresan en sus enunciados que los países suscribientes deben adecuar su legislación de modo tal que permita la protección de la vivienda, pero de ningún modo establece forma o mecanismo que debe ser implementado en el sentido de automaticidad, por lo que reitero no es válido el argumento de que no existían normas federales que conlleven al cumplimiento efectivo de la recomendación establecida en los tratados internacionales implicados, en razón de que la aludida ley nacional de bien de familia –que fue dictada como consecuencia y durante la vigencia de la Constitución de 1949 de neto corte social– es lo suficientemente amplia y comprensiva para propender que todo habitante del Estado Argentino, que ostente el carácter de propietario, pueda asegurar una vivienda para él y su familia [...] poniéndola a salvo de su ejecutabilidad.

Concluye el STJ que una disposición en la que se declara la inembargabilidad de forma automática solo puede ser emanada por una ley dictada por el Congreso Nacional, y que el artículo 37 de la CP y la Ley provincial N° 6317

<sup>25</sup> Cuestión suscitada con normas locales de la provincia de Córdoba, en la cual declara inconstitucional que normativas de orden local establezcan la inembargabilidad de bienes, por considerar que dicha materia legislativa es facultad del Congreso de la Nación en razón de constituir cuestiones de derecho sustancial común, vinculadas a la relación acreedor-deudor, y por lo tanto no se adecua a lo establecido en el art. 75, inc. 12 CN por ser materias delegadas de las provincias al orden federal.

legislan en contradicción con el principio de inscripción registral establecido en la Ley nacional N° 14394 y los artículos 31, 75, inciso 12, 121 y 126 y concordantes de la CN, afectando el derecho a la libertad de los ciudadanos. Por tanto, declara la inconstitucionalidad del artículo 37 *in fine* de la CP y la Ley provincial N° 6317.

Entre los fallos relativos al derecho a la educación encontramos el expedido en la causa “Rodríguez”.<sup>26</sup> En esta causa, le tocó resolver a la corte un recurso de apelación deducido contra una sentencia que rechaza un amparo, en el cual la amparista había solicitado que se declare nula el acta administrativa que rechaza el planteo de rectificación de su designación como directora interina de una escuela, en lugar de vice directora como consideraba lo preveían las normas reglamentaria, lo cual dio lugar a su desplazamiento por la designación de otra docente en ese cargo, y su retorno como maestra titular del establecimiento. De todas maneras, por cuestiones vinculadas al procedimiento administrativo el STJ rechazó el recurso.

#### 4. CONCLUSIÓN

Sabemos que los DESC son bienes fundamentales que los ordenamientos jurídicos locales dentro del sistema federal no deben dejar de contemplar en sus cartas magnas y en su legislación general, sin embargo para su efectiva protección y realización esto no basta. Un verdadero reconocimiento de los mismos implica poner en funcionamiento todo el aparato estatal a su servicio, con participación de los tres poderes, de modo tal de garantizar su operatividad.

Así, es responsabilidad de los poderes públicos ejercer acciones positivas<sup>27</sup> que se traduzcan en prestaciones para el efectivo goce y ejercicio de tales prerrogativas.

<sup>26</sup> STJ (02/09/2008), “Rodríguez, Nelly Susana c/ Consejo General de Educación s/ Acción de Amparo-Apelación”

<sup>27</sup> En este sentido, CLÉRICO indica con referencia al derecho a la salud pero que entiendo plenamente aplicable a todos los DESC, que del juego de los arts. 1 y 2 de CADH, el PIDESC, las Observaciones Generales N° 14 y N° 5 del Comité de DESC, se puede concluir que los deberes positivos del Estado pueden ser por lo menos de tres tipos: a) de aprobar leyes u otras normas que terminen de generar condiciones para que el sujeto titular pueda hacer uso de su derecho sin necesidad de tener que transitar la vía administrativa, judicial o de cualquier otro

En cuanto a la determinación del alcance de estas obligaciones de hacer positivo, estamos de acuerdo con la idea de que los Estados tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización de los derechos. Por ende, estos

no pueden darse por satisfechos con el reconocimiento de un mínimo del derecho, porque el cumplimiento de los derechos prestacionales es progresivo, lo que significa que este cumplimiento debe ir en aumento y no puede quedarse estático con respecto a determinadas prestaciones. Así, los principios de realización progresiva y de no regresividad son conceptos destinados a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad, porque exigen que sea el Estado quien deba justificar que ha hecho todo lo posible (respecto de los recursos) para satisfacer el derecho. De esta manera, toda medida regresiva deberá estar justificada por razones de suficiente peso (RONCONI, 2013: 980 y 981).

En este sentido, el poder judicial ocupa un rol muy importante en la concreción de los DESC en la realidad social. Los jueces son intérpretes del derecho al expedir sus resoluciones, y el ejercicio del control de constitucionalidad a su cargo, lleva implícita la obligación de controlar el debido cumplimiento de los pactos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad federal.

El efectivo cumplimiento de los DESC según su exigibilidad en la sociedad debería ser el eje transversal en toda interpretación jurisdiccional, acorde a un mejor ejercicio de tales derechos, de manera de no transformarlos en letra muerta o tornar utópica su realización.

Podemos decir que a lo largo de los años la provincia de Santiago del Estero ha tenido un avance significativo del derecho en el ámbito constitucional, y en particular en las cláusulas de reconocimiento de los DESC. Sin embargo,

tipo para reclamar por el ejercicio efectivo de sus derechos; b) de organización y de procedimiento que exigen que el Estado haga algo en el sentido de determinar y de disponer de la organización y de procedimientos indispensables para que se puedan realizar los derechos y exigirlos en caso de incumplimiento por acción u omisión; c) de dar, por ejemplo, bolsas con alimentos, bonos o dinero, las leyes de ayuda social, la entrega de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, prestación directa de servicios de salud, financiamiento de tratamientos y operaciones, etc. (CLÉRICO, 2009).

el progreso normativo no siempre se encuentra acompañado por la actividad jurisprudencial.

Según hemos visto, el STJ ha llegado a conclusiones atinadas y acordes a los conceptos actuales del contenido del derecho a la salud según el derecho internacional de los DDHH, logrando ampliar el contenido meramente normativo de derecho interno en su protección y sentando importantes precedentes en la materia. Sin embargo, escasean las referencias a otros DESC en estos términos, incluso sin siquiera hacer mención a la propia CP. Tampoco es común el ejercicio de la ponderación entre derechos, ni los análisis sobre la operatividad de estos.

El cumplimiento de prestaciones para efectivizar los DESC en la comunidad, exige la presencia de jueces que garanticen su ejercicio real a partir del cumplimiento del contenido mínimo indispensable, respetando los principios de realización progresiva y no regresividad, para permitir que se vaya ampliando la protección.

Pues, siguiendo a ALEXY, considero los derechos constitucionales como mandatos de optimización, y como principios son “normas que requieren que algo se realice en la mayor medida posible en el derecho y en los hechos” (MÖLLER, 2011: 82). En cuanto a esto, creemos que en la justicia provincial aún queda mucho por hacer.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

CLÉRICO, M. L. (2009). El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno? *La Ley 2009-D*, 902.

Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente del año 1997.

LUNA, L. S. (2013). Hacia la enfatización del derecho a la salud como bien social en Santiago del Estero. En L. CLÉRICO, L. RONCONI Y M. ALDAO (COORDS.), *Tratado de Derecho a la Salud: tomo III* (pp. 2123-2149). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MÖLLER, K. (2007). Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, 5(3), 453-468. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/mom023> [Traducción castellana: BEADE, G. A. y RONCONI, L. M. (2011), *Ponderación y estructura de los derechos*. En G. A. BEADE y

- L. CLÉRICO (eds.), *Desafíos a la ponderación* (pp. 79-113). Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia].
- PIZZOLO, C. (2002). *Constitución Nacional comentada, anotada y concordada junto a los Tratados Internacionales con Jerarquía constitucional y la Jurisprudencia de los Organismos Internacionales de Control* (pp. 447). Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- RONCONI, L. M. (2013). *Derecho a la salud: entre reglas y principios*. En L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud: tomo II* (pp. 977-1002). Buenos Aires: Abeledo Perrot.





---

# Tierra del Fuego

**MAXIMILIANO J. MALNATI  
Y MAXIMILIANO A. TAVARONE**

## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro del tejido de instituciones que alberga el Estado constitucional, los poderes preferidos para llevar a cabo las obligaciones que se desprenden del establecimiento de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son, primariamente, los denominados poderes políticos, es decir, el Ejecutivo y el Legislativo. A excepción de aquellos derechos que debe garantizar en forma directa (v. g.: acceso a la justicia), al Poder Judicial le cabe el rol de actuar cuando los demás poderes incumplen con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción u omisión, o por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho que se trate.

La complejidad del fenómeno social torna difícil una explicación secuencial de cuáles son las condiciones necesarias para que este diseño constitucional funcione adecuadamente. Más complicado aún resulta efectuar diagnósticos prácticos y establecer acciones concretas que permitan sacar del inmovilismo a los actores involucrados; v. g., estableciendo un programa estratégico de políticas públicas en la materia que pueda encarar reformas de corto, mediano y largo plazo.

El grado de importancia del litigio como vehículo del cambio social y la efectivización de los DESC no es uniforme ni aun dentro de una misma comunidad, en un momento determinado. No obstante, existe un consenso en admitir que de la justiciabilidad de los DESC depende su reconocimiento jurídico. Como indican ABRAMOVICH y COURTIS (2009: 973-974) este es uno de los instrumentos básicos para encaminar su plena realización en un Estado de Derecho.

En este contexto, se le ha adjudicado un papel trascendente al denominado litigio estratégico o estructural. CORREA (2008) define este concepto como la promoción de acciones judiciales, generalmente de gran escala, para seleccionar, analizar y poner en marcha la disputa de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un Estado o región.

Otros estudios también han hecho hincapié en las causas iniciadas directamente por particulares o pequeñas comunidades, incluso en ausencia de una estructura de apoyo para la movilización ante los tribunales. Así, WILSON (2009) los considera como instrumentos alternativos efectivos para el cambio social.

En cualquier caso, para quienes desean alentar el desarrollo del derecho y la justiciabilidad de los DESC, resulta fundamental conocer estos desarrollos jurisprudenciales y las lecciones aprendidas a partir de ellos. Como bien apunta LANGFORD (2009), un empleo insuficiente de las herramientas judiciales disponibles puede ser tan pernicioso como un uso excesivo o demasiado ambicioso del sistema judicial que desmovilice las posibilidades de acción política o el desarrollo gradual de la jurisprudencia.

En Argentina, y en especial a partir de la reforma constitucional de 1994, existe una tendencia sostenida, en virtud de la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la exigibilidad de los DESC y la necesidad de que el Estado realice acciones positivas para su progresiva y plena efectividad. Asimismo, es posible advertir que el marco jurídico de los DESC en las provincias respeta los lineamientos y compromisos asumidos por el Estado nacional en la materia. Esto significa que el bloque normativo de las jurisdicciones provinciales contempla mecanismos normativos de protección y garantías generales sobre DESC, acordes a lo establecido por las normas internacionales.

Sin embargo, está claro que el grado de desarrollo económico, social y cultural en las provincias argentinas no es en absoluto homogéneo, lo cual supone una realidad distante de los objetivos planteados por las disposiciones supralegales. Esto plantea, a su vez, escenarios de conflicto judicial cuyo abordaje presenta matices diferenciales, aun tratándose de los mismos derechos.

En este trabajo se han escogido una serie de garantías que ocupan un papel central en el panorama desplegado ante el Poder Judicial de la provincia

de Tierra del Fuego, en atención a su alto grado de litigiosidad: el derecho a la salud, los derechos de las personas con discapacidad, y el derecho a la vivienda digna.

## 2. DERECHO A LA SALUD

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) prescribe “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. De acuerdo al Comité de DESC de la ONU, este derecho abarca los siguientes elementos “esenciales e interrelacionados”: a) *disponibilidad*: el Estado deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas;<sup>1</sup> b) *accesibilidad*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, en cuatro dimensiones superpuestas: (i) no discriminación; (ii) accesibilidad física; (iii) accesibilidad económica; (iv) acceso a la información; c) *aceptabilidad*: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica, la confidencialidad y la diversidad cultural; d) *calidad*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad (v. g.: personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas).

