

EL DERECHO Y LOS DERECHOS SOCIALES: ¿formas náufragas que viajan a la deriva?

O DIREITO E OS DIREITOS SOCIAIS: formas náufragas que viajam à deriva?

Leandro E. Ferreyra¹

RESUMEN: En este trabajo, se propone repasar cuáles son las instancias que funcionan en la operativización de los derechos sociales. En ese planteo, se comenzará estudiando los presupuestos conceptuales vinculados a esos derechos. Luego, se continuará con una aproximación a la interacción específica entre el orden normativo y los órganos involucrados en la protección de los DESC. Por esta senda, asimismo, intentará dilucidarse cómo están distribuidos los papeles de los agentes intervinientes, quiénes son los protagonistas y qué hacen desde distintos niveles. Por último, esto facilitará una oportunidad para repensar objetivos del Estado y del Derecho.

PALABRAS-CLAVE: Derecho; Derecho Constitucional; Derechos Sociales; Sistema Jurídico Argentino.

RESUMO: Neste trabalho, propõem-se repassar quais são as instâncias que funcionam na operativização dos direitos sociais. Nessa exposição, começar-se-á estudando os pressupostos conceituais vinculados a esses direitos. Depois, continuar-se-á com uma aproximação à interação específica entre a ordem normativa e os órgãos envolvidos na proteção dos DESC. Por esta trilha, assim mesmo, tentará elucidar como estão distribuídos os papéis dos agentes intervinientes, quem são os protagonistas e que fazem desde diferentes níveis. Por último, isto facilitará uma oportunidade para repensar objetivos do Estado e do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Direito Constitucional; Direitos Sociais; Sistema jurídico Argentino.

¹ Abogado, Universidad de Buenos Aires (2011). Asesor legislativo en la Cámara de Diputados de la Nación. Docente de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UBA.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El abordaje de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC o derechos sociales) supone el análisis de elementos jurídicos y políticos. El contenido de esos derechos se asume conocido y definido, pero su falta de concreción invita a pensar que existe todavía un largo camino por recorrer. Desde 1994 nuestro sistema jurídico reconoce un extenso catálogo de derechos que siguen sin ser operativizados para la generalidad de la población. Sin embargo, aquellos implican aspectos fundamentales, cuya postergación debería encender más alarmas.

En este trabajo, se propone repasar cuáles son las instancias que funcionan en la operativización de los derechos sociales. En ese planteo, se comenzará estudiando los presupuestos conceptuales vinculados a esos derechos. Luego, se continuará con una aproximación a la interacción específica entre el orden normativo y los órganos involucrados en la protección de los DESC. Por esta senda, asimismo, intentará dilucidarse cómo están distribuidos los papeles de los agentes intervinientes, quiénes son los protagonistas y qué hacen desde distintos niveles. Por último, esto facilitará una oportunidad para repensar objetivos del Estado y del Derecho.

I PRESUPUESTOS CONCEPTUALES DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LOS DERECHOS SOCIALES

La redacción de cualquier texto responde a consideraciones personales, naturalmente. Ahora bien, aceptado el tinte personal, me permitiré amplificarlo en este trabajo, a los fines de brindar un tratamiento más explícito de los temas. Los DESC se sugieren muy evidentes y, empero, encierran grandes contradicciones que no pueden superarse. Resulta paradójico que el camino a seguir parezca claro y distinto y aún no se emprenda. O no se lo transite de la forma adecuada. Pero todo ello no supone una verdad en la medida que no se determine qué es lo que se entiende por DESC, qué demanda su efectivo reconocimiento y cómo puede materializarse.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

En el mes de junio de 2014 fui invitado a participar de unas jornadas organizadas por la Cátedra de Derecho Administrativo a cargo del Profesor Carlos Balbín, de la que formo parte. En aquella ocasión, se invitó a todos los docentes de la Cátedra a exponer sobre diversos temas. A la comisión a la que asisto le fue asignado el tema "El Derecho Administrativo y los derechos sociales". La consigna presentaba entonces una considerable amplitud. No obstante, a medida que se acercaba la fecha de exposición, me daba cuenta que no encontraba una trama para la misma. El Derecho Administrativo tiene múltiples aristas. También los derechos sociales. A pesar de ello, me resultaba difícil hallar un punto de encuentro.

Normalmente, en el Derecho Administrativo moderno se suele recurrir a referencias sobre la interacción de los tratados de derechos humanos y el procedimiento administrativo. En particular, acerca de la tutela administrativa y judicial efectiva receptada por los instrumentos de jerarquía constitucional. El Derecho Administrativo se ocupa, por lo general, de lo que el Estado realiza o puede realizar. Y de lo que no realiza, por supuesto. Pero en un programa de la materia es raro siquiera leer "*derechos sociales*". Más extraño aun es que se dé un tratamiento sustancial a los DESC en el marco de la cursada de Elementos de Derecho Administrativo. Eso responde, primero, a que no inciden en los temas clásicos de la materia. Por ejemplo, el acto administrativo, contratos administrativos, procedimiento, derecho procesal administrativo, etc.

A su vez, sería incorrecto olvidar que las obras más actualizadas mencionan por lo menos tangencialmente el tema de los derechos sociales. Hoy en día se acepta que el Estado puede regular derechos solo para reconocer o compatibilizar otros. El poder del policía no consiste puramente en restricciones.

Luego, en la unidad de servicios públicos puede haber mención de los derechos sociales. De todos modos, está establecido que el contenido de la actividad prestacional estatal de servicios públicos es económico, a diferencia de los servicios sociales o las funciones estatales generales. A partir de esa base, se expresa, consiguientemente, que los servicios públicos repercuten en el reconocimiento de derechos fundamentales y en el bienestar general. Pero se pasa, a continuación, a las vicisitudes regulatorias (v.gr., monopolio, publicatio, etc.) y a

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

caracteres. Poco se alude a los servicios sociales, los cuales están más emparentados con los DESC.

De esta forma, los derechos sociales tienen hoy poco asidero en los programas de Derecho Administrativo. No obstante, habría que preguntarse si esto es consecuencia de un mal diseño de la rama o del plan de estudios.

En ese orden de cosas, tras efectuar este somero análisis, pude constatar que no sólo el Derecho Administrativo no afronta la temática de los derechos sociales. Ocurre lo mismo con casi todas las materias de grado de la carrera de abogacía. Las que a priori deberían incluirla, como Derechos Humanos o Derecho Constitucional, poco tiempo tienen para ofrecerle. Además, son materias que los alumnos cursan al inicio del *iter* académico. Si esas asignaturas no profundizan sobre derechos sociales, ¿por qué habría de hacerlo el Derecho Administrativo? El Derecho Administrativo no podrá cubrir carencias que involucran a un plan general. Lo cual no justifica, tampoco, que en su marco no exista una oportunidad puntual para detenerse en el rol estatal en la satisfacción de derechos sociales.

Por lo tanto, antes que disertar sobre derechos sociales, a cualquier persona le atañe definir qué sabe, piensa y espera de aquellos. En rigor, se trata de estipular un punto de partida antes de hablar de lo que supone que está estipulado. Por mi parte, no pretendo esconder arbitrariedades en mis razonamientos. Los derechos sociales involucran dudas sobre la extensión del Derecho mismo, aparte de los programas de las materias de Abogacía. El debate sobre ellos fuerza a repensar las bases e instrumentos de un sistema jurídico que los reconoce pero no los puede satisfacer. ¿Es esto una contradicción pasajera? ¿Puede ser destrabada? Por mi parte, considero que la concreción de los derechos sociales dependerá de un ajuste normativo y de políticas públicas. Es menester repasar algunos de esos elementos en juego.

I.1 Base teórico-jurídica de derechos sociales

En este apartado, podrían licuarse posturas teóricas que abarquen los derechos sociales de forma directa. Sin embargo, opté por hacer una construcción

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

desde los textos que leí durante la carrera de grado de Abogacía en la Facultad de Derecho de la UBA. Aquellos me permiten pensar y reflexionar de una determinada forma. Tal vez no sean los más apropiados, pero en mi caso estimo que bastan para reforzar una toma de posición sobre el tema principal del trabajo.

