

TÍTULO QUINTO

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN (III): SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO

I

**RELACIÓN CON LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN GENERAL**

I. Introito

Comenzaremos con una digresión. En el marco federal argentino, propiciamos un control de constitucionalidad amplio, sin detracciones injustificadas; y el sistema constitucional, esencialmente a partir de la innovación constitucional de 1994, ofrece cada vez menos espacio para alojar intelectivamente las excepciones a aquel examen de constitucionalidad que permita constatar si un derecho ha sido lesionado. Es que posibilidad de control es *garantía de acceso a la jurisdicción y no de éxito en la postulación*.

Obviamente, no por ello favoreceremos que el juez se filtre ‘invasivamente’ en órbitas regidas por el margen de discrecionalidad política del legislador (o como varias veces citáramos, su “libertad de configuración”), aunque tampoco resulta lícito que éste margine arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la Ley fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya ilegítimamente a algunos de aquello que concede a otros en igualdad de circunstancias, dando paso a objetables discriminaciones omisivas.

Por ende, el problema por dilucidar reconduce a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre el margen de acción (o de inacción) del legislador y la necesidad de otorgar adecuada protección a derechos que se encuentran *adormecidos* a causa del incumplimiento total o el cumplimiento deficiente o insuficiente en que incurre no obstante la determinación constitucional.

En cualquier caso, no debería perderse de vista que, como afirmara SCHLAICH, *los derechos fundamentales no son únicamente límites al poder del Estado, sino también una parte de la base de legitimación de éste, determinan sus deberes y hacen posible un proceso democrático*¹⁹².

II. Respecto a los derechos fundamentales en general

1. Contenido mínimo

La cuestión del control por inconstitucionalidad omisiva receipta un *plus* axiológico si involucra a “derechos fundamentales”¹⁹³, pues —como ha dicho MORTATI— la

192 SCHLAICH, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal alemán”, en FAVOREU, Louis (ed.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, 1984, p. 136.

193 Intercalamos una breve aclaración.

discrecionalidad del legislador debe ceder frente a prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a la tutela de tales derechos, lo que no excluye la especificación de cómo cumplirlas, de tal manera que de la elección del modo considerado como el más adecuado para satisfacerlos no se derive la reducción del contenido mínimo necesario para no tornar puramente ilusoria la satisfacción del interés protegido¹⁹⁴.

Vemos allí suficiente y legítimo espacio para que la justicia constitucional actúe declarando que la preterición es anticonstitucional, en tanto *discrecionalidad* no es sinónimo de *arbitrariedad*, y dicha esfera decisional del órgano legislativo no debe entenderse como *plena indemnidad para actuar, no actuar, o para hacer de cualquier modo lo que la Carta magna le impone*.

2. Acercamiento conceptual, ubicuidad de los derechos fundamentales y un acercamiento a la *Drittwirkung*

A) Para dejar sentada una aproximación conceptual a los *derechos fundamentales*, nos apoyaremos en PÉREZ LUÑO, quien entiende que con tal noción se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada¹⁹⁵.

El nombrado autor complementa tal caracterización afirmando que ellos describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo, tratándose siempre de derechos delimitados espacial y temporalmente y cuya denominación responde a su carácter *básico* o *fundamentador* del sistema jurídico-político del Estado¹⁹⁶.

En determinados escenarios jurídicos europeos (España, Alemania, etc.) y latinoamericanos (v. gr., Colombia), sí cobra sentido teórico y práctico escindir las categorías de “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, ya que aquella tipología trasunta frente a esta última las ideas de protección reforzada, alegabilidad directa ante los tribunales, posibilidad de ejercer a su respecto el “recurso de amparo” o la “acción de tutela”, según corresponda, o incluso los propios textos constitucionales contienen una especie de gradación jerárquica en cuya cúspide figuran los denominados “derechos fundamentales”.

En cambio, en contextos jurídicos como el argentino, donde un generoso bloque de instrumentos internacionales sobre la materia recepta jerarquía constitucional y la Constitución no ensaya una catalogación cualitativa diferencial de derechos, el interés en diferenciar entre “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, sin desaparecer, decae.