Por su parte, de acuerdo al artículo 14 de la Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, todas las personas gozan en la provincia del derecho a la salud, a la integridad psicofísica y moral, y a la seguridad personal. Luego, conforme el artículo 53,

el Estado Provincial garantiza el derecho a la salud mediante acciones y prestaciones promoviendo la participación del individuo y de la comunidad. Establece,

1 “Esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS” (Observación General N° 14/2000, ap. I.12).

regula y fiscaliza el sistema de salud pública, integra todos los recursos y concreta la política sanitaria con el Gobierno Federal, los gobiernos provinciales, municipios e instituciones sociales, públicas y privadas. La ley de salud pública provincial deberá como mínimo: 1- compatibilizar y coordinar la atención que brindan los sectores público y privado. 2- implementar la atención médica con criterio integral: prevención, protección, recuperación, rehabilitación, incluyendo el control de los riesgos biológicos, psicológicos y socioambientales. 3- dar prioridad a la asistencia materno infantil, sanidad escolar, tercera edad y distintos tipos y grados de discapacidad. 4- promover acciones que protejan la salud en los ámbitos laborales. 5- promover acciones de saneamiento ambiental. 6- implementar la sanidad de fronteras. 7- garantizar la atención médica a los pobladores rurales. 8- implementar la elaboración y puesta en vigencia de un vademécum de aplicación en los hospitales y centros de salud públicos, y facilitar su acceso a toda la población. 9- promover la permanente formación, capacitación y actualización de todos los agentes de la salud. 10- establecer normas de prevención contra la drogadicción, combatir su origen y consecuencias y atender integralmente la rehabilitación.

Las decisiones de la Justicia fueguina han hecho mérito de las disposiciones mencionadas precedentemente, según veremos a continuación.

### **2.1. *Tratamiento terapéutico especializado***

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia ha sentado un criterio obligatorio<sup>2</sup> en la materia a partir del caso “Fuchs”, sentencia del 14 de septiembre de 2007. Se trató de un litigio en el cual la actora perseguía que la obra social provincial se hiciera cargo del tratamiento a una menor discapacitada mediante un centro educativo terapéutico especializado, a lo que la prestataria se oponía aduciendo contar con un programa propio, en cuyo marco se habían contratado los servicios de otra institución. Durante el curso de la causa, el Tribunal no consideró acreditado por la accionada el otorgamiento de un tratamiento acorde a la dolencia presentada por la menor, al “no haber presentado un informe circunstanciado sobre el tipo y metodología del tratamiento a seguir”, lo cual sí había efectuado el centro que realizaba el

<sup>2</sup> Conforme el art. 37 de la Ley Provincial N° 110, “los pronunciamientos del Superior Tribunal en cuanto determinen la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales y de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales y Jueces”.

seguimiento de la niña. En consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo y ordenó a la obra social provincial la cobertura del costo de tratamiento bajo el cual se encontraba la menor, hasta tanto la prestataria estableciera en forma clara y concreta el tipo de tratamiento terapéutico a seguir, con especificaciones de la clase de capacitación de los profesionales encargados del mismo, la delimitación concreta del espacio terapéutico acorde a la discapacidad de la menor y fijando como prioridad su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social.

No obstante tratarse de una persona con discapacidad, la decisión comentada hizo hincapié en varios aspectos vinculados al derecho a la salud. La resolución acompañó la doctrina de la Corte Federal en los siguientes aspectos: (i) el Estado tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (*Fallos*: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931); (ii) en un sistema de cobertura universal, el Estado debe asegurar el necesario tratamiento de la persona afectada en su salud, ya que, de no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (CSJN *in re*: “Orlando”, *Fallos*: 323:3229); (iii) si bien en el marco del sistema de obras sociales en principio no corresponde a los afiliados la elección de quiénes deben proveer sus prestaciones, esta regla cede cuando no se adecuan a las pautas requeridas por la dolencia del paciente (CSJN, 05/04/2007, “Ruiz”, La Ley, 05/04/2007, 6).

## **2.2. Implantes dentales**

A “Fuchs” siguieron muchos otros casos. Uno de ellos, también resuelto favorablemente al amparista, fue planteado por una afiliada a la cual la obra social le denegaba una solicitud de cobertura de implantes dentales. La Cámara confirmó la sentencia de grado, que había ordenado a la demandada cubrir el cien por ciento de los implantes y prótesis ordenados por el galeno de la accionante. La alzada hizo específica alusión al PIDESC, a los artículos 42 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y al artículo 14, inciso 1 y 2, 20 y 53 de la carta magna provincial, en los siguientes términos:

es preciso tener en cuenta lo previsto por el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación a la progresividad en la adopción de medidas tendientes a la plena efectividad de este derecho, entendiendo que habiendo autorizado el IPAUSS la interconsulta con los Dres. [...], la actitud asumida con posterioridad en cuanto a la no continuidad del tratamiento, importa violar lisa y llanamente el principio de progresividad que goza de raigambre constitucional (“Mazo”, sentencia del 08 de abril de 2009).

### **2.3. Fertilización artificial**

Una nueva intervención de los jueces se suscitó cuando una mujer demandó a la obra social para que le brindara la cobertura requerida para el tratamiento de fertilización heteróloga con ovodonación, y aquella se la negó. Aquí la segunda instancia confirmó el fallo de grado que hizo lugar a la acción, diciendo que “el derecho a procrear, a la vida, a formar una familia, hacen a la esencia de la condición humana, siendo parte integrante del derecho a la salud”. Y en base a las constancias de la causa, en particular de los estudios médicos practicados, ponderó que existía la posibilidad de sanear la discapacidad reproductiva, más allá de que el tratamiento no se encontrase incluido en el menú de prestaciones de la obra social (“M., E. C.”, sentencia del 11 de junio de 2013).

### **2.4. Reintegro de operación de trasplante de córnea**

En una oportunidad, los vocales de la Sala también debieron revisar un fallo de grado en un supuesto en el que el actor había optado por autoderivarse a un instituto oftalmológico con el cual la obra social no tenía convenio, para efectuarse una operación de trasplante de córnea, y reclamaba el reintegro de los gastos insumidos. La acción había sido rechazada en primera instancia, al considerar el magistrado actuante que la pretensión era de índole económica y excedía el marco del amparo. La Cámara, por el contrario, hizo lugar al recurso y a la demanda. A tal efecto, citando un precedente del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero,<sup>3</sup> el fallo hizo predominar el “derecho legítimo del paciente a recibir el tratamiento indicado por su médico, cuando

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero (1/4/2004). “Vera”.

la prescripción es debidamente fundamentada de acuerdo a criterios de racionalidad médica”, garantía que se estimó “no puede quedar supeditada a las fluctuaciones del mercado, ni a resoluciones administrativas de una obra social, menos aún ‘economizar’ la salud del paciente”. En particular, la alzada valoró negativamente la demora de la obra social en dar respuesta al actor en el plazo que requería una intervención de esas características, vinculada con la disposición del tejido y órgano conforme la normativa que rige la lista de espera del INCUCAI (sentencia recaída en “C.N.A.R.”, del 30 de septiembre de 2015).

## **2.5. Derivaciones médicas**

Dadas sus características geográficas y el grado de complejidad de los servicios de salud disponibles en la Isla de Tierra del Fuego, son frecuentes las evacuaciones o derivaciones médicas aéreas, tanto programadas como de urgencia, a instituciones públicas y privadas del resto del país. En torno a ello se generan una serie de disputas que los beneficiarios de la obra social provincial han terminado por conducir al Poder Judicial y que se refieren tanto al derecho a obtener una derivación, cuanto a la cobertura asistencial respectiva (traslado, alojamiento, racionamiento). En relación al primer punto, la Cámara de Apelaciones sostuvo que resultaba inconstitucional –juzgándola contraria al principio de progresividad previsto en los arts. 2.1 y 11, inc. 1 del PIDESC– una resolución de la obra social que limitaba las derivaciones indicadas en el marco de la patología exhibida por la actora (“M., G.I.”, sentencia del 13 de mayo de 2015). En tanto, respecto de lo segundo la Sala confirmó una condena de grado que no solamente había indicado al ex Instituto a que brindase el apoyo económico a favor del paciente y de su acompañante cada vez que fuera derivado, sino que, además, le hizo saber a la Institución que debía actualizar mensualmente el monto fijado en sus resoluciones para estas “ayudas” económicas, en razón del índice de inflación que publicase el INDEC (“Ross”, sentencia del 22 de junio de 2016). Más adelante, en “P. M. V.” (sentencia del 25 de octubre del mismo año), la Cámara se encargó de aclarar que lo que el Instituto denomina “ayuda”, en rigor constituye un subsidio, una prestación accesorio de la derivación, resultante del impedimento del sistema de otorgarle una prestación médica en la Provincia: “al verse obligado el afiliado a viajar a Buenos Aires para la cura de sus padecimientos, resulta lógico

pensar que la obra social se deba hacer cargo de los accesorios básicos que ello acarrea, es decir: alojamiento, alimentación y traslados” (considerando V.1, primer párrafo).

## **2.6. Provisión de insumos hospitalarios**

Como ejemplo de litigio estructural puede citarse el caso “Molinari, Mario E. y Asociación de Profesionales del Hospital Regional de Ushuaia s/ Amparo” (sentencia del 27 de octubre de 2005), en el cual la Alzada hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Ministro de Salud de la provincia que proceda a proveer los insumos indispensables para la provisión regular del servicio en el Hospital, en el plazo de quince días. En tal sentido, el voto del Dr. De La Torre consideró que la falta de provisión de insumos al nosocomio constituía

una clara violación de preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la salud, y los jueces tienen el deber de proveer a la tutela judicial inmediata, en tanto derecho inalienable derivado de la dignidad humana, y los habitantes son acreedores del débito estadual y están en condiciones de exigir a las autoridades el aseguramiento de un estándar mínimo de calidad de atención, tanto en recursos humanos como en suministro de materiales y elementos inherentes e indispensables a la actividad sanitaria, para hacer efectiva la prestación de la obligación constitucional en materia de derechos sociales a cargo del Estado.

Por su parte, el Dr. TABÁREZ GUERRERO estimó acreditada la lesión al derecho a la salud, por vía de

reducción, disminución o limitación al derecho, según la prueba aportada y ya analizada, en cuanto el Hospital no cuenta con insumos, medicamentos y equipamiento básicos para brindar adecuadamente el servicio que debe prestar a la comunidad. Y la arbitrariedad manifiesta surge de la falta de provisión de dichos elementos e insumos, sin que se haya dado razón suficiente de una imposibilidad actual.

De acuerdo al comentario de OLIVERO (2016), la sentencia previó la conformación de una comisión tripartita (compuesta por un representante del ministerio, por el director del nosocomio y por un representante de la asociación



actora) con el objeto de determinar los insumos imprescindibles para el normal funcionamiento del Hospital. Dicha comisión debía expedirse para que el Ministro de Salud abasteciera al nosocomio. Asimismo, se le encomendaba reunirse cada tres meses, para valorar las necesidades funcionales existentes, pronunciarse sobre el particular y evitar en lo ulterior situaciones análogas.

Este cuadro fáctico volvió a reproducirse varios años después en la ciudad de Río Grande, donde tramitaron los autos: “Córdoba Marcelo c/ Ministerio de Salud s/ protección de intereses colectivos o difusos” (Expte. N° 21132/2014), en el que la demandante denunció, además de la falta de insumos médicos, falencias edilicias y de seguridad para el personal que prestaba servicios en el establecimiento. El sentenciante de grado desplegó aquí una apreciación crítica de la deposición efectuada por el Director del Hospital en el curso del proceso, toda vez que el funcionario había admitido las deficiencias edilicias y mobiliarias, así como también las dificultades de adquisición de insumos y la ausencia de profesionales. También desestimó el argumento defensivo empleado por el Ministerio como justificativo de dicho incumplimiento, que había alegado dificultades de carácter económico y logístico. Y juzgó que, si bien la instrumental agregada por la demandada acreditaba la realización de actos administrativos tendientes a la actualización y mejora del estado del nosocomio, de todos modos lucía probado que dicha actuación no había resultado suficiente para satisfacer adecuadamente la vulneración de los derechos invocados en la presentación liminar. En consecuencia, intimó al Ministerio de Salud de la provincia a que

adopte con carácter urgente toda medida que resulte necesaria para disponer de la infraestructura edilicia, y de los recursos materiales y humanos, que garanticen en forma plena y efectiva el adecuado servicio de salud que brinda el H.R.R.G., bajo condiciones razonables de higiene y seguridad.