A- Durante mi primer cuatrimestre como alumno de Abogacía no cursé Derecho Constitucional. Pero sí Derecho Civil, Teoría del Derecho y Teoría del Estado. Mientras en la segunda materia me introducían con exclusividad a la ortodoxia kelseniana, en la tercera disfrutaba de variada bibliografía. Por ejemplo, de Derecha e Izquierda de Norberto Bobbio. Entre sus opiniones, el pensador italiano enseñaba que "derecha" e "izquierda" no son conceptos absolutos, no tienen contenido determinado ni constante en el tiempo². Lo cual no impide distinguirlos a partir de la igualdad como criterio rector, aunque relativo³. De lo que se deduce, pues, que esto causa matices incluso dentro de posturas de izquierda o de derecha. Bobbio entregaba como ejemplo la diferencia entre los movimientos igualitaristas -en sentido estricto, como igualdad "de todos en todos"- y los igualitarios, "...que tienden a reducir las desigualdades sociales y a convertir en menos penosas las desigualdades naturales"⁴. En suma, la izquierda, en sus diferentes versiones, pretendería disminuir desigualdades, sin aspirar en todos los casos a eliminarlas. La distinción, o sea, podría consistir en una valoración de desigualdades naturales y sociales y en la predisposición ante aquellas. En ese orden de cosas, Bobbio introducía el elemento del reconocimiento de los derechos sociales como una de las principales conquistas de la izquierda, ya que permiten "...hacer menos grande la desigualdad entre quien tiene y quien no tiene"⁵. Quizás el planteo de Bobbio no sea ya revolucionario, pero reviste un innegable valor didáctico. Describe un escenario ideológico e inscribe los derechos sociales en un campo específico. Esto permite delinear tendencias y políticas a adoptar. Pero también involucra al orden jurídico. Habilita, consiguientemente, a trazar objetivos desde la consideración de ingredientes jurídicos.

² BOBBIO, Norberto, **Derecho e izquierda**. Madrid: Taurus, 1995. p. 128-130.

³ BOBBIO, *op.cit.*, p. 136.

⁴ BOBBIO, *op.cit.*, p. 140.

⁵ BOBBIO, *op.cit.*, p. 150.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

B- Ya en la cursada de Derecho Constitucional, se podría inferir que los derechos sociales merecieron mayor profundización. No obstante, es difícil enseñar sobre ellos sin que antes se aprenda sobre el sistema constitucional. En consecuencia, se dedica buena parte del cuatrimestre a aspectos cotidianos de la materia. Si queda oportunidad, lo cual es improbable, se tratan los derechos sociales con énfasis. En su defecto, se difiere su abordaje a otras materias del plan de estudios, como Derechos Humanos y Garantías. Pero si en esta última se propone una reedición de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la jerarquía constitucional de los tratados, con repeticiones confabuladas de fallos como *Ekmekdjian c. Sofovich*⁶, los DESC vuelven a quedar postergados. A pesar de ello, cabe reconocer que de esa forma el alumno va acumulando herramientas. Ese fue mi caso y supongo que el de otros estudiantes recientes de Abogacía de la UBA. A lo que debo añadir que en Derecho Constitucional me topé con un breve artículo de Roberto Gargarella sobre los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ CABA). El opúsculo lleva como título "Una esperanza menos". El autor lo elaboró en el año 2006. Y, en cierto modo, anticipó lo que ocurriría más adelante con otros casos resonantes resueltos por aquel tribunal en material habitacional. A continuación, es preciso señalar que un estudiante que acaba de leer a Bobbio y conoce apenas nociones básicas constitucionales podría ser fácilmente persuadido por una frase como la siguiente:

la normativa existente a nivel internacional y nacional...resulta muy clara y muy exigente en todo lo que hace a la vigencia y puesta en práctica de los derechos sociales. Teniendo en cuenta el referido marco legal, que le ahorra a jueces y doctrinarios la necesidad de teorizar sobre interpretaciones posibles o deseables en materia de derechos sociales, resulta asombroso que algunos jueces puedan mostrarse remisos en la aplicación de tales derechos, o desconozcan directamente las obligaciones que tienen como garantes de dichos intereses fundamentales.⁷

⁶ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho**. SENTENCIA. , 7/7/1992.

⁷ GARGARELLA, Roberto, **Una esperanza menos**. Los derechos sociales según la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, JA 2006 - IV, 1317.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

A renglón seguido, Gargarella invitaba a repasar las razones de fondo del tribunal aplicadas para respaldar su enfoque hostil frente a los derechos sociales. Así, analizaba la estructura argumentativa de algunos votos, destapando curiosidades y contradicciones. Por ejemplo, los esfuerzos interpretativos para minimizar el alcance del principio de progresividad del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁸. Ahora bien, al iniciar su texto, Gargarella ya había advertido que, en esta coyuntura fáctica y jurídica, es complicado sostener una postura opuesta a los derechos sociales. Advertencia que, ocho años más tarde, encuentro definitivamente razonable, máxime si se tienen en cuenta los esfuerzos exegéticos implementados en ese periodo por el TSJ CABA y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En otras palabras, no es menor la inventiva judicial desarrollada para no custodiar aquello que la Constitución Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires mandan a custodiar.

En cuanto a los recursos presupuestarios, Gargarella cuestionaba severamente la postura del TSJ: "el argumento del cuidado y la extrema prudencia presupuestaria es siempre un mal argumento cuando lo que se tiene enfrente son obligaciones de rango constitucional. Sin embargo, en situaciones de superávit fiscal el argumento en cuestión no sólo es malo sino además insostenible"⁹. La cita sirve, a su vez, para incluir al elemento material-presupuestario en el tratamiento del trabajo. El mencionado jurista supone que los derechos fundamentales deben garantizarse en todos los casos, incondicionalmente, mientras existan los recursos mínimos indispensables para garantizarlos. A modo de complemento, y adelantando mi postura, me permito opinar que la satisfacción de derechos sociales es una obligación inherente del Estado argentino que no puede hallar postergaciones sin socavar las bases constitucionales. En la medida que primen las razones monetarias o financieras, no se podrá siquiera debatir seriamente los DESC. La trascendencia de esos límites admitiría el paso a un nivel de concreción sustancial de condiciones igualitarias de los ciudadanos argentinos. Mientras tanto, cabe preguntarse: ¿cuánta

⁸ ARGENTINA. **Aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles, Políticos y un Protocolo**. Art. 2 Ley 23.313. 17/4/1986. Vigente, de alcance general.

⁹ GARGARELLA, Roberto, **Una esperanza menos**. Los derechos sociales según la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, JA 2006 - IV, 1317.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

desigualdad pueden tolerar la sociedad y el sistema jurídico sin dinamitar el PIDESC y la Constitución Nacional?.

C- Tres años después de aprobar Derecho Constitucional, cursé una materia -optativa- que estuvo dedicada al estudio de la vida y obra de Karl Marx. Las ideas marxistas sitúan al Derecho en un lugar bastante incómodo ante aquellas pretensiones que intentan concebirlo como una instancia científica o autónoma. Tampoco favorecen una mirada optimista sobre la utilidad del mismo como elemento igualador de desfasajes materiales entre clases sociales.

El profesor a cargo del curso exigió, no obstante, un trabajo sobre algún punto del pensamiento marxista para aprobar la materia. Conscientemente acorralado, redacté unas líneas sobre la supervivencia del capitalismo y el robustecimiento de derechos como elemento de modificación superestructural. El Derecho pensaba - y pienso - contiene herramientas para forzar transformaciones sociales. Ahora bien, en tanto instrumento superestructural, los cambios serán limitados. El razonamiento que ensayé en esa oportunidad podría ser resumido de la siguiente manera. Las relaciones de producción basadas en la propiedad privada y la propiedad de medios centralizada en una porción reducida de individuos son caracteres que se encuentran probablemente más arraigados que en el siglo XIX. Frente a ese panorama, parece casi inconcebible una revolución económica y social en clave marxista en lo inmediato. Por ello, surge la necesidad de lograr la mayor cantidad posible de modificaciones en la superestructura. Esos cambios no serían completamente determinantes, pero podrían mejorar, en alguna medida, la situación de los individuos. El cambio no sería marxista, pero sería quizás un cambio positivo. En consecuencia, el Derecho seguiría sirviendo para promover mejores condiciones de vida para una pluralidad de personas con carencias, en lugar de encallarse en la mera protección del statu quo de los actores dominantes de la sociedad.

Esa fue la fórmula que apliqué para encontrar una faz inspiradora y útil en la carrera que había elegido. Para sobrellevar las inconveniencias del Derecho.