194 MORTATI, Costantino, op. cit., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, p. 992.

195 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Los derechos fundamentales*, Colección “Temas clave de la Constitución española”, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

196 *Ibid.*, p. 47.

Más allá de aquella sintética alusión, debemos reconocer que no es precisamente ésta la ocasión más propicia para abundar en teorizaciones que nos lleven a bucear en el significado de la expresión “derechos fundamentales”, profundizar en los alcances de la misma o dilucidar si en la percepción de la CSJN argentina sólo se trata de un constructo con contenido semántico equivalente al de la denominación “derechos humanos”.

Con todo, nos parece que una base de coincidencia mínima podría radicar en afirmar que cuando el Alto Tribunal se refiere a “derechos fundamentales” pretende dar la idea de “derechos básicos o esenciales” y, por tanto, dotados de notas de intensa textura axiológica e importante potencialidad operativa.

De su lado y en interesante alusión retrospectiva, ALEXY evoca que el Tribunal Constitucional Federal alemán sostuvo en la sentencia recaída en el caso “Lüth”¹⁹⁷ (1958), “que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, ‘para todos los

197 7 BVerfG 198, 1958.

El caso “Lüth” es un precedente muy importante en la historia institucional del BVerfG. Lo reseñemos brevemente a continuación.

En su sentencia de 22 de noviembre de 1951 el Tribunal Estatal de Hamburgo había condenado al Sr. Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, bajo apercibimiento de pena de prisión o multa, a abstenerse de: **a)** solicitar a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas que no incluyeran dentro de su programación el film “*Unsterbliche Geliebte*” (de 1951, que no tenía un contenido antisemita), y **b)** incitar al público alemán a no ver esa película. Ésta era obra de Veit Harlan, realizador de varios films antisemitas durante el auge del nazismo. Es más, había sido el principal responsable de las películas de divulgación de las ideas nazis. Entre éstas, la más conocida fue “*El judío Süß*”, de 1941.

Contra aquel pronunciamiento, el Sr. Lüth interpuso recurso de amparo constitucional, que fue resuelto por la Sala Primera del BVerfG el 15 de enero de 1958. Ésta entendió que el Tribunal Estatal había desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuía al *derecho a la libertad de expresión*, también allí donde éste entraba en conflicto con los intereses privados de terceros, omitiendo los criterios basados en los derechos fundamentales. Violaba, así, el derecho fundamental del recurrente contemplado en el art. 5, párrafo 1º, frase 1, de la Ley fundamental.

En definitiva, anuló el fallo objetado que, según el BVerfG, había ignorado el efecto de irradiación de la libertad de expresión en la interpretación del concepto “contrario a las buenas costumbres” del art. 826 del Código Civil.

El caso presenta numerosas aristas de interés. Por ejemplo:

- La visibilización de la *dimensión objetiva y axiológica de los derechos fundamentales*, al afirmarse que la Ley fundamental había establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales “un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales”, añadiéndose que tal sistema de valores “debe regir en todos los ámbitos del derecho como decisión constitucional fundamental”.
- Que el sentido del instituto del amparo constitucional radicaba en que los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial debían ser examinados por el BVerfG a la luz de los derechos fundamentales.
- La *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, o sea la *Drittwirkung* (ya citada en el texto).
- La importancia de la *ponderación* en caso de colisión de derechos o principios.

ámbitos del derecho'. Esto lleva a un 'efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)' de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos¹⁹⁸.

Así, los principios iusfundamentales valen para todos los ámbitos del derecho y, en esa línea, se instala la *ubicuidad de los derechos fundamentales* que les permite irradiarse hacia todo el sistema jurídico.

B) Utilizaremos la referencia al caso Lüth para efectuar una breve digresión que, en cualquier caso, está asociada a un tema muy significativo en el campo de los derechos fundamentales.

Los procesos constitucionales deben resultar útiles para abastecer exigencias de eficacia de la tutela de los derechos fundamentales tanto de modo *vertical*, es decir, entre los individuos y el Estado, como *horizontal*¹⁹⁹, al esparcirse hacia las relaciones *inter privados*; lo que —entendemos— implica responder afirmativamente al interrogante concreto acerca de si es la Constitución “el medio adecuado para expresar las normas que regulan las relaciones entre los particulares desde el punto de vista de los derechos fundamentales”²⁰⁰ (*Drittwirkung*).