No obstante, rechazó –desde nuestro punto de vista con acierto– la pretensión del actor que perseguía la intervención del Poder Judicial en la determinación de las partidas necesarias para suplir las deficiencias denunciadas y todo lo relativo a la cuantificación económica y distribución de recursos por parte de la Administración Pública (sentencia del 11 de noviembre de 2015).

### 3. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la Observación General N° 5, relativa a la aplicación del PIDESC a las personas con discapacidad,<sup>4</sup> se explica que, si bien el Pacto no se refiere explícitamente a ellas, tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos. Asimismo, se pone de manifiesto que las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, que se adoptaron en 1993, “son de gran importancia y constituyen una guía de referencia particularmente valiosa para identificar con mayor precisión las obligaciones que recaen en los Estados Partes en virtud del Pacto”. El documento también dispone que

el derecho a la salud física y mental implica también el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales –incluidos los aparatos ortopédicos– y a beneficiarse de dichos servicios, para que las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social.

A su vez, refiere al artículo 3 de las Normas Uniformes, conforme el cual, “esas personas deben tener a su disposición servicios de rehabilitación a fin de que logren “alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad”, y agrega que “todos los servicios mencionados deben prestarse de forma que las personas de que se trate puedan conservar el pleno respeto de sus derechos y de su dignidad”. Finalmente, el apartado 3G de la Observación, relativo a los artículos 13 y 14 del PIDESC, estatuye que “los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados”, velando para que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y disponiendo del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas.

4 Naciones Unidas, ACNUR (1994). *Observación General N° 5. Las personas con discapacidad*. Recuperado de [http://www.acnur.org/index.php?id=872&tx\\_news\\_pi1%5Bnews%5D=12272&tx\\_news\\_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx\\_news\\_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=293b816c99b1b623d787c3037654e4e8](http://www.acnur.org/index.php?id=872&tx_news_pi1%5Bnews%5D=12272&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=293b816c99b1b623d787c3037654e4e8)

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, compromete tanto a la República Argentina como a sus Estados provinciales a “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad” (art. 4), mediante el amplio abanico de medidas allí consideradas, entre las cuales se cuentan las que comprenden el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de los niños y niñas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás (art. 7.1), situaciones en las que una consideración primordial será la protección del interés superior del niño (art. 7.2). En lo atinente a la educación de las personas con discapacidad, el Estado debe asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida (art. 24.1), lo cual implica que se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; que se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; y que se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión (art. 24.2, incs. c, d y e); además de emplear y formar a maestros, incluidos maestros con discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad (art. 24.4).

En el orden local, el artículo 20 de la Constitución indica que

el Estado Provincial protege integralmente a toda persona discapacitada, garantizando su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social y laboral. Implementa políticas de prevención y procura que la sociedad tome conciencia y adopte actitudes solidarias. Las construcciones públicas preverán el desplazamiento normal de los discapacitados. El Estado Provincial promueve a las personas excepcionales y facilita su educación especial.

También el artículo 53, ya mencionado y vinculado al derecho a la salud, incluye en su inciso 3, la atención prioritaria de los “distintos tipos y grados de discapacidad”. Por su parte, el artículo 1 de la Ley Provincial N° 48 crea un ambicioso

régimen de equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad asegurando: atención médica especializada, educación con salida laboral, seguridad social, franquicias, beneficios y estímulos que permitan, en lo posible, neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoque para lograr una mayor integración de las personas con discapacidad al medio social.

### **3.1. Maestro integrador**

La jurisprudencia de los demás tribunales no tardó en seguir la orientación brindada por la Corte fueguina en el caso “Fuchs”, citado más arriba. Así, puntualmente en materia de discapacidad, en el precedente “P.D.O.”, sentencia del 26 de marzo de 2009, la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones de la provincia con asiento en la ciudad de Río Grande dispuso hacer lugar a un amparo impulsado por los padres de una menor que requería de un tratamiento especializado y de un maestro integrador destinado a obtener una estimulación cognitiva conveniente para alcanzar con efectividad una evolución intelectual dentro de sus posibilidades y patología. En esta oportunidad, los jueces sostuvieron que no coincidían con la accionada

en el sentido que las sugerencias formuladas por el médico [...] deben subordinarse a las posibilidades de medios públicos y privados existentes en la ciudad [...] ya que no es la patología de la niña la que debe ajustarse a las posibilidades del sistema educativo y de salud de la Provincia, sino que son los organismos públicos los que deben satisfacer los requerimientos de las personas menores que por sus enfermedades merecen especial atención y cuidado de las autoridades competentes.

Y cita a continuación en su apoyo los artículos 33 de la CN, los artículos 4, 5 y 19 de la CADH, los artículos 12 y 13 del PIDESC, los artículos 14, inciso 2, 18, 20 y 28 de la CP, entre otros.

En un litigio más reciente, la Cámara abordó una problemática similar, confirmando una decisión de grado que había extendido al Ministerio de Educación de la provincia la condena para la cobertura de gastos de una maestra acompañante de un menor. Al hacerlo, descartó la propuesta del Estado consistente en asignar un docente de la planta del Estado para que se desempeñe en una institución privada a la que concurría el niño, con fundamento

en que el vínculo que ya se había establecido entre la docente y el pequeño debía preservarse, y estimando prudente incluso que el diseño de la totalidad del dispositivo terapéutico de atención y contención del menor fuera instrumentado por sus progenitores (“A.G.”, sentencia del 09 de abril de 2015).

### 3.2. *Implante coclear*

En otra ocasión, la misma Sala debió decidir la apelación de los representantes legales de un menor que sufría de hipoacusia bilateral profunda, para obtener la provisión de un procesador actualizado para un nuevo implante coclear, dada la antigüedad y uso del primigeniamente provisto (que, según las constancias de autos, había dejado de fabricarse). El Ministerio de Desarrollo provincial oponía la modalidad de reintegro del 50%, para aquellas prestaciones de otoamplifonos que se solicitasen con prestador diferente de la Mutualidad de Hipoacúsicos, y la Obra Social local ni siquiera había respondido. El estrado consideró que

el extenso y contundente plexo normativo protectorio de la niñez y de la discapacidad nacional e internacional ha sido soslayado en el resolutorio en crisis, dando preeminencia el *a quo* a disposiciones internas del ente demandado que confrontan ostensiblemente con las reglas constitucionales en vigencia. Es justamente el marco normativo imperante en el ámbito del ente demandado el que desatiende expresas normas constitucionales de protección de la niñez con discapacidad, frustrando así el pleno goce de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional.

Así, con cita del dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Federal *in re*: “Rivero, Gladis” (*Fallos*: 332:1394), dispuso que la obra social no podía negarse a solventar la reposición del procesador de palabras (“C.P.A.”, sentencia del 15 de octubre de 2013).

### 3.3. *Gastos de cuidador domiciliario*

Finalmente, la Cámara debió resolver el recurso interpuesto por una persona de 74 años que reclamaba la cobertura total de gastos relacionados con el cuidador domiciliario de su hijo, un hombre de 35 años afectado por un

cuadro de parálisis cerebral –síndrome de Wets– con incapacidad motora de características severas y retraso madurativo cognitivo desde su nacimiento. Según lo explicado al deducir la acción, la obra social habría derivado a la actora al Ministerio de Desarrollo Social, donde se le informó que la cobertura solo alcanzaba al 50% de lo necesario, lo que importaba una erogación a cargo de la amparista que esta no estaba en condiciones de afrontar. En estas condiciones, los miembros de la Sala entendieron que el derecho a la salud “no resulta ser sólo de quien padece la discapacidad –hijo– sino de la propia accionante, quien por sus características físicas se encuentra impedida de cuidarlo” y, con cita del Protocolo de San Salvador de 1988, de la Ley N° 26378 –que aprobó la ya mencionada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo– y del principio de progresividad, estimaron que la solicitud efectuada por la accionante no lucía ni desproporcionada ni irrazonable, e hicieron lugar a la demanda, ordenando a la obra social y a la provincia, en forma conjunta, que arbitraran los medios necesarios con el objeto de cubrir los gastos que correspondían al cuidador domiciliario, en forma total.

#### **4. DERECHO A LA VIVIENDA**

El PIDESC reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida digno, lo cual incluye el derecho a una vivienda adecuada (conf. art. 11.1). El Comité DESC ha desarrollado el contenido de este derecho en dos observaciones generales. En la Observación General N° 4 se explica que “el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo” ni de vivienda a secas, sino de “vivienda adecuada” lo cual importa una serie de elementos como ser: (i) seguridad jurídica de la tenencia; (ii) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; (iii) gastos soportables; (iv) habitabilidad; (v) asequibilidad; (vi) lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales; (vii) adecuación a la identidad cultural y la diversidad. La Observación General N° 7 se refiere a desalojos forzosos (conflictos armados internacionales, disensiones internas, violencia comunitaria o étnica, construcción de presas u otros proyectos energéticos en gran escala, adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas o embellecimiento de ciudades, desbroce de tierras para

fines agrícolas, la especulación desenfrenada de terrenos o la celebración de grandes acontecimientos deportivos, etc.).

Además de ser materia constitucional nacional y local (art. 75, inc. 22, 10, 17, 18 y 31 de la CN), la provincia de Tierra del Fuego contempla el derecho a la vivienda en el artículo 23 de su Ley Fundamental: “[T]odo habitante tiene derecho a acceder a una vivienda digna que satisfaga sus necesidades mínimas y de su núcleo familiar. A este fin el Estado Provincial procurará el acceso a la propiedad de la tierra y dictará leyes especiales que implementarán los planes de vivienda”, y en los artículos 51 y 63 de las cartas orgánicas de las ciudades de Ushuaia y Río Grande. Pese a estas disposiciones, y a las acciones adoptadas por las distintas administraciones, el problema habitacional en la provincia se ha ido agravando con el transcurrir de los años, llegando a judicializarse y corporizarse en distintas resoluciones, algunas de las cuales se recensionan a continuación.

#### **4.1. *Provisión de una solución habitacional y traslado***

En el ámbito de la provincia, el caso testigo en la materia ha sido la causa “Contreras” (sentencia del 31 de mayo de 2012), resuelta por la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones. Se trató de una acción de desalojo promovida por la Municipalidad de Ushuaia contra los ocupantes de un asentamiento informal ubicado en un predio fiscal, estando vigente la Ley Provincial N° 746 de Emergencia Habitacional y Urbano-Ambiental. En este pleito, la Cámara tuvo oportunidad de valerse de examinar el meollo del asunto bajo el prisma de los artículos 14 bis y 75, inciso 19 y, recordando a GELLI, puntualizó que estas disposiciones

pone[n] en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna. Las opciones legislativas para cumplir el mandato constitucional varían y dependen de las posibilidades económicas y financieras. Pero el Estado no debe prescindir de llevar a cabo una política de desarrollo habitacional que contemple el progreso de regiones poco pobladas y con posibilidades económicas y culturales. Las alternativas posibles implican el desarrollo de políticas de largo plazo y alcance que, a través de estímulos y oportunidades de trabajo y crecimiento personal armonicen los derechos e incentiven las responsabilidades en el propio crecimiento. Aunque los tribunales no deben determinar qué políticas

habitacionales son las convenientes, sí pueden controlar las irregularidades que se manifiestan en la materia y hacer visibles con sus sentencias las omisiones sobre el punto que los poderes políticos deben subsanar.

Asimismo, los jueces hicieron expresa mención al fallo “Q. C., S. Y.” –dictado hacía poco menos de un mes– y, en particular, sus considerandos 11 y 12, en el que se esboza el conocido postulado del sistema de “garantías mínimas” como “frontera de discrecionalidad” de los poderes públicos, propio de la teoría de la justicia expuesta por el filósofo estadounidense John RAWLS. Aplicando estos conceptos al caso, la alzada consideró que el Estado había logrado medidas de acción positivas a los fines de solucionar el problema habitacional. No obstante ello, supeditó la materialización del desahucio hasta tanto la Comuna no se expidiera sobre las nuevas condiciones habitacionales en lo referente a ubicación, fecha en que sería trasladado el grupo familiar, condiciones de reubicación, plazo estimado de permanencia, estado de higiene, salubridad y seguridad, información actual del acuerdo arribado en autos, como así también “cualquier otro dato de interés conducente a brindarle certeza al recurrente sobre sus nuevas condiciones de habitación”.