D- Casi por casualidad, meses más tarde un profesor de Teoría del Delito - otra materia optativa- insistía con Luigi Ferrajoli en cada clase. Para el examen sobre Teoría de la Pena el docente había señalado algunos capítulos de Derecho y

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

razón como de "*lectura obligatoria*". Recuerdo mi sorpresa y desconcierto al leer recién en mi quinto año de Abogacía reflexiones que se sugerían tan fundamentales para desarrollar debates jurídicos. No sólo penales, sino de todo tipo. El razonamiento de Ferrajoli parte de la importancia de la separación entre derecho y moral, o bien entre validez y justicia. Sin embargo, a través de su positivismo crítico reformula conceptos que se creían anquilosados. La clave, señala el jurista italiano, reside en el equívoco que se esconde en la identificación entre validez y positividad del Derecho¹⁰. En otras palabras, en una concepción simplificada y formalista de validez, incompatible con los Estados modernos.

La postura kelseniana, que todavía gobierna la enseñanza del Derecho, obstruye al debate que exige la sociedad sobre las condiciones fundantes de su ordenamiento jurídico. Ello en tanto impide repensar las razones que inspiran las directrices constitucionales de validez. Lo cual se debe, a su vez, a que la validez de Hans Kelsen no invita a cuestionar contenidos. En paralelo, no soslayo otros interrogantes conducentes sobre la eventual trascendencia de ese debate: (1) primero, si un debate en el seno de la sociedad puede reconfigurar las bases del sistema normativo; (2) segundo, si esa reconfiguración puede darse sin antes alterar la estructura económica.

El sistema jurídico orientado según el criterio kelseniano cuenta con una norma fundamental que se considera solo como instancia de autorización y legitimación formal¹¹. Este punto de partida instaura un procedimiento silogístico que se conduce del fundamento de validez hacia las normas inferiores. En palabras de Kelsen, una norma será fundamental "...si su validez objetiva no está sujeta a ulterior cuestionamiento"¹².

Asimismo, el célebre pensador austríaco postulaba que "una norma jurídica no es válida por tener un determinado contenido, es decir, porque su contenido pueda derivarse, mediante una operación lógica deductiva, de una norma fundamental presupuesta, sino por haber sido producida de una

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 355.

¹¹ KELSEN, Hans, **Teoría pura del Derecho**. Buenos Aires: Colihue, 2011. p. 234.

¹² KELSEN, *op.cit.*, p. 237.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

manera determinada...Por consiguiente, cualquier contenido puede ser Derecho"¹³.

Luego, cabe señalar que las ideas de Kelsen aportaron solidez a una concepción jurídica anterior. Empero, en la actualidad su pretendida asepsia termina por legitimar discursos y pretensiones que no se condicen con condiciones jurídicas elementales. Al contrario, el discurso kelseniano entraña una peligrosidad intrínseca que se evidencia, por un lado, con su contraposición a nociones doctrinarias más actuales, que serán repasadas más abajo. Por otro, con su incompatibilidad con parámetros sustantivos normativos. Aquella base sustantiva debe ser reconocida y, consiguientemente, cuestionada en la medida que sea necesario: si impide la satisfacción plena de condiciones básicas de existencia, debe ser removida.

Igualmente, siguiendo el camino de Kelsen también cabe preguntarse: ¿cuánta validez ostenta la Constitución Nacional, si se considera que la eficacia de normas cardinales es relativa? ¿Puede la ineficacia de una norma crucial arrastrar la del sistema? ¿Podría darse ante un alto grado de insatisfacción de derechos sociales, económicos y culturales?

De vuelta con Ferrajoli, este jurista supo detectar que por esa senda kelseniana se podría obtener un resultado desafortunado: la legitimación ideológica del derecho inválido vigente¹⁴. Entiende el jurista italiano que la concepción formalista termina por identificar la validez con la mera existencia jurídica de la norma. Así, se limita el concepto a un producto de un acto normativo perfeccionado conforme a normas de producción, sin valoraciones de significado o contenido normativo. No obstante, Ferrajoli propone que, en Estados constitucionales modernos, la validez atiende al aspecto formal y sustancial. En consecuencia, las normas superiores regularían la forma de producción de las inferiores y limitarían su contenido¹⁵. El fundamento fáctico que habilita las consideraciones expuestas radica, según el propio autor, en la incorporación al derecho positivo de gran parte de contenidos elaborados al iusnaturalismo, entre los que enumera al principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos y las

¹³ KELSEN, *op.cit.*, p. 233.

¹⁴ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 872.

¹⁵ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 355.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

garantías penales¹⁶. Pero no los derechos sociales. Ahora bien, Ferrajoli advierte oportunamente que estas transformaciones pueden derivar entonces en incoherencias entre los diferentes niveles normativos, pero han reducido la separación entre la legitimación interna y externa del Derecho¹⁷. Además, todo esto tiene como resultado inevitable la redefinición de categorías básicas del Derecho, como vigencia, eficacia y validez. Lo cual no imposibilita que la delimitación del Derecho válido siga siendo ideológicamente neutral, en tanto las normas serán válidas si se ajustan a las prescripciones de su producción formal y sustancial. Las normas, en este modelo, "...actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad no ya externos o iusnaturalistas, sino internos o iuspositivistas"¹⁸. Ferrajoli, pues, propone denominar vigencia a la validez formal de las normas y validez, a la validez sustancial de las normas producidas. Esto lo promueve a distinguir entre legitimidad jurídica formal y sustancial. De esta forma, estima -con razón- que la teoría del Derecho puede encargarse de cuestiones de contenido, en la medida que representan cuestiones de legitimidad interna¹⁹.

En función de ello, Ferrajoli también formula un principio teórico sobre la relación de proporcionalidad inversa entre legitimación externa e interna: "cuanto mayor es la legitimación política o externa que le viene dada a un ordenamiento por valores ético-políticos incorporados en sus niveles normativos superiores, tanto mayor es la capacidad de deslegitimación jurídica o interna que ellos ejercen sobre sus niveles normativos inferiores"²⁰. En cierto modo, cabe reconocer, dicho principio parece casi una paradoja. Cuanto más contenidos asumen las normas superiores, más difícil resulta que las inferiores se adecuen a aquellos. Aumenta la exigencia sustancial del sistema jurídico. Y, subsiguientemente, esto se traduce en un posible problema de eficacia: la vinculación de la producción de normas a condiciones sustanciales de validez. Si bien esto puede sugerirse como un problema, Ferrajoli lo interpreta de otra manera. Sostiene que, en todo caso, la posibilidad de contradicción y de ineficacia se erige en presupuesto de la función garantista del

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 356, 357.

¹⁸ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 358.

¹⁹ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 359.

²⁰ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 365.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Estado de Derecho²¹. En rigor, apunta el autor, justamente en un Estado absoluto no se hallan antinomias entre niveles normativos porque la validez se identifica con la vigencia²².

Pero es menester traer a colación una reflexión más de este jurista. Este indica que cuanto más robustos son los contenidos de los niveles normativos superiores, mayor es la probabilidad de discrepancia entre los modelos normativos y las prácticas efectivas. Entonces siempre habrá una tasa inevitable de ilegitimidad interna. Si los niveles superiores adoptaran un contenido utópico, la tasa sería más alta. Así, Ferrajoli concluye que

el carácter estructural de la divergencia entre modelos normativos superiores y prácticas efectivas inferiores, que puede darse en distintos grados pero muy difícilmente anularse, determina que en el estado de derecho pueda aspirarse como máximo a un alto grado de legitimación interna o jurídica, pero nunca a una legitimación jurídica total.²³

Por lo tanto, en estos términos, la legitimación del sistema jurídico argentino dependerá de la consideración de los derechos sociales como parte del contenido de las normas superiores de aquel. Es decir que el modelo de Ferrajoli ofrece medios para reflexionar en torno validez del ordenamiento normativo - y de las incoherencias entre sus niveles - en función del alcance consagrado a los derechos económicos, sociales y culturales. En tanto se los considere parte de la sustancia de la norma superior (lo cual parece razonable por su contenido y jerarquía) pero al mismo tiempo una mera utopía, el ordenamiento jurídico argentino ostentará una alta ilegitimidad interna (con las correlativas altas tasas de invalidez e ineficacia). Sin perjuicio de ello, es preciso reconocer que para arribar a semejante conclusión será necesario evaluar la discordancia sustantiva entre las normas del sistema jurídico y también las prácticas que se realizan conforme a ellas. De eso se tratarán la segunda y tercera parte del presente trabajo.

²¹ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 366.