La nombrada problemática trae consigo no pocas ni insignificantes connotaciones, entre las que se cuenta, por citar sólo una, la tocante a si la eficacia horizontal es *directa* (*unmittelbare Drittwirkung*) o *indirecta* (*mittelbare Drittwirkung*), tesis esta última dominante en Alemania, que —como subraya FERRERES COMELLA— sólo admite tal efecto *indirecto* de esos derechos a través de la noción de “orden objetivo de valores”, lo que, a juicio del citado autor, complica innecesariamente las cosas, pues “si los derechos constitucionales han de tener impacto en las relaciones entre particulares, digamos, sencillamente, que vinculan a éstos”²⁰¹.

Para enmarcar el asunto y entender por qué la *Drittwirkung* irrumpe en la doctrina y la jurisprudencia europeas, basta con recordar las *omisiones* que en diversos textos constitucionales se configuran acerca de la eficacia de los derechos constitucionales

198 ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, enero-junio de 2009, Porrúa e IIDPC, trad. y ed. de Rubén Sánchez Gil, México, D.F., 2009, p. 6.

199 La cuestión presentada es sólo una de las implicancias sustanciales del problema de los criterios de interpretación de los derechos fundamentales.

200 FERRERES COMELLA, Víctor, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 43.

201 *Ibid.*, p. 45.

en las relaciones *inter privatos*, excepción hecha de la Constitución portuguesa que contempla expresamente la cuestión en su art. 18.1²⁰².

Las anunciadas *ausencias normativas* llevaron al Tribunal Constitucional alemán a penetrar en aquel problema en el citado caso Lüth²⁰³, donde además de lo anticipado, sentó las bases de la *mittelbare Drittwirkung*, y si bien determinó como premisa liminar que *los derechos fundamentales vinculan al Estado*, también dejó en claro que la Constitución garantiza al mismo tiempo un “orden objetivo de valores” —al que nos referíamos *supra*—, el que, en tanto axioma constitucional, debe aplicarse en todos los ámbitos del Derecho, incluso en el privado, y que no gobierna sino que influencia las relaciones entre particulares, *dirigiendo e informando la labor del legislador, la administración y el poder judicial*²⁰⁴.

Otro tanto ocurrió en las praxis del Tribunal Constitucional español y de la Corte Constitucional italiana²⁰⁵; en ésta, por ejemplo, en las sentencias de 9 de julio de 1970 y de 26 de junio de 1979²⁰⁶.

3. Algunos de los extremos a meritar para determinar la existencia de una omisión inconstitucional en el ámbito de los derechos fundamentales

A) Para dilucidar si concurre o no una pretermisión inconstitucional que pudiera afectar tales derechos, dos de los aspectos relevantes por examinar son la imprescindibilidad o no de *interpositio legislatoris* y el factor temporal.

202 Ver DE VEGA, Pedro, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 273.

203 En la misma línea, suele incluirse también a la sentencia “Blinkfuer” del mismo Tribunal (cfr. DE VEGA, Pedro, op. cit., “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, p. 274).

204 Cftar. FERRERES COMELLA, Víctor, op. cit., “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, p. 44; y JANA LINETSKY, Andrés, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, op. cit., *Los derechos fundamentales*, p. 54, nota 2 a pie de página, y p. 61.

205 Véase DE VEGA, Pedro, op. cit., “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, pp. 274-275.

206 Fuera del ámbito europeo, debe advertirse que no son ajenos a esta construcción los tribunales supremos de EE.UU., Canadá y Sudáfrica. El tema puede ampliarse en JANA LINETSKY, Andrés, op. cit., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, pp. 53-55.

Es posible apreciar, ya no en el contexto del derecho interno, sino en el del derecho internacional de los derechos humanos, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha sido permeable a la figura. Sobre el punto, ver FERRERES COMELLA, Víctor, op. cit., “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, p. 43 y nota 6 a pie de página.