#### **4.2. Solución habitacional no implica entrega en propiedad**

La cuestión destacada en el acápite fue resuelta años más tarde en otra causa (“Calle Jurado”, sentencia del 01 de diciembre de 2014), en la cual la demandada por reivindicación aducía que el Municipio capitalino no había dado cumplimiento a las pautas sentadas por la Cámara en “Contreras”. Dijeron entonces los jueces que, con relación a la afrenta vinculada a que la solución habitacional no es tal porque se la alojaría en un módulo que es siempre propiedad del Municipio, no asistía razón a la accionada, pues el Tribunal nunca había hecho alusión a que la solución habitacional importase la entrega en propiedad de un inmueble.

#### **4.3. Imposibilidad de alterar el orden del registro habitacional especial por discapacidad**

Días después de la sentencia recién mencionada, la Cámara debió analizar una demanda de amparo en que se reclamaba una vivienda para un grupo



familiar en el que se verificaba la presencia de una persona con discapacidad (“Miller”, sentencia del 11 de diciembre de 2014). En ella los jueces consideraron que “la autoridad administrativa no había incurrido en una ostensible inobservancia de su deber jurídico” al inscribir a la familia en un registro especial denominado “demanda por discapacidad” junto con otros 83 inscriptos que revestían igual condición. Los magistrados ponderaron que la inclusión en el padrón databa de poco más de un año, que se había brindado ayuda a la amparista a través de un programa de Proyecto Social, además del argumento del juez de grado en el sentido de que darle prioridad a los accionantes hubiese importado quebrar el principio de igualdad del artículo 16 de la CN respecto de los demás inscriptos con igual problemática.

#### **4.4. *Alteración del orden del registro habitacional de demanda general y entrega inmediata de vivienda***

Se trata de un proceso anterior a los mencionados (“M., P. N.”, sentencia del 25 de octubre de 2011), en el que la Sala condenó al Instituto de la Vivienda a otorgar en propiedad una vivienda que satisficiera las necesidades de la familia solicitante, dentro de los cupos destinados a cubrir la demanda general de inscriptos y sin afectar la cuota del 5% destinado a las personas con discapacidad. Además, en forma transitoria hasta la entrega de la unidad, el Ministerio de Desarrollo Social debía conferir a la progenitora de la menor una solución habitacional que reuniera las características constructivas viables para la internación domiciliaria de su hija menor discapacitada y la contención del grupo familiar, en el plazo de diez días y bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias. Aquí se juzgó que la solución no afectaba a los postulantes simplemente inscriptos en el registro, que “sólo tienen un derecho de expectativa que debe ceder ante la imperiosa necesidad de resguardar la salud de la menor discapacitada que requiere de internación domiciliaria, pues esta situación de excepción requiere de medidas excepcionales que la tutelen”. La hija de la actora, de cuatro años de edad, sufría un cuadro de cuadriparesia flácida que importaba una discapacidad física y permanente para movilizarse, alimentarse y deglutir sus propios alimentos, y los judicantes evaluaron insuficiente la pensión por discapacidad otorgada por la provincia para cubrir los gastos del grupo familiar, en particular, lo atinente al alquiler de la vivienda. Sostuvieron que

No es la patología de la niña la que debe ajustarse a las posibilidades del sistema de salud o desarrollo social de la Provincia, sino que son los organismos públicos los que deben satisfacer los requerimientos de las personas menores que por sus enfermedades merecen especial atención y cuidado de las autoridades competentes.

#### **4.5. Cambio de vivienda por una de tipología distinta**

En “R., N.R.” (sentencia del 22 de marzo de 2016), los actores requerían el cambio de la solución habitacional entregada, de dos dormitorios, por otra de una tipología diferente, de tres dormitorios, que lindara con terreno para poder ampliar, además de un crédito para la construcción. El Instituto de la Vivienda había denegado la solicitud con el argumento de que la tipología de tres habitaciones ya no se encontraba disponible. La Cámara consideró que los amparistas no habían explicitado ni probado la razonabilidad del pedido, que los padres habían fundado en el pleno desarrollo de su hijo con síndrome de Down, desde su punto de vista comprometido por el hecho de compartir la habitación con su hermana adolescente. Los jueces ponderaron también la rápida respuesta de la demanda al entregar una vivienda en el plazo de seis meses desde su requisitoria, la cual además había sido recibida por los beneficiarios previo informe de los progenitores ante la autoridad de aplicación, en el que habían manifestado que sus dos hijos podrían compartir sin inconvenientes uno de los dos dormitorios. Por último, justificaron el apartamiento de la solución brindada en “M., P.N.”, poniendo de manifiesto la gravedad de las circunstancias fácticas acaecidas en dicho precedente.

#### **4.6. Solicitud de refacción de una vivienda otorgada transitoriamente**

En un precedente con amplias repercusiones en el ámbito local, (“K., S.A.”, sentencia del 04 de julio de 2014), una mujer rescatada del delito de trata de personas promovió una acción de amparo contra el gobierno provincial solicitando se la autorizase a realizar refacciones para poner en funcionamiento los servicios de gas y electricidad de la vivienda que ocupaba, otorgada por la demandada. En su defecto, requirió el otorgamiento de un subsidio para costear un alquiler hasta tanto cesase la situación de vulnerabilidad denunciada. Sin embargo, la alzada no hizo lugar al pedido. Para así resolver, atendió

a las especiales circunstancias fácticas que rodeaban el caso, y teniendo particularmente en cuenta que el alojamiento de la amparista y su familia en la vivienda que cuestionaba, no había surgido de la asistencia brindada por el Estado en ocasión de los allanamientos en los que se comprobó que era víctima del delito contemplado en la Ley N° 26364 –circunstancia en la que rechazó la ayuda–, sino un año después, cuando con su esposo e hijos volvió desde la ciudad de Mar del Plata y, tras alojarse en otro sitio, por desavenencias con los dueños del lugar en orden a su nueva actividad –cría de perros– se halló sin techo. En este trance, el Ministerio de Desarrollo Social asiste a la actora y le otorga un hospedaje transitorio en una dependencia, que adolecía de ciertas deficiencias edilicias, pues estaba destinado a ser reacondicionado para dependencias del Ministerio. Tales limitaciones fueron objeto de oportuna puesta en conocimiento a la accionante, como surgía del acta acuerdo glosada en autos, en donde la interesada se comprometía a abandonar el inmueble antes del plazo allí indicado, que a la postre ya se había cumplido. Dijeron entonces los jueces que

claramente la ley 26.364 y el Protocolo [se refieren aquí al Protocolo de Palermo] hacen referencia a “recibir alojamiento apropiado” o “alojamiento adecuado” [...] la cual supone el carácter temporal del obrar estatal y no implica [...] la obligación de adjudicar en propiedad una vivienda. Es decir, la señora K. tiene derecho a lograr con la ayuda estatal la obtención de una vivienda digna por el sólo hecho de ser ciudadana argentina y la asistencia estatal por haber sido víctima del delito de trata de personas –lo cual contempla un alojamiento acorde–.

#### **4.7. Mediación judicial**

Para finalizar, es del caso mencionar dos litigios en los cuales la demanda de acceso a una vivienda adecuada fue rechazada al no verificarse la situación de vulnerabilidad social denunciada por los actores –quienes cohabitaban en una casa particular que debían desocupar, aunque no guardaban relación de parentesco entre sí–, no obstante lo cual las actuaciones fueron derivadas al centro de mediación –ubicado dentro de la estructura del Poder Judicial– a fin de facilitar un acercamiento entre la provincia y los reclamantes (“Quesada,

Héctor”, sentencia del 22 de noviembre de 2013 y “Martínez, Jorge”, sentencia del 04 de diciembre de 2013).

## 5. CONCLUSIONES

Hemos limitado la reseña que precede a un universo acotado de DESC, tomando en cuenta elementos tales como el mayor desarrollo jurisprudencial o el más elevado índice de litigiosidad, sin desconocer otras garantías constitucionales –derecho a la educación, derecho a un ambiente sano, previsión social– cuya judicialización ha dado lugar a pronunciamientos de los magistrados quizás menos variados, aunque no por ello menos trascendentes para la mejora de las condiciones de vida de los habitantes de la provincia.

De todos modos, a partir del trabajo elaborado es posible apreciar un desarrollo progresivo en diversos aspectos de la justiciabilidad de los DESC a nivel local, en los que la jurisprudencia, frente a las distintas problemáticas suscitadas, ha preferido posicionarse a partir de mandatos con prestaciones más o menos concretas a la Administración Pública, actuando con más moderación en lo que respecta al Poder Ejecutivo o Legislativo encargado del diseño general de los programas sociales y su presupuesto.

Sin embargo, no puede dejar de destacarse que las resoluciones de los jueces fueguinos, a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, lejos de conformarse con la inclusión de los demandantes en programas sociales de corte asistencialista, persiguen plasmar una solución concreta que ponga a salvo el derecho individual vulnerado.

Como explican ARCIDIÁCONO y GAMALLO (2009), los fallos judiciales relativos a la defensa de ciertos DESC no constituyen remedios de cumplimiento inmediato ni se agotan en un solo acto ni involucran a un único obligado sino a una multiplicidad de actores; la sentencia no culmina el proceso ni dicta la solución definitiva que se adoptará. Por este motivo, comienzan a florecer las demandas colectivas, los procesos se extienden y las etapas de ejecución de sentencia cobran tanta o más importancia que las resoluciones en sí mismas, propiciando una nueva etapa en la que la judicialización estratégica de los DESC, al menos en el orden local, pueda resultar una herramienta útil para producir un impacto significativo en la planificación de las políticas públicas que así lo exijan.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2009). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En R. GARGARELLA (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional: tomo II* (pp. 973-974). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ARCIDIÁCONO, P. y GAMALLO G. (2009). *Políticas sociales y mercado: acerca de los alcances de la justiciabilidad de los derechos sociales*. (Ponencia). 9º Congreso de Estudios del Trabajo. Buenos Aires.
- CORREA, L. (2008). Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho. *Opinión Jurídica*, 14, 149-162.
- LANGFORD, M. (2009). Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico. *Sur, Revista Internacional De Direitos Humanos*, 6 (11), 122.
- OLIVERO, E. (2016). *Siete tesis sobre los DESC, las políticas públicas y la discrecionalidad estatal desde una perspectiva de los derechos en acción*. Recuperado de [www.magistradostdf.com/media/files/olivero.doc](http://www.magistradostdf.com/media/files/olivero.doc).
- WILSON, B. (2009). Rights Revolutions in Unlikely Places: Costa Rica and Colombia. *Journal of Politics in Latin America*, 1, 59-85.



---

# Tucumán\*

**DANIELA LÓPEZ TESTA**

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (CSJT) respecto a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Se atenderá, en especial, lo relativo al derecho a la salud, educación y vivienda (4). En esto, no se pretende hacer un estudio exhaustivo, sino simplemente presentar lo más paradigmático de la jurisprudencia dictada dentro del período 2001-2017. Antes de emprender esta tarea, se va a delinear brevemente la función esencial de los DESC para la democracia (2) y se expondrá la situación normativa de los mismos en la Constitución de la Provincia de Tucumán (3).

## 2. LOS DESC COMO HERRAMIENTA DEMOCRÁTICA

Los partidarios de la democracia deliberativa (HABERMAS, 1995; NINO, 1996)<sup>1</sup> se ocupan de definir condiciones ideales para que el intercambio argumental dentro de aquella ocurra en forma adecuada. Así, por ejemplo Jürgen HABERMAS enuncia como presupuestos de este intercambio:

a) un espacio público abierto y plena inclusión de todos los afectados; b) el reparto equitativo de los derechos de comunicación; c) la ausencia de violencia de una

\* Agradezco, en orden alfabético, la ayuda en la compilación de fallos a Oscar FLORES, Edgardo LÓPEZ HERRERA, Ignacio NEME SCHEIJ y José Humberto SAHÍAN, relatores de la CSJT. Por encontrarme en Alemania, me hubiera resultado imposible la consulta de todas las sentencias que me facilitaron. También agradezco a Manuel Gonzalo CASAS por la lectura crítica del texto.