²² *Ibid.*

²³ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 367.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

II ACERCA DE LA ARTICULACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO Y LOS DERECHOS SOCIALES

II.1 El esquema normativo

En la actualidad nuestro sistema jurídico cuenta con parámetros sustantivos que necesariamente ensanchan el ámbito de derechos y garantías de los particulares. Los ordenamientos internacionales, constitucionales y legales han robustecido el cuerpo de derechos fundamentales. Consecuentemente, el Estado afronta un doble desafío. Primero, respetar los derechos individuales y colectivos fundamentales. Segundo, promoverlos y garantizarlos. Se trata de instancias acumulativas que se traducen en requisito de legitimidad del Estado y todos sus órganos. Lo cual se desarrolla en un sistema económico que tiende a reproducir desigualdad y que conspira contra esas condiciones básicas de ejercicio de facultades públicas y derechos. Por ende, el Estado tiene asignado un rol preponderante en aquel escenario: poner sus medios a favor de los administrados para que estos gocen de sus derechos fundamentales plenamente, más allá de las contingencias socioeconómicas generales. Los derechos -y el sistema jurídico- responden a una realidad, mas contienen elementos para promover mejores condiciones para los ciudadanos.

En el caso del Derecho argentino, cabe tener en cuenta que su contenido se halla en constante evolución. No obstante, corresponde elaborar una reconfiguración a partir de la reforma constitucional de 1994. Si bien dicha enmienda conservó principios y derechos fundamentales, los mismos se vieron complementados por los instrumentos ingresados al bloque de constitucionalidad. Así, se fortalecieron los parámetros normativos sustantivos del ordenamiento jurídico argentino.

Como bien señala Andrés Gil Domínguez,

a partir de 1994, el parámetro de validez y eficacia de las normas inferiores está configurado por la Constitución textual y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

originaria y derivada, conformando una flexible regla de reconocimiento constitucional argentina²⁴.

II.2 Los derechos económicos, sociales y culturales como parámetros sustantivos

Entre los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que incorporó el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, se halla el PIDESC. El artículo 2 del PIDESC, por su parte, establece:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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.

Dicha norma, entonces, replica las pautas primarias -o esenciales- de validez de los instrumentos internacionales de derechos humanos, a saber: (1) el principio de progresividad, (2) de no discriminación. Además, el artículo 3 del PIDESC consagra una tercera pauta, (3) el principio de igualdad. Alrededor de estos tres ejes, que a su vez conforman el núcleo de validez del nivel normativo incorporado a la Constitución por el artículo 75, 22, orbita el bloque de constitucionalidad.

En una línea similar, Juan González Moras opina que los principios de igualdad y no discriminación funcionarían como pilar de todo el andamiaje del sistema interamericano de Derechos Humanos. Y desprende como primera consecuencia inmediata el derecho del particular de invocar la norma nacional o internacional que fuera: a) más favorable, o bien, b) menos restrictiva, respecto a su situación jurídica. Segunda, el deber del Estado nacional de: a) aplicar la norma más

²⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, **La regla de reconocimiento constitucional argentina**, Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 59.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

favorable al derecho del particular; y b) establecer distinciones e imponer restricciones al goce de los derechos por parte de los particulares de acuerdo con los estándares internacionales establecidos en relación con ello, sea por parte de los Tratados internacionales o por los tribunales internacionales²⁵.

Gil Domínguez, por su lado, sostiene que la fuente interna y la fuente externa se encuentran en permanente retroalimentación, con el objetivo de amplificar la protección del sistema de derechos. En el marco de los derechos humanos, en particular, se pueden observar varios principios constitutivos, por ejemplo los de: autoejecutoriedad, irreversibilidad, pro homine, favor debilis, pro actione y progresividad. Sobre este último especifica que "supone una tendencia hacia la extensión de los derechos humanos de modo continuo, como así también, a su plena eficacia"²⁶.

Asimismo, Gil Domínguez interpreta que estas fuentes confluyen en la regla de reconocimiento con idéntica jerarquía normativa. En caso de verificarse una colisión entre ellas, "mediante el mecanismo de la ponderación se establecerá una relación de preferencia condicionada utilizándose como patrones hermenéuticos los principios *pro homine* y *favor debilis*"²⁷.

Ahora bien, el PIDESC determina otras dos pautas, que podrían llamarse especiales, o, si se quiere, secundarias. Aquellas consisten en: (1) la adopción de medidas económicas y técnicas por parte de los Estado (2) hasta el máximo de los recursos, para alcanzar la plena efectividad.

Mónica Pinto estima que los DESC, tal como están consagrados, comprenden obligaciones de resultado y de comportamiento que son opuestas a la tríada básica de obligaciones emanadas de tratados de derechos humanos²⁸. A partir de esta divergencia, se ha provocado un cisma entre los DESC y los derechos

²⁵ GONZÁLEZ MORAS, Juan, La internacionalización del Derecho Administrativo argentino, en **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXIX - 348, Ediciones RAP, 2007, pág. 21.

²⁶ GIL DOMÍNGUEZ, *op.cit.*, p. 28.

²⁷ GIL DOMÍNGUEZ, *op.cit.*, p. 76.

²⁸ La cual comporta para el Estado tres obligaciones básicas: 1) respetar los derechos protegidos, 2) garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, y 3) adoptar medidas efectivas para hacer efectivos los derechos protegidos. Ver: PINTO, Mónica, **Temas de derechos humanos**. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1997. p. 47, 53.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

civiles y políticos apoyado en la supuesta exigibilidad de los segundos. A lo que se añadiría que la progresividad de los primeros no se traduciría en una realización al corto plazo, sin perjuicio del cumplimiento de obligaciones mínimas por parte de los Estados para asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos²⁹.

Además, esas diferencias entre los dos órdenes de derechos, que pueden ser discutidas, han dado lugar a otras más cuestionables. Por un lado, la clasificación en generaciones de derechos. Una primera generación constituida por los derechos civiles y políticos, y una segunda, por los DESC. Por otro, esto también favoreció una incorrecta apreciación de los contenidos: la satisfacción de los derechos de primera generación dependería de una abstención estatal, mientras que los de la segunda, de una conducta de acción del Estado³⁰.

Al mismo tiempo, estas diferencias esconden otra, o al menos no la explicitan siempre en estos términos: la concreción de DESC de forma sostenida e igualitaria insume recursos económicos y financieros cuya disponibilidad depende de los actores de políticas públicas. Se pretende, de esa manera, restringir alcances y demandas de los derechos sociales al sujetarlos a un problema de gestión de medios materiales. Si estos últimos no son suficientes, podrían postergarse los DESC, salvo en lo relativo a la satisfacción de su contenido mínimo, el cual también se vería afectado. Así, la ecuación parecería tener como variable excluyente a los recursos y no a los derechos involucrados. Sin embargo, es ineludible trascender esa concepción, a los efectos de determinar la legitimidad interna del ordenamiento jurídico. Y, en ese nivel de análisis, la comprensión de los DESC como parámetros sustantivos de validez condicionará las conclusiones. El argumento de la disponibilidad de recursos económico-financieros por parte del Estado tiene una evidente persuasión para desplazar la satisfacción de los DESC. No obstante, revestirá un matiz falaz en tanto sea acompañado de una concepción jurídica restrictiva de derechos, políticas públicas ineficientes y una discordancia sustantiva entre niveles normativos superiores e inferiores.

²⁹ PINTO, *op.cit.*, 55.

³⁰ PINTO, *op.cit.*, p. 56.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

II.3 ¿Similitudes y diferencias?

En un gran trabajo, Ezequiel Monti invita a asumir las particularidades de los DESC para diseñar las estrategias más adecuadas en aras de asegurar su efectividad³¹. Este joven jurista, con quien tuve la suerte de compartir interesantes debates durante la edición de una revista, desmitifica varias cuestiones.

Primero, este autor cita la opinión del propio Comité de DESC que respalda la falta de efecto inmediato de todas las obligaciones del PIDESC. A su vez, señala que existe una diferencia estructural entre las categorías de derechos enunciadas más arriba: "mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es preciso y veda ciertos cursos de acción o limita el tipo de razones que pueden invocarse para realizar determinadas acciones, el PIDESC es más vago en sus prescripciones y se limita a formular, en términos generales, ciertas razones positivas para la acción estatal"³². Por ende, los derechos civiles constituirían reglas de acción, es decir, pautas concretas de conducta que establecen mandatos o permisiones; pero los derechos sociales, reglas de fin, en las que el consecuente establece el deber o permisión de dar lugar a un estado de cosas, pudiéndose optar entre una variedad de medios³³.