B) Respecto del primero de tales elementos, FERNÁNDEZ SEGADO²⁰⁷ pregona que los derechos fundamentales no requieren la previa *interpositio legislatoris*, ya que vinculan de modo inmediato, aun cuando no deba ignorarse que, como ha significado el Tribunal Constitucional español, en aquellos supuestos en que la Constitución reconozca un derecho, pero realice —a su respecto— una reserva de configuración legal, semejante mandato constitucional tiene (hasta que se suministre la regulación legal), un contenido mínimo que siempre debe ser protegido, pues la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella (*vid.* Sentencia 15/1982, de 23 de abril, sobre objeción de conciencia, específicamente el F.J. 8²⁰⁸).

Dicha problemática nos vincula con la difundida distinción entre cláusulas *programáticas* y *operativas*, escisión categorial que nos parece discutible mas cuyo intento de elucidación con detenimiento nos alejaría del propósito de este estudio.

Sólo recordaremos aquí que si, a través de la alegación de existencia de una norma “programática”, se pretendiera justificar el incumplimiento legislativo, generar un pretexto para evitar conferir protección a un derecho o, ante la inacción legisferante, sustraer a la disposición de la posibilidad de ejercer control constitucional a su respecto, se vulneraría la primacía constitucional y se bloquearía una función jurisdiccional específica transfiriéndosela al Legislativo²⁰⁹.

Reiteramos: en mayor o menor medida y teniendo en cuenta la heterogeneidad del material constitucional, las disposiciones de la Carta básica vinculan, además de oficiar como útil guía hermenéutica. En consecuencia, los derechos en ella consagrados —también los implícitos— ostentan vocación de operatividad, aun cuando desde el modo de su formulación algunos estén afrontados constitucionalmente, y otros, sólo enunciados.

C) Por su parte, mediante una visión de conjunto de los citados elementos (necesariedad o no de la intermediación del legislador y parámetro cronológico), el órgano de justicia constitucional podría elucidar si al menos *a priori* resulta razonable o irrazonable el tiempo por el que se ha mantenido la inactuación legislativa.

207 FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 71-72.

208 *Jurisprudencia Constitucional*, Tº III-1982, 1ª ed., Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, octubre de 1983, p. 208.

El problema central radicaba aquí en la “imposibilidad de ejercicio del derecho de objeción de conciencia al servicio militar” por razón de la falta de desarrollo del art. 30.2 de la Constitución.

209 Cfr. PINA, Rolando E., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 109.

El libro citado constituye, a nuestro juicio, un aporte pionero para el estudio de la problemática de las omisiones inconstitucionales y de la crítica a la distinción entre normas programáticas y operativas.

De ese modo, asegura FERNÁNDEZ SEGADO, es como se puede comprender que la mera no realización normativa de un mandato constitucional abstracto engendre simplemente un “incumplimiento de las exigencias constitucionales”, que, no obstante ser criticable, no es suficiente para convertirla en omisión legislativa inconstitucional. A esta condición se arribaría cuando dejara de ser “razonable” la inercia entendida hasta ese momento como discrecional del legislador²¹⁰.

El citado autor continúa puntualizando que dicho problema ha recibido una nueva dimensión al distinguir el Tribunal Constitucional Federal alemán entre “omisiones todavía constitucionales” y “omisiones inconstitucionales” (tópico sobre el que regresaremos), mediante las sentencias “apelativas”, “que son el resultado de la constatación de situaciones todavía constitucionales, donde, simultáneamente, se hace una apelación al legislador para alterar la situación, eventualmente dentro de un plazo expresamente determinado por el Tribunal, con la consecuencia adicional, caso de que ello fuera posible, de aplicar directamente el mandato constitucional”²¹¹.