<sup>1</sup> Sobre democracia deliberativa ver además: HABERMAS (1971, 2002).

situación en la que sólo puede valer la coacción no forzosa del mejor argumento; y d) la sinceridad de las manifestaciones de todos los participantes (2004: 49).

Para que la deliberación suceda, no obstante, es fundamental que la inclusión de los involucrados en el debate no sea solo en un sentido espacial, en el foro. Los llamados a argumentar deben ser también considerados iguales, es decir, todos deben ser sujetos de derecho reconocidos como tales<sup>2</sup> y deben contar con las condiciones básicas materiales de una vida digna (CLÉRICO y ALDAO, 2016: 90). De no darse estas dos condiciones, se producen subjetividades dominantes y dominadas (CLÉRICO y ALDAO, 2016: 87). En otros términos, se generan dos tipos de ciudadanos: unos que gozan de toda la gama de derechos, y otros que quedan al margen de la toma de decisiones.<sup>3</sup> Cuando esta desigualdad es sistemática y es imposible para los actores salir por sí mismos de ella, se configura una *desigualdad estructural* (SABA, 2007). Al mismo tiempo, hay que advertir que las vulnerabilidades en las que están inmersos los sumidos en una desigualdad estructural se superponen añadiendo efectos negativos, lo que se denomina *vulnerabilidades interseccionales* (CRENSHAW, 1991).

Estas situaciones generan consecuencias nefastas para las promesas de la democracia: su discurso pierde poder de convencimiento. Ante esto, los DESC ofrecen una herramienta al Estado para revitalizar a aquella. Con ellos se pretende equiparar las oportunidades de los llamados a participar en la democracia. Aquí el Estado asume un rol fundamental. En el ámbito interno, como sujeto legitimante por excelencia (CASAS y LÓPEZ TESTA, 2015) el Estado deberá ordenar el reconocimiento del “subalterno”, del “sujeto históricamente mudo” (SPIVAK, 1998: 29) y la redistribución de recursos.<sup>4</sup> En el ámbito externo, el Estado encarna además, para los DESC, la representación de los

2 Al respecto ver: CLÉRICO y ALDAO (2016: 87-90).

3 Para Luigi FERRAJOLI, precisamente el reconocimiento de los derechos fundamentales a todos por igual es el fundamento de la democracia en sentido sustancial y de la igualdad jurídica (2009:25).

4 Un ejemplo de esto lo da la misma Gayatri SPIVAK al decir: “la cuestión de la ‘mujer’ parece especialmente problemática. En una palabra: si se es pobre, negra y mujer la subalternidad aparece por triplicado” (SPIVAK, 1998: 27 y ss.). Ver también Asensi (08/04/2006). El término subalterno fue tomado por SPIVAK de Antonio GRAMSCI, para identificar aquellos sujetos no representados que sufren múltiples vulnerabilidades de acuerdo a su identidad.



desfavorecidos de la globalización. Es que él es el último bastión contra la lógica de la eficiencia económica como único patrón de la toma de decisiones del mercado internacional (SUPLOT, 2011: 61 y ss.). Naturalmente este entendimiento de la figura estatal no es incontestable sino que se corresponde con la concepción del Estado de Bienestar, modelo que desde “la contrarreforma liberal conservadora” de los años setenta se viene desmantelando (PISARELLO, 2007: 13).<sup>5</sup> Este modelo estatal, además se ve comprometido, en estos tiempos de hiperendeudamiento mundial, por los servicios de la deuda pública que tienen la virtualidad de agotar los recursos estatales destinados al gasto público, en especial a los DESC.<sup>6</sup> En este contexto, adquiere particular relevancia la cuestión sobre la exigibilidad de este tipo de derechos, es decir, determinar si ellos constituyen obligaciones efectivas del Estado, o solo sus potestades.

La plena operatividad de esta categoría de derechos encuentra cada vez menos resistencia. No obstante, ella depende todavía de una exitosa argumentación jurídica en sede judicial. En este sentido, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) “Q.C.S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” constituye un hito en la materia. Allí, la Corte obliga al Estado a otorgar vivienda adecuada a una madre con un hijo con discapacidad en situación de calle. Se argumenta que los DESC son normas de operatividad de carácter derivado, que obligan a medidas concretas estatales, sujetas a un examen de razonabilidad por el poder judicial.<sup>7</sup>

También, es un gran avance en esta dirección el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Lagos del Campo vs. Perú” (Corte IDH, 31/08/2017). Esta sentencia utiliza por primera vez el artículo 26 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), referente a la progresividad de los DESC, para condenar al Estado por una violación a la estabilidad laboral. Este

5 Argentina no es ajena a este respecto: MAISTEGUI, FAIRSTEIN y KWEITEL (2002: 43); RIOS (2002:35).

6 Afortunadamente ya hay autores, aun en países con gran cantidad de acreedores, que sostienen que ante una situación de emergencia, no puede prevalecer el interés monetario por encima de la supervivencia del Estado. Es que antes que el *contrat privé* con el que se comprometió el Estado como privado, está el *contrat social* del Estado con su pueblo. Ver WELLER (2016: §29 y ss.) Ver también FERRAJOLI (2009: 29 y ss.) La deuda externa en Argentina ha traído numerosos conflictos en los últimos años. Al respecto ver, por ejemplo: CASAS y LÓPEZ TESTA (2017); ELESPEL (2014); CONESA (2009).

7 CSJN (24/04/2012). “Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”. *Fallos*: 335:452.

artículo había sido usado hasta ahora por parte de los Estados como una forma de excusarse del cumplimiento de los DESC por falta de presupuesto.

Pese a estos progresos creemos que para lograr avances hacia la plena operatividad de los DESC se los debe constitucionalizar de modo explícito. Cuando una norma adquiere estatus constitucional, el poder de convicción es tan fuerte en los operadores jurídicos que no dudan en fundar sus razonamientos en ella. Esto se observa particularmente, como se verá, en la jurisprudencia de la CSJT en materia de salud.

### **3. ESTADO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL EN LA PROVINCIA DE TUCUMÁN**

La Constitución de Tucumán del año 1990 (CTUC) fue modificada en el año 2006. Con esa reforma se armonizó aquel texto con la Constitución Nacional del año 1994. En la nueva normativa hay un claro énfasis puesto en los derechos humanos.

En materia de derecho a la salud, la CTUC se encuentra un paso más adelante que la carta magna nacional, puesto que lo consagra expresamente. No es necesario deducirlo del derecho a la vida, de los derechos implícitos no enumerados del artículo 33, ni del artículo 75, inciso 22, de la CN. El artículo 146 de la CTUC deja sentado que el Estado:

reconoce la salud como derecho fundamental de la persona. Le compete el cuidado de la salud física, mental y social de las personas. Es su obligación ineludible garantizar el derecho a la salud integral pública y gratuita a todos sus habitantes, sin distinción alguna, mediante la adopción de medidas preventivas, sanitarias y sociales adecuadas.

De estas líneas se extrae el carácter universalista del sistema de salud, ya que su acceso es para todos (MOEREMANS y CASAS, 2008). En el mismo artículo 146, la Constitución identifica al medicamento como “un bien social básico, siendo obligación del Estado arbitrar los mecanismos que garanticen su accesibilidad para todos los habitantes de la provincia, así como fiscalizar su procedencia y calidad”. Asimismo, se establece que le compete a la provincia ejercer el poder de policía tanto en lo referente a la legislación como a la administración de salud, y que ella tiene una responsabilidad subsidiaria en

el coste de servicios de salud privados cuando la persona no cuente con los medios para solventarse y no se le pueda brindar asistencia sanitaria en los hospitales.

En lo relativo a las personas con discapacidad, la CTUC establece en su artículo 40, entre otras cosas, que “tendrán por parte del Estado la necesaria protección, a fin de asegurar su rehabilitación promoviendo su incorporación a las actividades laborales en función de su capacidad, sin discriminación alguna”. Además, el Estado provincial les asegura la prestación de servicios médicos, de rehabilitación y de apoyo (art. 146).<sup>8</sup> Como medidas positivas ordena el desarrollo de programas de protección integral para lograr la integración de los pacientes, la accesibilidad al entorno físico y la igualdad de oportunidades. El enfoque proteccionista de la persona con discapacidad no se restringe, entonces, al derecho a la salud, sino que es amplio, en sintonía con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En esta dirección, es dable mencionar que también existe abundante normativa provincial referente al régimen de protección integral (Ley N° 6830), a la integración escolar (Ley N° 7857), a la prioridad y preferente atención (Ley N° 8276), al acceso gratuito al transporte público (Ley N° 8625), a la modificación al régimen de cupo de vivienda (Ley N° 8699), a la epilepsia (Ley N° 7432), al perro guía (Ley N° 8700), a la obesidad (Ley N° 7870), al Parkinson (Ley N° 8143), a la accesibilidad (Ley N° 7989), entre otras.

Con respecto al derecho a la educación, el artículo 5 de la norma fundamental de Tucumán dispone: “El Estado garantizará la educación pública y gratuita [...]. Los derechos y garantías establecidos en esta Constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible su reglamentación”. Más adelante, en su artículo 144 agrega esta normativa con mayor detalle: “la Provincia garantiza la educación primaria que es obligatoria [...] La impartida por las escuelas estatales de la Provincia, es gratuita. Los padres tienen el derecho de elegir para sus hijos, una escuela estatal o una privada”. En esta disposición se enuncia, también, que se destinarán contribuciones y rentas propias para los fondos de la educación común y se erige a la provincia como

<sup>8</sup> Es acertada la expresión “persona con discapacidad” que utiliza el art. 24, así como el art. 146 en su primera parte, no así el sustantivo “discapacitados” que emplea líneas más abajo. Es importante que las normas cuiden el lenguaje porque los términos pueden tener efectos negativos en los destinatarios y en la concepción de ellos en la sociedad (CASAS y LÓPEZ TESTA, 2015: 3 y ss.).

garante de la aplicación adecuada de esos recursos, y responsable de distribuir los subsidios públicos para que los padres tengan la libertad de elegir todo tipo de centro educativo. Este precepto, por último, afirma que la provincia no solo debe promover la educación inicial, especial, terciaria y técnica, sino también la educación permanente.

El derecho a la educación se complementa con los artículos 145, 147 y 149 de la CTUC. El primero se ocupa del acceso a la cultura, a la conservación del patrimonio cultural y lingüístico, del respeto a la interculturalidad, a la ciudadanía cultural, a la libre expresión artística, etc. El artículo 147 establece que la provincia debe promover el acceso a la investigación científica y la transferencia de conocimientos a la comunidad, para lo que dispone la creación de un fondo específico. El artículo 149 garantiza la educación bilingüe e intercultural de los pueblos indígenas.

En lo relativo al derecho a la vivienda, no hay disposición específica en la Constitución tucumana. Sin embargo, podría ser deducido del ya mencionado artículo 40, que dispone que la provincia “procurará especialmente que las personas gocen [...] [de] una existencia digna desde la concepción con la debida protección del Estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad de oportunidades”.

En cuanto al derecho a la vivienda de las comunidades indígenas, el artículo 149 establece, entre otras cosas, que el Estado reconocerá la “posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”. Estas tierras no serán, según la normativa mencionada, enajenables, transmisibles ni susceptibles de gravámenes ni embargos.

Más allá del tratamiento específico de algunos DESC, la CTUC prescribe obligaciones genéricas para el Estado provincial. A este respecto, el artículo 24 es un precepto de gran transcendencia, que impone al Estado la obligación de promover acciones positivas y de remover obstáculos para lograr la igualdad de trato y oportunidades y el pleno goce de los derechos constitucionales provinciales, nacionales y de los tratados de derechos humanos. En este plano, la normativa pone énfasis en grupos vulnerables, como mujeres, ancianos, niños, jóvenes y personas con discapacidad. Este texto reconoce, a su vez, plena operatividad a los derechos de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). A salvo de esta operatividad quedan, no obstante, aquellos tratados cuya aplicación está sujeta a una

posterior reglamentación. El artículo 24 de la CTUC *in fine* reproduce también una norma similar al artículo 28 de la CN: la inconstitucionalidad de las reglamentaciones de derechos y libertades que los desvirtúen.