Subsiguientemente, y considerando otros elementos, Monti expresa que las obligaciones del PIDESC no son incondicionales, sino que dependen de los recursos disponibles³⁴. Empero, elude dos confusiones determinantes entre los derechos civiles y políticos y los DESC. Por un lado, sostiene que todo derecho involucra un entramado de obligaciones positivas y negativas. Por otro, descubre la falacia que consiste en la supuesta implicación lógica entre intervencionismo estatal y activismo judicial³⁵. Esto tiene gran utilidad para deslindar responsabilidades entre

³¹ MONTI, Ezequiel, Democracia deliberativa y derechos sociales: ¿qué deben hacer los jueces?, en **Lecciones y Ensayos**, nº 89, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho - UBA, 2011, p. 402.

³² MONTI, *op.cit.*, p. 377.

³³ MONTI, *op.cit.*, p. 378.

³⁴ MONTI, *op.cit.*, p. 380.

³⁵ Ejemplifica, en ese sentido, que "es posible sostener simultáneamente, sin inconsistencia alguna, las siguientes tesis: (1) el Estado está obligado (o tiene la función de) garantizar una vivienda digna a todos los individuos sometidos a su jurisdicción; y (2) el Estado no está obligado a (los ciudadanos no

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

los agentes estatales que participan o deberían participar de la satisfacción de los derechos sociales. La exigibilidad y justiciabilidad de los DESC pueden coincidir en una instancia judicial, pero la primera no depende de la capacidad de contención del Poder Judicial. Este jamás podría implementar políticas a gran escala ni a largo plazo. Sólo puede atender reclamos aislados de un número exiguo de ciudadanos y sentar pautas interpretativas para la reconducción de casos futuros, cuidando siempre no interferir con el esquema de división de funciones. En otras palabras, los jueces receptan casos aislados y conceden pretensiones en tanto no se conmueva el sistema institucional. Si se considerase al Estado como un equipo de actores involucrados en la satisfacción de los DESC, el Poder Legislativo y el Ejecutivo serían los encargados de crear las condiciones para su concreción y aplicarlas sostenidamente. El Poder Judicial tendría la función de defender ese equipo cuando cometiera faltas u omisiones, receptando -atajando- algunas pretensiones que no pudieran aguardar a que los dos otros actores ejerzan debidamente su papel. Monti, a su vez, considera que los derechos sociales no son derechos a priori, entendiendo por tales condiciones de validez del proceso democrático. El jurista arriba a tal conclusión tras la evaluación de las restricciones epistémicas que aquellos supondrían. Además, Monti reitera que los derechos sociales rigen como reglas para la acción Estatal, pero no definen políticas para su satisfacción. Esto no obedecería a una vaguedad accidental de redacción, sino a las restricciones epistémicas vinculadas a la determinación de los medios idóneos para la plena satisfacción³⁶. Así, emergerían dos problemas: la definición de las funciones estatales y, luego, de las medidas estatales eficientes para lograrla. Pero, cabe aclarar, Monti configura su razonamiento para el examen de la revisión judicial en casos de DESC, mientras que aquí se propone la evaluación de la legitimidad del sistema jurídico en función de la correlación sustantiva entre niveles normativos y de las prácticas implementadas por los órganos con capacidad para perseguir una satisfacción igualitaria. En ese sentido, las deducciones del autor citado no se contraponen a la consideración de los derechos sociales como parámetros sustanciales de validez.

tienen una acción judicial para exigir la realización coactiva de) proveer una vivienda digna a cada uno de los individuos sometidos a su jurisdicción". Ver: Monti, *op.cit.*, p. 383.

³⁶ MONTI, *op.cit.*, p. 388.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Todo lo contrario, Monti rescata que son los órganos mayoritarios los encargados de concretar los derechos sociales³⁷. Lo cual no obsta a esclarecer que la exigibilidad (justiciabilidad) de los DESC frente los tribunales tendrá una presunción en contra hasta que no se consagren en explícitas reglas de acción. Y también destierra otra ingenua reflexión según la cual la efectividad de los derechos sociales sería una tarea sencilla si tan sólo el Gobierno accediera a emprenderla³⁸.

La falta de satisfacción de derechos sociales envuelve, con todo, elementos que exceden la justiciabilidad y la mera predisposición estatal. En rigor, el reto consiste en identificar en el plexo constitucional-convencional una base a partir de la cual se pueda dirigir la actividad estatal -formal y sustancialmente- hacia una efectivización cada vez mayor. En ese orden de cosas, estimo que los DESC revisten condición de parámetro sustantivo de validez del ordenamiento. Su contenido no coincide con otros derechos, como los civiles y políticos, pero es complemento necesario para el goce efectivo de todos los derechos. Sólo esta noción maximizadora y robusta de los derechos sociales puede dotar de un nivel razonable de legitimidad interna a un modelo jurídico igualitario. En su defecto, los DESC y también el Derecho se convertirían en formas náufragas que viajan a la deriva, hacia el encuentro con la nada misma.

II.4 Los derechos sociales en un modelo igualitario

Un alto nivel cualitativo y cuantitativo de satisfacción de DESC permitiría pasar a un escenario de mayor deliberación. Recién una vez que la inmensa mayoría cuente con necesidades básicas satisfechas podría adoptarse un sistema de democracia participativa. Asimismo, la postura ante la satisfacción de los DESC se traduce en una toma de posición ante el Derecho que no admite muchos matices: el sistema jurídico funciona o no funciona, tiene legitimidad interna o no la tiene; o bien, puede funcionar o no puede funcionar. Si el contenido de estos derechos hace a cuestiones elementales de la vida de los ciudadanos, el esfuerzo por su concreción debe ser total. Caso contrario, se permanecerá en un contexto de

³⁷ MONTI, *op.cit.*, p. 400.

³⁸ MONTI, *op.cit.*, p. 398.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

exclusión y la desigualdad. El primer paso de ese esfuerzo, o el que se introduce en este trabajo, consiste en repensar el sistema jurídico para direccionarlo a esos fines igualitarios y democráticos.

Naturalmente, otras opiniones también concibieron al esquema constitucional-convencional en una orientación similar. En esa línea, Víctor Bazán refiere que

La reforma constitucional de 1994 ha traído modificaciones sustanciales al ordenamiento jurídico, al menos desde el plano normológico, entre las que se cuentan...el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la igualdad formal con la igualdad material o sustancial, por medio de acciones positivas³⁹.

Además, el jurista sanjuanino apunta que:

los DESC buscan garantizar unas condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la elevación del mínimo existencial que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir⁴⁰.

Por su parte, Guido Croxatto insta a despejar la separación entre categorías de derechos definidas por criterios generacionales. Concibe a todos los derechos en un cúmulo inescindible. En todo caso, razona que los DESC son inclusive más relevantes que los derechos civiles y políticos, ya que los primeros son la garantía de realización de los segundos⁴¹. Ese camino de operativización de derechos esenciales, apunta el autor citado, "... nos conduce a una nueva visión de la igualdad en democracia"⁴².

De forma similar, Gil Domínguez opina que:

De la regla de reconocimiento expuesta surge que el derecho de acceso a una vivienda digna es un derecho fundamental y un derecho humano, y que existe un correlativo deber por parte del Estado como sujeto pasivo de

³⁹ BAZÁN, Víctor, La Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas líneas jurisprudenciales salientes en materia de derechos fundamentales, **Sup. Const.** 2012 (marzo), 29/03/2012, 1 - La Ley 2012-B, 966.

⁴⁰ BAZÁN, V., Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, **La Ley 2007-D**, 1135.

⁴¹ CROXATTO, Guido, Operatividad y reconocimiento. El problema de la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales, en **Revista de Derecho Público**, nº 7, Ediciones Infojus, p. 120.

⁴² *Ibid.*

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

proteger a los sectores más vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo. Dicho derecho está íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales y derechos humanos, 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 sólo 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. En consecuencia, quedan descartados los argumentos normativos y la tesis históricas, teóricas y dogmáticas que intentaban justificar la programaticidad y/o la menor jerarquía axiológica de los derechos económicos, sociales y culturales⁴³.

El razonamiento, pues, parece expuesto con distintas palabras pero con la misma idea conductora. Las categorías o generaciones de derechos no valen para aplazar la satisfacción de los DESC. Estos se enlazan a cuestiones inherentes de la dignidad humana y son -por lo menos- complementos necesarios del resto de las condiciones que consagra el sistema jurídico para garantizar un orden democrático e igualitario.

III LOS ÓRDENES DE OPERATIVIZACIÓN

III.1 ¿Es posible la operativización?

Aproximado el contenido de las normas superiores del sistema jurídico argentino, resta averiguar cómo se conjugan con los niveles inferiores y las prácticas institucionales para extraer una apreciación más ajustada de la legitimidad interna de aquel.