Según SCHNEIDER, aquellas “omisiones todavía conformes con la Constitución” —a las que referíamos *supra*— son así calificadas por el mencionado Tribunal germano a través de las denominadas “resoluciones de aviso” (*Warn oder Signalentscheidung*). A su turno, indica que una ley puede ser transitoriamente mantenida en vigencia por el Tribunal si, por ejemplo, la inconstitucionalidad que ostenta no es evidente, o bien, sobreviene con el transcurso del tiempo (por un cambio de circunstancias y/o por omisión del legislador), caso en el que emite una “resolución de recomendación” (*Apellentscheidung*), por la que pese a rechazar la demanda en sus considerandos encarga al legislador, con o sin fijación de plazos, que elabore una nueva redacción de la norma según la concepción jurídica trasuntada por el Tribunal²¹².

Se ha explicado que las citadas “apelaciones al legislador” constituyen una de las atribuciones más novedosas y exclusivas del Tribunal y consisten en “exhortar” a aquel —estableciéndole o no un plazo— a eliminar una situación normativa contraria a la Constitución, o en casos de leyes aún constitucionales, para evitar que ésta se produzca²¹³. Tales “apelaciones al legislador” han sido consecuencia de la necesidad de

210 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Los nuevos retos del Estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales” (Conclusión), *El Derecho*, 25 de julio de 1994, Buenos Aires, p. 4.

211 Se apoya en ZEIDLER, Wolfgang, “A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado. Em especial tipos, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas”, en *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério de Justiça de Portugal*, N^{os}. 29-30, Lisboa, pp. 61 y 64-69 (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ídem llamada anterior, nota 113).

212 SCHNEIDER, Hans Peter, op. cit., “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, p. 59.

213 QUADRINI, Guillermo A., “El Poder Judicial Alemán. Análisis de la Ley Fundamental en relación al Tribunal Federal de ‘Constitucionalidad’ [sic]”, *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 9 de noviembre de 2004, p. 2.

adaptar la legislación a la evolución jurídica, económica, social y técnica, puesto que al momento de sancionar la ley no se advertía la inconstitucionalidad o su inminencia²¹⁴.

En síntesis, la exhortación del Tribunal alemán se realiza con miras a provocar una actividad legislativa, distinguiéndose dos grupos de casos en esta tipología de decisiones: *i*) aquellos en que la situación jurídica analizada ya es inconstitucional, pero por la “apelación” al legislador se evitan los efectos de una declaración de nulidad, quedando vigente por el momento la situación legal en cuanto a la validez de la norma, aunque con serias limitaciones en su proyección hacia el futuro; y *ii*) aquellos en que la situación legal amenaza con convertirse en inconstitucional, tratándose éste de un supuesto propiamente dicho de una “apelación o exhortación al legislador”²¹⁵.

Por su parte, GOMES CANOTILHO distingue entre las “imposiciones constitucionales abstractas” y las “imposiciones constitucionales concretas”. Las primeras se caracterizan porque su falta de realización normativa conduciría al “no cumplimiento de las exigencias constitucionales” y, eventualmente, al campo de los “comportamientos todavía constitucionales” pero con tendencia a devenir en “situaciones inconstitucionales”, en el supuesto de que el no actuar legislativo fuera sistemático²¹⁶.

De la vulneración de las imposiciones “abstractas”, no se desprendería omisión inconstitucional; en cambio, sí de las “concretas”, ya que en este supuesto el legislador viola, por omisión, el deber de actuar que puntualmente le impusieron las normas constitucionales (converge una precisa exigencia constitucional de actuar —*verfassungsrechtliche Handlungsgebote*—). El profesor portugués reenvía a SEUFERT, de quien sostiene que también distingue entre “*allgemeine Verfassungsgebote*” y “*Handlungsgebote*”, para pasar a citar su siguiente apreciación: “Las exigencias de acción prescriben al legislador el objeto de su actuación; las órdenes constitucionales generales prescriben apenas el *modus*. En el caso de violación de las primeras, él actúa omisivamente (*unterlässt*); si violara las segundas, actuaría sólo ilícitamente”²¹⁷.

GOMES CANOTILHO concluye manifestando que del texto surge la preferencia de situar la problemática de las “órdenes constitucionales generales” en el terreno

214 Ídem.

215 Ídem.

216 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 332.