Para la salvaguarda de este tipo de derechos es de gran relevancia la instauración, en los artículos 81-86 de la CTUC, del Defensor del Pueblo. Esta es una figura clave para la protección, defensa y promoción de los derechos humanos, individuales o colectivos, de fuente constitucional provincial, constitucional nacional o provenientes de los tratados internacionales y leyes. El Defensor del Pueblo debe actuar cuando estos derechos son atacados por la administración pública provincial, o cualquier prestador de servicio público. Su intervención judicial, conforme al artículo 85 de la CTUC, se ve liberada de impuestos, depósitos o cautelas. Esto es de suma importancia, porque evita una discriminación económica a la hora de la judicialización de los derechos.<sup>9</sup>

En conclusión, el aspecto normativo en la provincia garantiza ampliamente los DESC y hace un especial reparo en vulnerabilidades, que pueden traer aparejadas el no acceso a ellos. En materia de vivienda, sin embargo, hubiese sido deseable una garantía explícita similar a la del derecho a la salud o a la de educación.

#### 4. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMÁN

##### 4.1. *Derecho a la salud*

La CSJT se ha ocupado especialmente del derecho a la salud, considerado exigible, en base al artículo 146 de la CTUC.<sup>10</sup> Esto se ha demostrado particularmente en los procesos contra el Subsidio de Salud (SS). Esta entidad pública es una suerte de obra social del Estado para los agentes de la Administración Pública y depende del Instituto de Previsión y Seguridad Social (IPSST).<sup>11</sup> El Tribunal Supremo condena a esta institución en los amparos

<sup>9</sup> Advierte de la frecuencia de este obstáculo, por lo menos hasta el año 2001, Ríos (2002: 36).

<sup>10</sup> CSJT (09/05/2011). Sentencia 238. "Arroyo vs/ IPSST"; CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. "Manzo, Juana vs. IPSST"; CSJT (13/04/2015). Sentencia: 294. "Martínez Nélide vs. IPSST"; CSJT (20/11/2013). Sentencias 992. "Medina vs. IPSST"; CSJT (06/08/2009). Sentencia 753. "Villamil Nobile vs. IPSST".

<sup>11</sup> Para un análisis del tema ver: MOEREMANS y CASAS (2008); Nader E. y Alfaro G. (2013).

de salud, si el accionante es afiliado/a a la misma y si se encuentra probado tanto el apremio en la salud como la idoneidad de las prestaciones o del tratamiento reclamado.<sup>12</sup> Cuando la prestación exigida al SS no es una cuestión estrictamente de salud, se tiende a obligar directamente a la provincia por ejemplo, el caso de una prestación consistente en el servicio de una maestra integradora<sup>13</sup> o el cuidado y asistencia de una persona con discapacidad.<sup>14</sup> En estos supuestos, los jueces mandan a integrar la litis con la Provincia para poder dictar sentencia condenatoria.<sup>15</sup>

La CSJT rechaza, en cambio, los argumentos economicistas o presupuestarios por parte del SS. Ella afirma que los déficits financieros del SS no pueden ser oponibles a los beneficiarios, ya que estos no participan del diseño de la política de la institución.<sup>16</sup> Esta debe tomar los recaudos pertinentes para hacer viable el sistema.<sup>17</sup> En ausencia de fondos suficientes, el SS podría exigir incluso la responsabilidad subsidiaria de la provincia. Asimismo, el Tribunal considera que las limitaciones económicas establecidas por disposiciones reglamentarias de la obra social de los estatales se encuentran derogadas en razón de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75, inciso 22, de la CN.<sup>18</sup> Estos instrumentos han cambiado, debido a su jerarquía constitucional, el sistema de fuentes normativas, dando

**12** V. g. CSJT (09/05/2011). Sentencia 238. “Arroyo vs. IPSST”; CSJT (06/08/2015). Sentencia 805. “Cantón, Roxana Noemí vs. IPSST”; CSJT (15/02/2016). Sentencia 59. “De Athayde de Moncarvo, María vs. IPSST”; CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. “Manzo, Juana vs. IPSST”; CSJT (26/12/2012). Sentencia 1165. “RMT vs. IPSST”.

**13** CSJT (09/05/2011). Sentencia 238. “Arroyo vs. IPSST”; CSJT (13/04/2015). Sentencia: 294. “Martínez Nélica vs. IPSST”; CSJT (18/06/2014). Sentencia 602. “Nanni vs. IPSST”.

**14** CSJT (23/12/2014). Sentencia 1299. “Salomón vs. IPSST”; CSJT (02/02/2016). Sentencia 08. “Tarantelli, Duilio vs. IPSST”. Ver también CSJT (02/02/2016). Sentencia 08: II; CSJT (20/11/2013). Sentencias 992: 5.2 y sig.; CSJT (18/03/2015). Sentencia 165: V; CSJT (18/06/2014). Sentencia 602: V; CSJT (23/12/2014). Sentencia 1299: II.

**15** CSJT (23/12/2014). Sentencia 1299. “Salomón vs. IPSST.” Ver también CSJT. 02/02/2016. Sentencia 08. “Tarantelli, Duilio vs. IPSST”.

**16** CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. “Manzo, Juana vs. IPSST”.

**17** CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. “Manzo, Juana vs. IPSST”.

**18** CSJT (11/05/2009). Sentencia 438. “F.J.C. vs. IPSST”; CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. “Manzo, Juana vs. IPSST”.

prioridad a los derechos esenciales consagrados en ellos.<sup>19</sup> En efecto, el Tribunal les reconoce a los tratados de derechos humanos preminencia frente a disposiciones provinciales que “vulnerando los principios de intangibilidad, no regresividad e igualdad en la protección de los derechos humanos, limite(n) el goce y ejercicio de tales derechos”.<sup>20</sup> Por último, respecto a la negativa a dar cobertura por cuestiones presupuestarias, la Corte considera que los topes monetarios para prestaciones de salud desvirtúan el derecho a la misma. Así, ha sostenido que la reglamentación interna del SS que limite económicamente coberturas es violatoria del artículo 24 de la CTUC, ya que este pone coto a la reglamentación de derechos y garantías fundamentales.<sup>21</sup> Esta normativa establece, como ya se mencionó, la inconstitucionalidad de las reglamentaciones que desvirtúen los derechos y obligaciones, que son objeto de las mismas.

Por otra parte, la Corte tucumana repara especialmente en las condiciones de vulnerabilidad del afiliado o beneficiario indirecto del SS. Ella hace hincapié en que las problemáticas se acentúan cuando los afectados pertenecen a algunos de los grupos sensibles.<sup>22</sup> En casos como esos, la CSJT estaría refiriéndose, aunque no expresamente, a las mencionadas *vulnerabilidades interseccionales*.<sup>23</sup>

El Tribunal toma en cuenta particularmente dos grupos de vulnerables: los niños y las personas que sufren discapacidad. Con relación a los primeros,

**19** CSJT (09/05/2011). Sentencia 238. “Arroyo vs. IPSST”; CSJT (06/08/2015). Sentencia 805. “Cantón, Roxana Noemí vs. IPSST”; CSJT (15/02/2016). Sentencia 59. “De Athayde de Moncarvo, María vs. IPSST”; CSJT (11/05/2009). Sentencia 438. “F.J.C. vs. IPSST”; CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. “Manzo, Juana vs. IPSST”; CSJT (13/04/2015). Sentencia: 294. “Martínez Nérida vs. IPSST”; CSJT (20/11/2013). Sentencias 992. “Medina vs. IPSST”; CSJT (26/12/2012). Sentencia 1165. “RMT vs. IPSST”; CSJT (06/08/2009). Sentencia 753. “Villamil Nobile vs. IPSST”.

**20** V. g. CSJT (06/08/2015). Sentencia 805. “Cantón, Roxana Noemí vs. IPSST”. CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. “Manzo, Juana vs. IPSST”; CSJT (02/02/2016). Sentencia 08. “Tarantelli, Duilio vs. IPSST”. CSJT (15/02/2016). Sentencia 59. “De Athayde de Moncarvo, María vs. IPSST”.

**21** CSJT (09/05/2011). Sentencia 238. “Arroyo vs. IPSST”; CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. “Manzo, Juana vs. IPSST”; CSJT (06/08/2009). Sentencia 753. “Villamil Nobile vs. IPSST”.

**22** CSJT (06/08/2009). Sentencia 753. “Villamil Nobile vs. IPSST”.

**23** Así, habla de la condición de “mujer y persona con discapacidad”, “niña y persona con discapacidad”, etc.

la jurisprudencia reconoce enfáticamente al niño como un sujeto merecedor de un amparo especial, tal como lo establece la Convención para los Derechos del Niño.<sup>24</sup> Asimismo, la CSJT emplea como parámetro para la toma de decisiones el concepto interés superior del niño.<sup>25</sup> En esto, se basa en precedentes de la CSJN y/o de la Corte IDH,<sup>26</sup> es decir, el tribunal echa mano a un diálogo judicial dentro del sistema multinivel.<sup>27</sup> Muestra de esta actitud tuitiva con los niños son los casos “Díaz, María Inés vs. IPSST” y “C. M. F. vs. Provincia de Tucumán”. En la primera causa, la CSJT obligó al SS a cubrir a una niña cuya guarda legal recaía en una beneficiaria de la obra social, a pesar de que la pequeña ya se encontraba amparada por la obra social de sus progenitores. El Tribunal consideró que extender el beneficio a la niña ayudaba al mejor cumplimiento de los deberes del guardador y que de permitirse la negativa del SS se hubiese violado un derecho proveniente de normas de jerarquía superior y el interés superior del niño.<sup>28</sup> En el litigio “C. M. F. vs. Provincia de Tucumán”, la CSJT ordenó extender a un agente público, cuya nieta discapacitada se encontraba a su cargo, los beneficios de la licencia dispuesta en la Ley provincial N° 5806 para personas con hijo/a o cónyuge discapacitado. Los jueces entendieron que los abuelos que tienen guarda legal de sus nietos poseen los mismos derechos, obligaciones y responsabilidades que los padres, por lo que no había razones atendibles para negar los beneficios de la normativa en juego.<sup>29</sup> Aquí se observa, entonces, la utilización de un test de racionalidad para determinar la finalidad de la norma y del argumento de la *igualdad material* para evitar discriminación entre aquellos que se encuentran en las mismas circunstancias.

<sup>24</sup> CSJT (18/06/2014). Sentencia 602. “Nanni vs. IPSST”; CSJT (05/12/2012). 1090: V “Manzo, Juana vs. IPSST”.

<sup>25</sup> CSJT (11/04/2014). Sentencia 322. “Díaz, María Inés vs. IPSST”; CSJT (20/11/2013). Sentencias 992. “Medina vs. IPSST”.

<sup>26</sup> CSJT (20/11/2013). Sentencias 992. “Medina vs. IPSST”. Cita fallos de la Corte IDH como por ejemplo “Forneron e hija c/ Argentina”, “Furlan y familiares c/ Argentina”, “Atala Riffo y niñas c/ Chile”, Caso “L.M Medidas provisionales respecto de Paraguay”, “Fontevicchia y D’Amico c/ Argentina”. Los precedentes citados de la CSJN son: *Fallos* 331:2047; *Fallos* 318:1269, *Fallos* 322:2701, *Fallos* 324:122 y *Fallos* 328:2870.

<sup>27</sup> Sobre diálogo en el sistema multinivel ver: Piovesan (2012).

<sup>28</sup> CSJT (11/04/2014). Sentencia 322. “Díaz, María Inés vs. IPSST”.

<sup>29</sup> CSJT (10/04/2012). Sentencia 241. “C.M.F vs. Provincia de Tucumán/Amparo”.