Durante la práctica profesional obligatoria de la carrera de Abogacía tuve -ahora sí- una aproximación obligatoria a los derechos sociales. Sin embargo, no fue teórica y práctica, sino práctica y luego teórica. Junto a otros compañeros, debíamos atender a consultantes que necesitaban asesoramiento para encauzar pretensiones dirigidas a cubrir carencias principalmente de salud y vivienda. En ese período aprendí que la dificultad de la concreción de derechos fundamentales radica en un debilitamiento del protagonismo de algunos agentes intervinientes. No es complejo

⁴³ GIL DOMÍNGUEZ, A., Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna, **La Ley 2012-C**, 385.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

formular un reclamo para una persona que no halla sus derechos económicos, sociales o culturales satisfechos, ni que aquel sea receptado por un juez, pero sí obtener una respuesta efectiva por parte de quien debe garantizarlos. Esto, a su vez, no responde solo a un problema de falta de políticas por parte del Poder Ejecutivo, sino también muchas veces normativas imperfectas o inexistentes producidas por el Poder Legislativo. El Ejecutivo actúa u omite, en efecto, de acuerdo al esquema competencial atribuido por las normas. Pero para preservar la división de funciones y el valor deliberativo y representativo de las soluciones, se preferiría que fuese el Poder Legislativo el encargado de delimitar el campo de acción de los derechos sociales.

Debo reconocer, lamentablemente, que poco se logró durante aquel año de práctica profesional. Pretensiones elementales de todo tipo se toparon contra un sistema jurídico-institucional que no les daba cabida. Recuerdo un caso en particular en el que el actor -consultante- obtuvo en una semana una medida cautelar para que le provean medicamentos pero no la pudo efectivizar. Inclusive, casi nueve meses más tarde, la causa fue resuelta por el juez de primera instancia de modo favorable. Pero aun con sentencia -definitiva- el Estado, en sus distintas facetas, poco y nada hacía satisfacer la pretensión. El Poder Judicial tardaba eternidades en avanzar con el proceso -amparo, por supuesto- y el Ejecutivo derivaba al actor a distintas oficinas, programas o farmacias en las que era ignorado o no atendido. Ante nuevos incumplimientos, se solicitaba otra vez un pronunciamiento al juez, quien tampoco respondía rápidamente. El consultante se presentaba estupefacto ante quienes debían asesorarlo para que le indicasen qué se podía hacer. Estos, también estupefactos, intentaban explicar que todo estaba dado para que le provean los medicamentos pero que, sin embargo, el Estado continuaba en la omisión, no sin antes preguntarse cómo podía ser eso posible.

Desde ya, si no hubo resultados positivos en el área de salud, tampoco los hubo en materia de vivienda. La administración y los jueces fueron, en este ámbito, aún más reacios a recomponer situaciones de acceso a la vivienda. Ahora bien, algunos años más tarde, ya abogado, tuve participación en un proceso de desalojo y pude apreciar, para mi sorpresa, la facilidad con la que el mismo sistema

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

que rechaza viviendas protege las propiedades ya consagradas al patrimonio de una persona. Me resultó tan impactante la diferencia entre los procesos que terminé por reflexionar acerca de las posibilidades de reordenación conceptual del ordenamiento jurídico. En concreto, me cuestioné cuál puede ser el horizonte jurídico-fáctico en tanto gobierne como pauta primaria el derecho de propiedad⁴⁴. ¿Puede pregonarse un sistema con matriz igualitaria en interacción con el derecho de propiedad tal como está resguardado actualmente? ¿Puede erigirse un sistema de reconocimiento de DESC alrededor de una estructura económica y jurídica que antepone un principio que se contrapone, o al menos limita, el goce pleno e igualitario de DESC? Si fuese posible, se demandaría para lograrlo una concreción más sólida de los DESC en todos los niveles normativos. También sería necesaria una actividad de los operadores jurídicos compatible con esa directriz igualitaria y sustantiva. Y, por supuesto, un plan de políticas públicas acorde a todos esos parámetros. En los próximos apartados, se intentará determinar si los órdenes de operativización corresponden a aquellos preceptos, que, como se mencionó anteriormente, son los que permiten elevar la tasa de legitimidad interna del sistema jurídico argentino.

III.2 Actores de la operativización

Para avanzar con el tratamiento propuesto, ahora corresponde repasar algunas de las políticas públicas más relevantes en materia de derechos sociales. Esto permitirá vislumbrar la validez de las normas que las encauzan. También permitirá precisar los roles de cada poder del Estado, más allá de las consideraciones vertidas más arriba sobre la conveniencia de un protagonismo del Poder Legislativo.

⁴⁴ Por su parte, el Profesor Ricardo Rabinovich-Berkman comenta sobre la Constitución Nacional y los derechos fundamentales: "En ella, nada se dice expresamente del derecho sobre la vida ni sobre el cuerpo. En cambio, dos veces (arts. 14 y 20) se insiste en la facultad de ejercer una industria (lícita, aclara el art. 14). De modo que los constituyentes argentinos entendieron más importante dejar asentado el derecho de poner una carpintería (que es muy respetable, eso nadie lo discute) que el de evitar que a uno le amputen una pierna en contra de su voluntad, o incluso que lo maten. Esto no quiere decir que para ellos el derecho sobre la vida o la salud fuesen irrelevantes. Pero lo cierto es que no lo pusieron". Ver: RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, **¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2013. p. 37.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Gil Domínguez se ocupa, por su lado, del mismo asunto al comentar el famoso fallo QC⁴⁵ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aunque no es objeto del trabajo la justiciabilidad de los derechos sociales y las pautas de los tribunales, las opiniones del jurista pampeano exceden el análisis jurisprudencial. En ese sentido, Gil Domínguez detecta que el razonamiento de la Corte Suprema presupone una actividad legislativa y ejecutiva insuficiente ante un caso concreto afectado, además, por una situación de fuerte vulnerabilidad social⁴⁶. Solo frente a dicho supuesto, el Poder Judicial ejerce su control de constitucionalidad y de convencionalidad para garantizar los contenidos mínimos de los derechos involucrados. A partir de ello, se presenta una duda: "¿cómo se aplica el concepto de operatividad derivada sin que exista una actividad estatal prestacional previa?"⁴⁷. A modo de respuesta, Gil Domínguez expresa que las omisiones no tendrían entidad suficiente para desconocer la operatividad de los derechos ni para impedir el control de constitucionalidad y convencionalidad por el incumplimiento de obligaciones primarias del Poder Legislativo y Ejecutivo. No obstante, la Corte Suprema no se expidió sobre estos extremos. En palabras del mencionado profesor:

la Corte Suprema de Justicia dejó pasar una oportunidad propicia para establecer como garantía primaria de los derechos económicos, sociales y culturales a la reserva de ley, mediante la cual es potestad originaria y exclusiva del Poder Legislativo establecer las políticas públicas que deben ser ejecutadas por el Poder Ejecutivo en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y convencionales que titularizan⁴⁸.

Y añadió que: "la reserva de ley de los derechos económicos, sociales y culturales impone la necesidad de la deliberación democrática respecto de las prioridades de las asignaciones presupuestarias y de sus mecanismos de actualización"⁴⁹.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, 24/4/2012.

⁴⁶ GIL DOMÍNGUEZ, *Idem*.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

III.3 Derecho a la vivienda

El artículo 11.1 del PIDESC establece:

Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

En 2013 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentó un Informe sobre los Derechos Humanos en Argentina. En su capítulo dedicado a vivienda y déficit habitacional, se asienta, en primer lugar, que se trata de un tema complejo, cuyo abordaje requiere tanto la construcción y el mejoramiento de viviendas, como la implementación de regularización dominial, la intervención del mercado inmobiliario, la promoción de alquileres con fines de vivienda y el acceso al crédito hipotecario, entre otras medidas⁵⁰.

El diagnóstico del CELS se apoya en datos del último Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda. Este distingue entre hogar y vivienda. El primero quedaría definido como

persona o grupo de personas que viven bajo un mismo techo y comparten sus gastos de alimentación". El segundo, como "espacio donde vive una o más personas, se halla separado por paredes u otros elementos cubiertos por un techo, y los ocupantes pueden entrar o salir sin pasar por el interior de otras viviendas.

Entre el año 2001 y el 2010 la población aumentó un 10,6% y la cantidad de hogares, un 20,8%. Pero mientras "...los hogares crecieron a un ritmo de 233000 por año, las viviendas ocupadas lo hicieron a razón de 178316"⁵¹. Los hogares con hacinamiento pasaron del 6,5 a 12% del total de hogares. Los hogares con hacinamiento familiar en viviendas aptas representaban el 4,4% en 2001, pero creció

⁵⁰ CELS, **Derechos Humanos en Argentina: Informe 2013**, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 343.