217 SEUFERT, Leo, *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens*, Würzburg, 1969, p. 35; mencionado por GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit. nota anterior, pp. 332-333, llamada 9 a pie de página.

fronterizo de lo “todavía constitucional pero con tendencia hacia lo inconstitucional” para realzar la dimensión política del asunto y evitar caer en la lógica “imperativística” de lo *lícito* y de lo *ilícito*.

III. Colofón

La somera exploración que hemos efectuado de algunas técnicas sentenciales que en materia de inconstitucionalidad por omisión exhibe el *BVerfG* no ha sido producto del azar.

Es que una mirada retrospectiva de la jurisprudencia de dicho Tribunal permite descubrir que en realidad éste fue precursor en la materia del control sobre las pretericiones inconstitucionales, al dictar uno de los primeros fallos que al respecto registra el derecho comparado: aludimos a la ya citada (y que volverá a serlo) Sentencia N° 26/1969, de 29 de enero, en torno a la normativa que el Parlamento debía dictar para abastecer el art. 6.5 de la GG específicamente para *proteger derechos fundamentales*, instando a hacer operativo el *mandato parificador entre hijos legítimos e ilegítimos*. Aunque como veremos más adelante, al estudiar de modo particularizado el caso alemán en materia de omisiones anticonstitucionales (título decimoquinto), hubo algunos pronunciamientos previos a éste pero bastante más tenues.

FERNÁNDEZ SEGADO comienza uno de sus artículos sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión con las siguientes palabras: “Die Bundesrepublik Deutschland ist [...] nicht nur eine stabile Demokratie, sondern auch ein stabiler, wehrhafter Rechtsstaat geworden” (La República Federal Alemana no sólo es una democracia estable, sino que ha llegado a ser también un Estado de Derecho capaz de defenderse)²¹⁸.

Inmediatamente aclara que ese mensaje es una de las conclusiones con las que SCHOLZ finaliza un trabajo realizado con ocasión del cincuentenario del *BVerfG*, en el que trata de dar respuesta al sugestivo interrogante de si el Tribunal es un guardián de la Constitución (*Hüter der Verfassung*) o un legislador sustituto (*Ersatzgesetzgeber*)²¹⁹.

218 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 999.

219 SCHOLZ, Rupert, “Das Bundesverfassungsgericht: Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber?”, en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Band 16-1999, pp. 3 y ss., en concreto, p. 8; mencionado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit. en la referencia inmediatamente anterior, p. 999, nota 1.

El catedrático español advierte a continuación que tal reflexión es muy pertinente para empezar el estudio del control llevado a cabo en Alemania, en sede constitucional, de las omisiones legislativas, por cuanto la evolución seguida al efecto por la jurisprudencia del *BVerfG* “es un excelente ejemplo de la búsqueda de fórmulas con las que dar una respuesta jurídica, demandada por el Estado de Derecho, a cuyo través *poder hacer frente a un problema de más que notable trascendencia constitucional como es el de las lesiones de derechos fundamentales resultantes de las omisiones del legislador*”²²⁰.

Tomando como base algunos de los elementos analíticos desplegados en el presente capítulo, nos moveremos hacia la sección de este trabajo en la que afrontaremos una de las cuestiones más complejas en materia de omisiones inconstitucionales: las que profusamente se dan en un sensible campo de los derechos fundamentales, como es el de los *derechos económicos, sociales y culturales*.

220 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, p. 999.

CAPÍTULO

II

**LA INCONSTITUCIONALIDAD POR
OMISIÓN EN EL SENSIBLE ÁMBITO
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES**

I. Exordio

Nos referiremos aquí a una problemática respecto de la cual la procedencia del control sobre las omisiones inconstitucionales en no pocos casos se torna ardua y dificultosa.

Aludimos a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), cuya efectivización práctica depende, según argumentaciones que algunos Estados suelen brindar, de las “reservas financieras”, de los “recursos disponibles”, de la “reserva de lo posible” o de otras expresiones de magnitud semántica análoga.

II. Derechos exigibles

Aunque obvio, debe subrayarse que *los DESC no son menos derechos que los civiles y políticos*.

Por supuesto, no han faltado voces que catalogan a los primeros como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo.