Con respecto al derecho a la salud de las personas con discapacidad, la CSJT se preocupa en reiterados fallos de que ellas puedan gozar en la mayor medida posible de todos sus derechos fundamentales.<sup>30</sup> La Corte busca que las personas con y sin discapacidad tengan los mismos derechos. El Tribunal echa mano, nuevamente, del argumento de la igualdad material. Para efectivizar estas pretensiones, señala el deber del Estado dispuesto en el artículo 24 de la CTUC de tomar medidas legislativas y administrativas para posibilitar una igualdad real de oportunidades.<sup>31</sup> Así, la CSJT exige una actitud activa por parte del Estado para garantizar y promover esos derechos en concordancia con el artículo 40 (CTUC).<sup>32</sup> Además, expresa que la protección frente a la discapacidad no se limita al derecho a la salud: ella es mucho más amplia y abarca cuestiones de accesibilidad, información, integración educativa, etc.<sup>33</sup>

Por último, y no menos importante, cabe mencionar que la CSJT ha condenado al SS incluso a tratamientos de fertilización asistida simples y complejos en base a la Ley Nacional N° 26862 sobre reproducción asistida.<sup>34</sup> Esta normativa es de orden público y, por tanto, obligatoria para las provincias, con independencia de una adhesión por parte de ellas o de una norma local similar.<sup>35</sup> Obliga a obras sociales, y el SS no es técnicamente una de ellas; para superar este obstáculo, el Tribunal sostuvo que en este tipo de casos corresponde llenar la laguna local con una aplicación analógica de la norma en cuestión al SS, ordenándole la cobertura integral de la salud.<sup>36</sup>

**30** CSJT (09/05/2011). Sentencia 238. "Arroyo vs. IPSST"; CSJT (18/03/2015). Sentencia 165. "Herrera vs. IPSST"; CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. "Manzo, Juana vs. IPSST".

**31** CSJT (18/03/2015). Sentencia 165. "Herrera vs. IPSST"; CSJT (05/12/2012). Sentencia 1090. "Manzo, Juana vs. IPSST".

**32** Conf. sobre estas obligaciones del Estado: Ferrer Mc Gregor y Carbonell (2014: 39).

**33** CSJT (02/02/2016). Sentencia 08: II. "Tarantelli, Duilio vs. IPSST"; CSJT (23/12/2014). Sentencia 1299. "Salomón vs. IPSST".

**34** CSJT (06/08/2015). Sentencia 805. "Cantón, Roxana Noemí vs. IPSST"; CSJT (15/02/2016). Sentencia 59. "De Athayde de Moncarvo, María vs. IPSST".

**35** CSJT (06/08/2015). Sentencia 805. "Cantón, Roxana Noemí vs. IPSST".

**36** CSJT (06/08/2015). Sentencia 805. "Cantón, Roxana Noemí vs. IPSST"; CSJT (15/02/2016). Sentencia 59. "De Athayde de Moncarvo, María vs. IPSST".

## 4.2. Derecho a la educación

La CSJT tuvo relativamente poca oportunidad de atender el derecho a la educación. Hay dos casos, sin embargo, que merecen tratamiento, pues dan muestras de un cambio de actitud del Tribunal respecto a la exigibilidad de este derecho en el plazo de una década.

El primero caso, “Ferrer de Leonard vs. Gobierno de Tucumán”, tuvo lugar en los albores de la crisis económica argentina del año 2001. Allí se discutía si dos escuelas estatales podían retroceder en el plan EGB Polimodal (de la Ley Federal de Educación) por razones de presupuesto. La CSJT aceptó esta posición.

En el fallo, el Tribunal sostiene que la educación es una competencia concurrente entre nación y provincias, y que tiene por objeto que los títulos educativos sean reconocidos en todo el territorio nacional. No obstante, afirma que las provincias poseen un amplio margen de acción en la implementación progresiva del sistema.<sup>37</sup> Esta potestad incluía, conforme el Tribunal, el poder retroceder con el plan de estudios.

En cuanto al argumento economicista, el vocal Gandur, según su voto, se valió en este caso de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, argumento clásico para rechazar la operatividad de los DESC. Afirmó, citando a la CSJN, que “lo ateniende al gobierno, administración de la hacienda y patrimonios públicos” son materias privativas del Poder Ejecutivo y del Legislativo.<sup>38</sup> Su oportunidad y conveniencia, en virtud de la división de poderes, no es juzgable por el Poder Judicial.<sup>39</sup> Más allá de este argumento, cabe resaltar que la disidencia, en base a los hechos juzgados por la Cámara *a quo*, sostuvo que había habilitación presupuestaria para cumplimentar con el EGB y que los colegios a los que asistían los menores involucrados ya habían realizado obras de adaptación edilicia y curriculares con tal propósito.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> CSJT (08/06/2001). Sentencia 450. “Ferrer de Leonard vs. Gobierno Superior de la Provincia de Tucumán”, p. 6.

<sup>38</sup> CSJT (08/06/2001). Sentencia 450. “Ferrer de Leonard vs. Gobierno Superior de la Provincia de Tucumán”, p. 4. Voto Gandur.

<sup>39</sup> CSJT (08/06/2001). Sentencia 450. “Ferrer de Leonard vs. Gobierno Superior de la Provincia de Tucumán”, p. 4. Voto Gandur.

<sup>40</sup> CSJT (08/06/2001). Sentencia 450. “Ferrer de Leonard vs. Gobierno Superior de la Provincia de Tucumán”. Disidencia Brito y Goane.

En concreto, la CSJT entendió, que la medida estatal no implicaba arbitrariedad de carácter manifiesto, y a mitad del ciclo lectivo reubicó a los niños. Como se observa, aquí, el Estado no negaba el derecho a la educación, sino que la cuestión se refería al modo en el que este era brindado. Sin embargo, el cómo y en qué condiciones un derecho es gozado, hacen también a su exigibilidad. Por eso, las consecuencias que tenía la medida judicial para los educandos –su reubicación escolar– afectaron su derecho a la educación.

El segundo caso sobre esta materia, “Acosta, Susana del Carmen”, fue resuelto en el año 2014, luego de la reforma de la CTUC. En esta oportunidad, la CSJT reconoció, a diferencia del fallo recién expuesto, la exigibilidad del derecho a la educación. El caso giraba en torno a la procedencia de la negativa a la autorización a una persona en contexto de encierro a inscribirse en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán. La Cámara Penal había fundamentado su negativa en que la afectada no había cumplido aún la mitad de la condena. Esta, sin embargo, no solicitaba permiso o salidas transitorias para el cursado, sino sólo para rendir exámenes.

La CSJT reconoce que la negativa de la Cámara se opone al derecho de aprender (art. 14, CN) y que el Estado es garante de tal derecho en virtud de la Ley de Educación N° 26206.<sup>41</sup> En el caso, el Tribunal se refiere expresamente a la normativa internacional sobre el derecho de aprender en general, y a la referente a las personas privadas de la libertad y a la no discriminación en particular. Cita la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Foro Mundial de la Educación. En lo relativo a la situación de las personas privadas de libertad menciona la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas. En cuanto a los tratados sobre no discriminación, se hace alusión a la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza y a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Sobre este último punto, el Tribunal también trae a colación la Ley Nacional N° 26695 de ejecución de penas privativas de la libertad (modificatoria de la Ley N° 24660). Su artículo 133 establece que “los internos deberán tener acceso a la educación en todos

<sup>41</sup> CSJT (09/09/2014). Sentencia 863. “Acosta, Susana del Carmen”, p. 5.

sus niveles y modalidades” y su artículo 135 dispone que aquel derecho “no admitirá limitación alguna fundada en motivos discriminatorios, ni en la situación procesal de los internos, el tipo de establecimiento de detención, la modalidad de encierro, el nivel de seguridad, el grado de avance en la progresividad del régimen penitenciario”. En efecto, la CSJT entiende que estas normativas garantizan el acceso a la educación sin discriminación alguna, por lo que no puede ser negado legítimamente en razón del encierro del potencial educando.

#### **4.3. Derecho a la vivienda**

A pesar de que la normativa constitucional de Tucumán no cuenta, como se observó, con una cláusula específica sobre el derecho a la vivienda, la jurisprudencia de la CSJT lo ha reconocido.

En el año 2010, en el caso “V. S. E. vs. Provincia de Tucumán”, la CSJT ordenó la inscripción como bien de familia de un inmueble de dos condóminos convivientes, a favor de sus hijos. Esta inscripción había sido negada por parte del registro inmobiliario debido a que la pareja no estaba casada legalmente. Para esta solución, el Tribunal se basó en la pauta del interés superior del niño, en la normativa nacional N° 23264, que elimina la categoría entre hijos e hijas nacidos dentro o fuera del matrimonio, y en tratados internacionales, en especial en la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>42</sup>

En el año 2014, en el fallo “Segura s/usurpación”, la CSJT revocó una decisión de la Cámara *a quo* que negaba el recurso de apelación contra una medida que mandaba a restituir un inmueble presuntamente usurpado. El Tribunal entendió que la negación del recurso de apelación atentaba contra el derecho de defensa de los ocupantes del mismo. En el proceso, estos no habían tenido oportunidad de ser oídos, no habían dado declaraciones como imputados, de modo que ellos no ostentaban carácter de parte.<sup>43</sup> El derecho de defensa, conforme advirtió el Tribunal, podía llegar incluso a no ser ejercido jamás, si el actor se daba por satisfecho con la medida restitutiva del inmueble y decidía no dar impulso al proceso.<sup>44</sup> Para esta decisión, el Tribunal se

<sup>42</sup> CSJT (12/04/2010). Sentencia 204. “V.S.E vs. Provincia de Tucumán”.

<sup>43</sup> CSJT (28/08/2014). Sentencia 814. “Segura s. Usurpación”.

<sup>44</sup> CSJT (28/08/2014). Sentencia 814. “Segura s. Usurpación”.

apoyó en el derecho a ser oído y al acceso a un recurso efectivo, garantizados en el artículo 18 de la CN, en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en los artículos 2.3 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en los artículos 7, 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), como así también en el principio *pro homine* del artículo 29 de la CADH. En cuanto a los antecedentes, el Tribunal se valió del diálogo con actores del sistema multinivel: menciona los casos “Velázquez Rodríguez vs. Honduras” y “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” de la Corte IDH<sup>45</sup> y echó mano a la Observación General del Comité de DESC N° 7 referente al derecho a una vivienda adecuada. En este último documento, se establece que para realizar un desalojo no se debe proceder cuando sea de noche, ante mal tiempo, sin plazo razonable, sin consulta de las partes, etc. En base a esto, la CSJT puso de resalto que la protección procesal en los desalojos es de vital importancia.

También en el año 2014, en el caso “Cabrera José Enrique vs. Isaurralde, Fernando”, la CSJT mantuvo una medida de no innovar que evitaba un desalojo. Aquí el Tribunal entendió que la suspensión de tal medida podía generar un daño irreparable en el derecho a una vivienda digna del involucrado y remarcó que este derecho se encuentra tutelado en diversos instrumentos internacionales del artículo 75, inciso 22, de la CN.<sup>46</sup>

Por último, en el caso “Sucesión López de Zavalía Fernando Justo vs. Nieva Donato, Eduardo” del año 2017, la CSJT se ocupa del derecho a la vivienda en relación con los pueblos originarios y el acceso a sus tierras ancestrales. En este supuesto, la sucesión demanda la restitución de una franja de un inmueble por parte de un presunto comodatario. Este alega pertenecer a la comunidad indígena de Tolombón y que la propiedad disputada es parte de la propiedad ancestral de aquella. La comunidad indígena interviene en el caso y reconoce lo afirmado por el comunero. El Tribunal, no obstante, no atiende lo esgrimido y hace prevalecer el título de propiedad y el comodato de la sucesión. No admite pruebas de la posesión ancestral, procedentes de un relevamiento catastral de la Universidad Nacional de Tucumán y del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), por haber sido incorporadas a la causa

<sup>45</sup> CSJT (28/08/2014). Sentencia 814. “Segura s. Usurpación”.

<sup>46</sup> CSJT (23/10/2014). Sentencia 1040. “Cabrera José Enrique vs. Isaurralde, Fernando s/Incidente de medida cautelar”.

como hecho nuevo, y sostiene que de admitirse se estaría afectando la igualdad procesal de las partes y el derecho de defensa de la actora.<sup>47</sup> Lamentablemente, la CSJT aplica una pauta de igualdad formal sin considerar las reglas especiales que rigen los medios de prueba de la posesión y propiedad comunitaria. Es de esperar que la respuesta sea otra en los futuros casos en los que se pueda invocar los documentos del relevamiento catastral desde el principio.