⁵¹ CELS, *op.cit.*, p. 345.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

a 8,7% en 2010. Los hogares propietarios aumentaron del 70,6 a 67,7%, pero los inquilinos del 11,1 a 16,1%. Los hogares inquilinos de viviendas deficitarias eran 231319 en 2010, lo que equivalía a un 2% del total de hogares. A su vez, este último rubro representaba 4% del total en Ciudad de Buenos Aires; es decir, el doble que a nivel nacional⁵². Este somero repaso de estadísticas da cuenta del contexto general habitacional. El mismo Informe, al comentar políticas de vivienda nacionales, cita el caso del Programa Pro.Cre.Ar, el cual provee créditos destinados a la construcción o adquisición de viviendas, con tasas bajas y plazos de pagos extensos. Enormemente más favorables a las condiciones que ofrecen los bancos. Ahora bien, cabe advertir que Pro.Cre.Ar fue creado a través de un decreto de necesidad y urgencia (DNU) en el año 2012. Se trató del decreto nº 902, el cual expresa en sus considerandos:

que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional determina que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral, y entre sus componentes se incluye el acceso a una vivienda digna... Que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional incorpora a la vivienda dentro del concepto integral de seguridad social, en un todo de acuerdo con la OIT, que define entre las prestaciones familiares de la Seguridad Social a la vivienda. Así también, el concepto de Piso de Protección Social, definido por organizaciones como la ONU, la OIT y la OMS refleja una extensión de los sistemas de seguridad social orientada a que diversos organismos públicos actúen en forma coordinada para garantizar todos los derechos sociales, entre los que se incluye la vivienda. Que la ANSES ha impulsado la implementación de las políticas de carácter masivo del Estado Nacional como la Asignación Universal por Hijo, la Asignación por Embarazo y el Programa Conectar Igualdad, logrando abarcar todo el territorio nacional.

De lo cual se extrae que:

- (1) el Programa no se funda en la norma del PIDESC;
- (2) se incluye dentro de beneficios de seguridad social.

A modo de balance de la primera etapa de Pro.Cre.Ar, el CELS pronunció

que

la iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional que habilita el crédito para la construcción de vivienda en condiciones accesibles a los sectores socioeconómicos bajos y medios de la población resulta auspiciosa, aunque cabe esperar que se avance con los ajustes y regulaciones complementarias mencionadas⁵³.

⁵² CELS, *op.cit.*, p. 349.

⁵³ CELS, *op.cit.*, p. 360.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Y agregó que:

la implementación del Pro.Cre.Ar como hecho significativo para la reducción del déficit de vivienda en la Argentina contrasta con la disminución durante el 2012 del presupuesto y metas comprometidas en los programas que componen el Plan Federal de Viviendas de la Subsecretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda⁵⁴.

Asimismo, se ha informado que, en los últimos tramos, el Programa experimentó una merma en su eficacia, debido al desfasaje temporal entre el sorteo de los beneficiarios y la asignación del crédito.

Por otro lado, el CELS señala que el Poder Ejecutivo no plasmó en el Proyecto de Código Civil y Comercial el objetivo de facilitar el acceso a la vivienda. Y, así, dejó una gran oportunidad para adaptar las relaciones de derecho privado a los estándares de derechos humanos⁵⁵. Por ejemplo, para incluir nuevos instrumentos de adquisición del dominio y modificar atributos de derechos reales para generar alternativas de regularización adecuadas a las formas de habitar de sectores populares⁵⁶.

El CELS y la Red Habitar participaron de las audiencias de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. De hecho, en el dictamen de esta Comisión se incluyó a la función social de la propiedad, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 15.- Titularidad de derechos y función social de la propiedad. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código. La propiedad tiene una función social y, en consecuencia, está sometida a las obligaciones que establece la ley con fines de bien común." En el dictamen se precisaba que: "El principio de función social de la propiedad fue reincorporado a la Constitución Nacional en la reforma de 1994 a través de la inclusión, con jerarquía constitucional, de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo artículo 21 se establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de los bienes, pero que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Precisamente es el Código Civil la ley adecuada para establecer esa subordinación.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ CELS, *op.cit.*, p. 363.

⁵⁶ CELS, *op.cit.*, p. 365.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

No obstante, la función social de la propiedad fue erradicada del texto final del Código. Esto motivó una crítica por parte del CELS, que expresó:

La supresión en el dictamen de Comisión de la función social de la propiedad es un grave retroceso que desprotege a los sectores más necesitados de la sociedad. El reconocimiento de este principio es imprescindible para la constitucionalización y modernización del Código, que lo ubique en línea con el derecho internacional de los derechos humanos...Como está planteado, el dictamen de la Comisión Bicameral contempla sólo formas jurídicas que permiten regularizar los actuales modos de vivir de los sectores de altos ingresos (barrios privados) y excluye la regularización de las maneras de vivir (villas y asentamientos urbanos) y producir (tierras rurales para los campesinos) de los sectores más pobres y vulnerables⁵⁷.

III.4 Asignación universal por hijo (AUH)

Este programa asistencial fue creado por el Decreto (DNU) nº 1602/2009. En concreto, este decreto estableció el régimen del Subsistema no Contributivo de Asignación Universal por hijo para Protección Social. Este se vino a articular con la ley Nº 24.714 (por la que se instituyó con alcance nacional y obligatorio un Régimen de Asignaciones Familiares) y la ley Nº 26.061 (que tiene por objeto la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

El decreto nº 1602 incorporó el artículo 14 bis de la ley 24.714, que prescribe:

la Asignación Universal por Hijo para Protección Social consistirá en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonará a uno solo de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado por cada menor de dieciocho (18) años que se encuentre a su cargo o sin límite de edad cuando se trate de un hijo discapacitado.

También estableció un inciso c en el artículo 1 de la misma ley, lo cual determinó que el subsistema de la AUH se destinaría

a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina, que no tengan otra asignación familiar prevista por la presente

⁵⁷ CELS, **El Código Civil debe ser una herramienta para la ampliación de derechos**, 20/11/2013, www.cels.org.ar/documentos.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

ley y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal.

Por la amplitud de beneficiarios, la AUH se convirtió en un bastión de la gestión del Poder Ejecutivo. Durante los últimos años sus montos han sido aumentados. En 2013, el aumento fue, según lo informado en el mensaje del Proyecto de Presupuesto 2014 remitido a la Cámara de Diputados, del 35%.

Sin embargo, la participación del Congreso de la Nación en la regulación de la AUH sólo se limitó a la aprobación de los presupuestos, pese a que existieron - y existen - múltiples iniciativas legislativas presentadas por legisladores de ambas Cámaras.

III.5 Conectar Igualdad

En 2010 fue dictado el Decreto nº 459/2010, reglamentario de la Ley Nacional de Educación 26.206. El artículo 100 de esta ley fijó:

El Poder Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, fijará la política y desarrollará opciones educativas basadas en el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación y de los medios masivos de comunicación social, que colaboren con el cumplimiento de los fines y objetivos de la presente ley.

Por su parte, el decreto estableció:

Créase el "Programa Conectar Igualdad.Com.Ar" con el fin de proporcionar una computadora a alumnas, alumnos y docentes de educación secundaria de escuelas públicas, de educación especial y de Institutos de Formación Docente, capacitar a los docentes en el uso de dicha herramienta y elaborar propuestas educativas con el objeto de favorecer la incorporación de las mismas en los procesos de enseñanza y de aprendizaje.

III.6 Derecho a la salud

Este derecho también está expresamente receptado en el PIDESC, del siguiente modo:

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El texto es citado para asentar el parámetro del Pacto y para cotejarlo con algunos avances en la materia. En ese sentido, cabe adelantar que en este caso el Congreso de la Nación sí llevó adelante las medidas más relevantes de los últimos años. Estas comprenden, en la mayoría de casos, ampliaciones del Plan Médico Obligatorio (PMO). Sin embargo, no se ha propuesto ninguna modificación al servicio estatal de salud, el cual ostenta notables deficiencias.

Entre las leyes sancionadas por el Congreso relativas al derecho a la salud, cabe referir:

A - Ley cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes (EPF) 26689: se establece que obras sociales, prepagas y otros deben brindar cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación.