Por ende, la necesidad de *corregir su presunta imperfección* representa un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos a su respecto como al ser estos resueltos por los órganos públicos competentes.

Es preciso recordar que la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos²²¹ (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”²²².

Es también imprescindible tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas.

Como hipótesis mínima debe admitirse que los derechos sociales presentan al menos alguna veta de justiciabilidad, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el núcleo

221 A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

222 Parte II, párrafo 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

Vale además mencionar lo que embrionariamente se planteara en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la ONU como aproximación a lo que hoy se conoce como indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

esencial del derecho en cuestión, punto que se perfila como un peculiar desafío para el Estado Constitucional y Convencional contemporáneo y un bien entendido activismo judicial²²³.

En estrecha relación con lo afirmado se muestra la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (Comité de DESC de la ONU), referida a ‘La aplicación interna del Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)’, de 3 de diciembre de 1998.

En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”²²⁴.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que es el órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento internacional que no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU, el examen de los informes periódicos de los Estados Parte y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Acerca del papel que ha jugado tal Comité, CRAVEN advierte que *el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquel*²²⁵, que se reunió por primera vez en 1987.

223 Más allá de las copiosas visiones sobre el *activismo judicial*, y las consecuentes diferencias sobre sus alcances semánticos e incremento de partidarios y detractores, cuando en este trabajo aludamos a tal expresión será para referirnos –quizá de una manera un tanto pedestre– al juez o tribunal *comprometidos* con las exigencias del Estado Constitucional y Convencional y las cabales protección y realización de los derechos humanos; *despojados* de irritantes pruritos formales en casos complejos; *creativos* en sus respuestas jurisdiccionales cuando la cuestión así lo amerite; e, *inter alia*, *proactivos* sin caer en desmedidas invasiones de competencias de otros poderes del Estado. Un par de interesantes *posts* sobre el particular corresponden a: SOLUM, Lawrence, “Legal Theory Lexicon: Strict Construction & Judicial Activism,” *Legal Theory Blog*, 16 de abril de 2006 (http://lsolum.blogspot.com.ar/archives/2006_04_01_lsolum_archive.html#114518899498875949); y ARBALLO, Gustavo, “¿Qué es el activismo judicial?”, *Saber leyes no es saber Derecho*, 28 de abril de 2006 (www.saberderecho.com/2006/04/qu-es-el-activismo-judicial.html).

Otra postura sobre el punto es exhibida por VANOSI, quien prefiere hablar de “energía judicial” y no de “activismo judicial” (VANOSI, Jorge R., “Poder Judicial: actualidad y perspectivas”, conferencia pronunciada en el marco de la “Jornada sobre temas actuales y relevantes”, Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo, San Juan [Argentina], 24 de mayo de 2013).

224 Nos referimos a lo sostenido en el ap. 10 *in fine* de tal O.G., bajo el epígrafe de “Justiciabilidad”.

225 CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

III. En torno a la tan conocida como polémica escisión de los derechos humanos en generaciones

El título que encabeza estas líneas desnuda nuestra visión sobre la difundida expresión “generaciones de derechos humanos”, que —entendemos— ha contribuido a alimentar una artificial brecha entre los derechos civiles y políticos y los DESC.

Sobre el tema, debe evocarse inicialmente —con RABOSI— que fue VASAK quien expusiera formalmente la tesis de las “generaciones de derechos”, en un artículo titulado “La larga lucha por los derechos humanos”, publicado en *El Correo de la Unesco*, pp. 29-32; habiendo redondeado su planteo dos años más tarde en la lección inaugural de la Décima Sesión de Enseñanza del Instituto Internacional de Derechos del Hombre (“Pour les droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité”, *Leçon Inaugurale*, 1979, 2)²²⁶.

Semejante criterio taxonómico divisorio ha recibido varios cuestionamientos. No es casual que prestigiosa doctrina se haya referido a ellos como la “fantasía de las generaciones de derechos”²²⁷. De hecho, CANÇADO TRINDADE subraya que mientras en relación con los seres humanos se produce una *sucesión generacional*, en el ámbito de los derechos se desarrolla un *proceso de acumulación*, de lo que extrae que *los seres humanos se suceden*, al tiempo que *los derechos se acumulan y se sedimentan*²²⁸.