## 5. CONCLUSIONES

En líneas generales, se extrae del análisis expuesto una actitud favorable por parte de la CSJT a la exigibilidad de los DESC aquí tratados. En esto, ella muestra, salvo en material de propiedad comunitaria, una actualización en la temática. Ella echa mano a normativa y documentación internacional de derechos humanos y se vale del diálogo en el sistema multinivel.

El Tribunal cita jurisprudencia de la CSJN, y en el entendimiento de que la interpretación de los instrumentos debe ser en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, CN), de la Corte IDH.

Toda esta posición de la CSJT se encuentra en armonía con lo resuelto por la CSJN en el caso “Q. C. S. Y. c/CABA”, sobre la operatividad de los DESC. No obstante, en Tucumán se carece de un antecedente al estilo de este, donde se ordene, como allí, al Estado a otorgar una vivienda para una persona en situación de calle con un hijo discapacitado. Esto puede deberse a que algo similar no haya sido judicializado en la provincia hasta ahora. Sin embargo, es de esperar que el Tribunal, ante un caso de esa magnitud, se encuentre a la altura y actúe a favor de la inclusión de las personas en el espacio democrático.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ASENSI M. (08/04/2006). Nuevas ropas para el esclavo. Entrevista a Gayatri SPIVAK. *Revista Ñ*. Recuperado de <http://edant.clarin.com/suplementos/cultura/2006/04/08/u-01173250.htm>

<sup>47</sup> CSJT (09/06/2017). Sentencia 723. “Sucesión de López de Zavalía Fernando Justo vs. Nieva Donato Eduardo s/ Desalojo”.

- CASAS, M. G. y LÓPEZ TESTA, D. (2015). Una “dogmática deconstructiva del Código Civil y Comercial”. *La Ley*, LXXIX(93), 1-4.
- (2017). Emisión de deuda pública: el derecho está en venta. *Voces en el Fénix*, (63), 74-81.
- FERRER MAC-GREGOR, E y CARBONELL M. (2014). *Los Derechos Sociales y su justificabilidad directa*. México: Editorial Flores.
- CLÉRICO, L. y ALDAO, A. (2016). Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano. En A. von BOGDANDY, M. MORALES ANTONIAZZI y F. PIOVESAN (eds.), *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Pluralismo e Inclusão: volumen II*. Curitiba: Editorial Juruá.
- CONESA E. (2009). La Economía política de la deuda externa. *La Ley*, (748).
- CRENSHAW, K. W. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299.
- ELESPEER, D. (04/08/2014). Respecto a la posible declaración de los títulos del canje soberano. *La Ley*, 1-3.
- FERRAJOLI, L. (2009). Derechos Fundamentales. En A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 19-56). Madrid: Trotta.
- FROTSCHER W. y PIEROTH, B. (2011). *Verfassungsgeschichte*. Múnich: C.H. Beck.
- GORDILLO, A. (1982). El Contrato de Crédito Externo. *Revista de Administración Pública*, (97), 423-449.
- HABERMAS, J. (1971). Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz. En J. HABERMAS y N. LUHMANN (ed.). *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Theorie-Diskussion*. Frankfurt: Suhrkamp.
- (1995). *Theorie des kommunikativen Handelns: band II*. Frankfurt: Suhrkamp.
- (2002). *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*. Madrid: Trotta.
- (2004). *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*. Frankfurt: Suhrkamp.
- MAISTEGUI, G., FAIRSTEIN, C. y KWEITEL J. (2002). La integración de estrategias complementarias de exigibilidad de DESC. En Observatorio DESC/Terre des Hommes-France (eds), *El derecho a exigir nuestros derechos* (pp. 41-61). Barcelona: Icaria.

- MOEREMANS, D. y CASAS, M. G. (2008). El derecho a la salud en la jurisprudencia de Tucumán. *La Ley NOA*, (433).
- NADER E. y Alfaro G. (2013). Derecho a la salud en la provincia de Tucumán. En L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO (eds.). *Tratado de Derecho a la Salud: tomo III*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- NINO, C. S. (1996). *The constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press.
- PISARELLO, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- PIOVESAN, F. (2012). Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, (19), (67-93).
- RÍOS, L. (2002). Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el panorama internacional. En Observatorio DESC/Terre des Hommes-France (eds), *El derecho a exigir nuestros derechos* (pp. 35-39). Barcelona: Icaria.
- SABA, R. (2007). (Des)igualdad estructural. En M. Alegre y R. GARGARELLA (eds.), *El derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis
- SPIVAK, G. (1998). ¿Puede hablar el sujeto subalterno? *Orbis Tertius*, 3(6), 175-235. Recuperado de [http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/art\\_revistas/pr.2732/pr.2732.pdf](http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.2732/pr.2732.pdf)
- SUPIOT, A. (2011). *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*. Barcelona: Siglo XXI Editores.
- WELLER, M.-P. (2016). *Emergencia y holdouts. La crisis estatal como excepción de pago*. Buenos Aires: Astrea.



---

## Sobre las autoras y los autores

**ACOSTA MEZA, María Angélica.** Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Docente en la Escuela de Formación sindical sociopolítica “Rodolfo Walsh” de la Unión de Trabajadoras y Trabajadores de la Educación de Río Negro.

**BENENTE, Mauro.** Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Profesor de Teoría del Estado (Facultad de Derecho, UBA) y de Filosofía del Derecho (UNPAZ). Director del Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales (UNPAZ). Coordinador del Grupo de Trabajo “Pensamiento Jurídico Crítico” (CLACSO).

**BERTOLONE, Gina.** Abogada (UNCA). Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho Constitucional (UNCA). Secretaria de Formación Continua y Postgrado (Facultad de Derecho, UNCA).

**COLOMBO MURÚA, Ignacio.** Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UCA). Diplomado en Estudios Avanzados y Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Castilla-La Mancha). Profesor Adjunto de Derecho Constitucional y de Ciencias Políticas (UNSA y UCASAL). Juez de Garantías, Poder Judicial de Salta.

**EGEA, Federico Mariano.** Abogado (UNCOMA). Maestrando en Derecho Administrativo (UBA). Docente de la Práctica Profesional de Derecho Administrativo (UNCOMA).

**GIUFFRÉ, C. Ignacio.** Abogado (UM). Especializando en Derecho Constitucional (UCA). Maestrando in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Universidad de Génova y Girona). Docente Adscripto de Derecho Constitucional (UNC), Ayudante de Trabajos Prácticos Meritorio de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y de Derecho Público Provincial y Municipal (UM).

- GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A.** Abogada (UNLP). Jueza titular del Juzgado de Familia N° 1 de Esquel, Chubut. Ex docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UNPSJB).
- HEIM, Daniela.** Abogada (UBA). Magíster en Sociología Jurídico Penal (Universidad de Barcelona) y Doctora en Derecho (Universidad Autónoma de Barcelona). Profesora e investigadora del Instituto de Políticas Públicas y Gobierno de la Universidad Nacional de Río Negro.
- HERNÁNDEZ, Natalia.** Abogada y Profesora Universitaria en Derecho (UNR). Adscripta en Derecho Civil V, Derecho de las Familias y Práctica Preprofesional de Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho, UNR).
- LEZCANO, Juan Manuel.** Abogado. Doctor en Derecho (UNL). Especialista en Derecho de la Empresa (UNAM). Profesor Titular de Filosofía del Derecho (UGD) y Profesor Adjunto de Derecho Constitucional (UCSF).
- CUSTET LLAMBI, María Rita.** Abogada (UNLP). Maestranda en Género, Sociedad y Políticas Públicas (FLACSO). Defensora General de la provincia de Río Negro y recientemente designada Jueza del Tribunal de Impugnación Penal de la provincia.
- LÓPEZ TESTA, Daniela.** Abogada (UNT). LL.M de la Universität Freiburg, Alemania. Ph.D. candidate de la Universität Erlangen-Nürnberg, Alemania.
- LUNA, Leticia Susana.** Abogada (UBA). Asesora del Registro General de la Propiedad Inmueble y Técnica del área legal en el Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas en la provincia de Santiago del Estero.
- MALNATI, Maximiliano J.** Abogado (UBA). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Secretario de Asuntos Judiciales de la Fiscalía de Estado de Tierra del Fuego.
- MATEOS, Cecilia.** Abogada y Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Adscripta de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (UNC). Auxiliar por concurso, Poder Judicial de la provincia de Córdoba.
- MELANO, Sebastián.** Abogado y Profesor Universitario en Derecho (UNR). Auxiliar de primera en Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UNR), Profesor Adjunto (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UCEL). Maestrando en Integración y Cooperación Internacional (CERIR).
- NASIF, Santiago A.** Abogado (UM); Especializando en Derecho Constitucional (UCA); Especializando en Abogacía del Estado (PTN). Docente Adscripto de la Cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UM). Se desempeña en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

- OLIVARES, Nicolás Emanuel.** Abogado (UNC) y Profesor Universitario (UCC). Magíster en Derecho y Argumentación Jurídica y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor en Historia Constitucional (UNLPam) y en Derecho Constitucional (UNC). Becario Posdoctoral (CONICET).
- PEREYRA, Sergio Paulo.** Abogado (UNNE). Posgraduado en Ejecución Penal y Derecho Penitenciario (UB, España/UCI, Costa Rica). Profesor del Seminario de Orientación en Derecho de Ejecución Penal (UNNE). Asesor Legal en la Secretaría de Derechos Humanos. Miembro del Comité de Prevención de la Tortura de la provincia del Chaco.
- PÉREZ FERRO, Manuela.** Abogada (UCP). Maestranda en Magistratura y Derecho Judicial (UA). Profesora del Curso de Posgrado en Magistratura y Función Judicial. Profesora Adscripta de Derecho Constitucional Argentino (UNNE). Secretaria Relatora de la Defensoría de Pobres y Ausentes N° 2.
- ROSSETTI, Andrés.** Abogado (UNC). Magíster en International Human Rights Law (Universidad de Lund) y Dottore di ricerca in Diritti umani (Universidad de Palermo). Profesor de Derecho Constitucional (UNC). Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC).
- SOSA, María Mercedes.** Abogada. Especialista en Derecho de Familia (UNR). Especialista en Derecho Procesal (UNNE). Jueza de Familia N° 2 de la Ciudad de Corrientes. Jueza integrante de la Red Nacional de Jueces de Familia para la protección y restitución internacional de niños.
- TAVARONE, Maximiliano A.** Abogado (UADE). Especialista en gestión aduanera (IEFPA-UNLAM). Maestrando en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Cumple funciones como Fiscal Adjunto en la Fiscalía de Estado de la provincia de Tierra del Fuego.
- TRIPOLONE, Gerardo.** Abogado (UNSJ). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor Adjunto de Derecho Constitucional, y de Introducción a la Filosofía (UNSJ). Becario posdoctoral (CONICET).
- VIÑALS SORIA, Luz María.** Abogada (UNC). Profesora Adjunta de Derecho de la Información (UNSL). Secretaria Relatora de la Procuración General de la provincia de San Luis.



La revisión conceptual de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), la delicada discusión sobre su justiciabilidad y exigibilidad, suele realizarse a la luz de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de tribunales extranjeros e internacionales. *Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia*, pretende complementar estas aproximaciones y realizar un aporte original; propone ocupar una vacancia en la producción teórica: aquella referida a la situación de los DESC en el derecho público provincial.

En este trabajo se analizan los alcances que tiene el reconocimiento de los DESC en las distintas Constituciones provinciales, y en la jurisprudencia de sus tribunales superiores, atendiendo fundamentalmente al modo en que conciben su exigibilidad. Aunque resulta difícil establecer resultados generales, los estudios de caso aportan datos relevantes y hasta inesperados: varias provincias reconocen los DESC desde mucho antes que la Constitución Nacional y los tratados internacionales; en ciertos casos, los textos constitucionales provinciales son más exigentes y generosos en las declaraciones de DESC, que la propia Constitución Nacional y que los instrumentos internacionales; ciertos tribunales superiores muestran una jurisprudencia más ambiciosa y tuitiva de los DESC que la desarrollada por la Corte federal.

*Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia*, procura ser un insumo teórico y también práctico en el horizonte de la exigibilidad de los DESC, por eso combina la densidad conceptual con una escritura asequible para todos y todas.