B - Ley del Marco regulatorio de medicina prepaga, 26682: las empresas de medicina prepaga deben abarcar PMO y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias; se determina que (1) a edad no puede ser tomada como criterio de rechazo de admisión, (2) que las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios.

C- Ley de Diabetes, 26914: conforme a su artículo 1, se garantizará la producción, distribución y dispensación de los medicamentos y reactivos de diagnóstico para autocontrol a todos los pacientes con diabetes, con el objeto de asegurarles el acceso a una terapia adecuada, así como su control evolutivo". Fue

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

sancionada en noviembre 2013 y no fue reglamentada hasta el momento (en rigor, no se hizo la actualización de medicamentos por parte del Ministerio de Salud, ya que la ley modifica una anterior).

D- Plan integral para el abordaje de las adicciones, ley 26934: las obras sociales, las prepagas y demás prestadoras de salud deberán brindar gratuitamente las prestaciones para la cobertura integral del tratamiento de las personas que padecen algún consumo problemático que, a su vez, quedará incorporado al PMO; se prevé la creación de centros comunitarios de prevención de consumo y centros de internación.

E- Sistema de Protección Integral para Personas Trasplantadas, ley 26928: se fija cobertura por parte de las obras sociales del 100% de los medicamentos, prácticas y estudios necesarios; debe resaltarse el artículo 6, que establece: "la autoridad de aplicación debe promover ante los organismos pertinentes, la adopción de planes y medidas que faciliten a las personas comprendidas en el artículo 1° de la presente ley, el acceso a una adecuada vivienda o su adaptación a las exigencias que su condición les demande". Además, la ley reconoce licencias especiales, incentivos para contratación, asignaciones mensuales, pase libre de transporte y hasta deducciones tributarias para las personas trasplantadas, configurándose así uno de los regímenes más completos.

F- Fertilización asistida, ley 26862: se prevé el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida; sin embargo, se trata de una ley general, que aguarda la sanción de un régimen más preciso.

IV REFLEXIONES FINALES

En primer lugar, es necesario determinar cuánto hay de utopía en los derechos sociales, tal como están receptados por la Constitución Nacional y los instrumentos de jerarquía constitucional, en particular el PIDESC. ¿Son los derechos sociales metas irrealizables o directrices de un modelo jurídico igualitario con pretensiones de eficacia? Por mi parte, ya expuse que deben ser considerados

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

parámetros sustantivos del sistema jurídico por su influencia estructural en el goce pleno de todos los derechos fundamentales y en la construcción de una verdadera democracia participativa. Los DESC deben ser más que buenas expectativas. Por lo tanto, se debe perseguir un nivel de satisfacción cada vez más alto -cualitativa y cuantitativamente- para promover las condiciones de vida de los ciudadanos, pero también para resguardar la validez y eficacia del sistema jurídico argentino. Los derechos sociales merecen ser aprehendidos como parámetros sustantivos de validez para preservar - y no condenar- la consistencia y la legitimidad interna normativa.

Ahora bien, este objetivo exige conformar el contenido de los niveles normativos inferiores. La exigibilidad, pues, dependerá de la producción de reglas de acción cada vez más nítidas. Para lo cual, en paralelo, se requiere una redefinición del sistema institucional. Por un lado, para concretar la implementación sustentable de políticas públicas que atiendan, formal y sustancialmente, a esa directriz igualitaria de los DESC. En ese orden de cosas, cabe reiterar, el argumento de la disponibilidad de recursos presupuestarios será secundario hasta tanto no se consolide una tríada de elementos: una concepción robusta de los derechos sociales, políticas públicas eficientes y concordancia sustantiva entre los niveles normativos superiores e inferiores.

Por otro lado, de acuerdo a los últimos apartados, surgen interrogantes sobre el protagonismo en la satisfacción de DESC. Entonces es pertinente preguntarse: ¿quién debería ser el protagonista y cómo deberían estar distribuidos los roles? Más arriba, ya fueron señaladas las limitaciones del Poder Judicial para implementar políticas de amplio alcance. En estadios iniciales, la justiciabilidad será, al menos en mi opinión, una herramienta de relativa utilidad para concretar derechos sociales a un nivel general⁵⁸. Por ello, estimo más importante hacer hincapié en las condiciones básicas de exigibilidad que en las posibilidades inmediatas de justiciabilidad. Esto, luego, lleva a poner el foco sobre los otros poderes y evaluar cómo actúan e interactúan. Pero, en definitiva, induce a inquirir qué Estado

⁵⁸ En ese sentido, son pertinentes las reflexiones de Monti acerca de los límites funcionales del Poder Judicial en función de: 1) su actividad ante reglas de acción o de fin; y 2) los problemas de información. Ver: Monti, *op.cit.*, p. 400 y ss.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

queremos. En principio, el sistema jurídico-institucional inviste una preeminencia al Congreso de la Nación que éste no puede materializar. No obstante, las cuestiones centrales atinentes a los derechos sociales ameritan una fuerte deliberación en el seno del órgano más representativo.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles, Políticos y un Protocolo.** Art. 2 Ley 23.313. 17/4/1986. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina.** Art. 6. Constitución Nacional. 22/1994. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina.** Art. 12 Constitución Nacional. 22/1994. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Aprobación del Pacto de San José de Costa Rica.** Art. 17 Ley 23.054. 1/3/1984. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Decreto de Necesidad y Urgencia que incorpora la Asignación Universal por Hijo Para Protección Social.** Decreto Nacional 1.602/2009. 29/10/2009. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Ley de Asignaciones Familiares.** Ley 24.714. 2/10/1996. Vigente, de alcance general

ARGENTINA. **Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños Y Adolescentes.** Ley 26.061. 28/2005. Vigente, de alcance general

ARGENTINA. **Ley de Asignaciones Familiares art. 12.** LEY 24.714. 2/10/1996. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Ley de Educación Nacional art. 64.** LEY 26.206. 14/12/2006. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Creación Del Programa "Conectar Igualdad.Com.Ar".** Decreto Nacional 459/2010. 6/4/2010. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Cuidado Integral de la Salud de las Personas con Enfermedades Poco Frecuentes.** Ley 26.689. 29/6/2011. Vigente, de alcance general.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

ARGENTINA. **Marco Regulatorio de Medicina Prepaga.** Ley 26.682. 4/5/2011. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.** Ley 24.901. 5/11/1997. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Modificación de la Ley sobre Problemática y Prevención de la Diabetes.** Ley 26.914. 27/11/2013. Individual, Solo Modificatoria o Sin Eficacia.

ARGENTINA. **Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP).** Ley 26.934. 30/4/2014. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Creación del Sistema de Protección Integral para Personas Transplantadas.** Ley 26.928. 4/12/2013. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. **Ley de reproducción medicamente asistida.** Ley 26.862. 5/6/2013. Vigente, de alcance general.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ekmekdjian, Miguel **Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho.** SENTENCIA. , 7/7/1992.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, 24/4/2012.

BAZÁN, V., Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales, **La Ley 2007-D**, 1135.

BAZÁN, Víctor, La Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas líneas jurisprudenciales salientes en materia de derechos fundamentales, **Sup. Const.** 2012 (marzo), 29/03/2012, 1 - La Ley 2012-B.

BOBBIO, Norberto, **Derecho e izquierda.** Madrid: Taurus, 1995.

CELS, **Derechos Humanos en Argentina: Informe 2013.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

CELS, **El Código Civil debe ser una herramienta para la ampliación de derechos,** 20/11/2013, www.cels.org.ar/documentos.

CROXATTO, Guido, Operatividad y reconocimiento. El problema de la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales, en **Revista de Derecho Público**, nº 7, Ediciones Infojus, p. 120.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

GARGARELLA, Roberto, **Una esperanza menos**. Los derechos sociales según la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, JA 2006-IV, 1317.

FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, **La regla de reconocimiento constitucional argentina**, Buenos Aires: Ediar, 2007.

GIL DOMÍNGUEZ, A., Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna, **La Ley 2012-C**, 385.

GONZÁLES MORAS, Juan, La internacionalización del Derecho Administrativo argentino, en **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXIX - 348, Ediciones RAP, 2007.

KELSEN, Hans, **Teoría pura del Derecho**, Buenos Aires: Colihue, 2011.

MONTI, Ezequiel, Democracia deliberativa y derechos sociales: ¿qué deben hacer los jueces?, en **Lecciones y Ensayos**, nº 89, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho - UBA, 2011.

PINTO, Mónica, **Temas de derechos humanos**, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1997.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, **¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2013.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 2 – Jul./Dez. de 2014	Trabalho 06 Páginas 105-139
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com