Agrega el citado autor que desde el prisma de la evolución del derecho internacional en este campo, la analogía de la “sucesión generacional” de los derechos no pareciera correcta en términos históricos, puesto que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no acaecieron *pari passu*, porque si bien en el derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no sucedió de la misma manera en la dimensión internacional, como queda acreditado con las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo —OIT— en 1919), algunas de las cuales

226 RABOSI, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, *Lecciones y Ensayos*, N^{os} 69-70-71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 43-44 y 52.

227 Así la denomina CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAYZA, Rafael (comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T^o I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José de Costa Rica, 1994, p. 64.

228 *Ibid.*, pp. 64-65.

precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos²²⁹.

A su tiempo, RABOSI²³⁰ critica la tesis de las “generaciones de derechos humanos” identificando como una de sus consecuencias más dañinas el hecho de que implica y/o brinda un argumento a quienes predicán que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial, pero en realidad —advierte— nada hay en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas, ya que las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteamiento ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda que el autor que aquí seguimos resume afirmando que *sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos y los DESC son, en el mejor de los casos, programáticos*.

Para controvertir esta posición, RABOSI enfatiza que la tesis que impugna “está basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferencia categorial de los derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”²³¹.

Convergentemente, PINTO subraya que son múltiples las objeciones que encuentra a tal tesis y, entre otros cuestionamientos, pone de manifiesto que la elección de la variable en que se sustenta es “caprichosa”, al tiempo de argumentar que la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la doctrina de las generaciones de derechos²³².

Por nuestra parte, entendemos que cuando menos el uso de la expresión “generaciones de derechos humanos”, o de otras de similar calibre, no puede ni debe afectar la unidad conceptual de ellos puesto que imbrican en la dignidad humana que, obvio es decirlo, es sólo una también.

Esa percepción late con fuerza en los preámbulos del PIDESC y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los que claramente se

229 CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *Medio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como un derecho humano*, Serie “Para ONG”, N° 8, San José de Costa Rica, IIDH, 1993, pp. 42 y 43.

230 RABOSI, Eduardo, op. cit., “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, pp. 49-50.

231 *Ibid.*, p. 51.

232 PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 56-57.

reconoce que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se desprenden o derivan *de la dignidad inherente a la persona humana* (respectivos párrafos 2º de los preámbulos de ambos instrumentos).

En suma, es razonable concluir que el constructo “generaciones de derechos humanos” no puede continuar siendo admitido inercial y acríticamente, sino que merece ser reestudiado, comprobando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcto, o simplemente una creación terminológica arbitraria²³³.

IV. Teoría de los “dos mundos”. Progresividad y no regresividad

1. Lectura de los derechos en el constitucionalismo moderno

Acordamos con PRIETO SANCHÍS, cuando se opone a la pretendida consistencia de la llamada teoría de los “dos mundos” con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir²³⁴.

El citado autor mantiene que no es precisamente ésta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que la justicia y, sobre todo, *la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movедiza conciencia social²³⁵.

Por lo demás, es indudable que la creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial, entre los que

233 RABOSI, Eduardo, op. cit., “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, pp. 41 y ss., *passim*.

234 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa y UNAM, México, D.F., 2001, pp. 66-67.

235 *Ibid.*, p. 67.

se cuenta la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes normativas. También, la de reanalizar diversas categorías jurídicas, en ocasiones concebidas en el vientre pretoriano; por ejemplo, la relativa a las denominadas *cuestiones políticas no justiciables* ('*political questions*').

Precisamente en el campo de los DESC, éstas deberán ser sometidas a una reevaluación en función de la magnitud jurídico-axiológica de los compromisos asumidos internacionalmente por los Estados y de la sensibilidad intrínseca de la sustancia que nutre a tales derechos, muchos de ellos inexorablemente asociados a la *dignidad de la persona*.

2. Deber de progresividad y proscripción de regresividad injustificada

Por su parte, debe quedar en claro que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos —civiles y políticos— no legitima la denegación de otros —DESC— (ver al respecto, v. gr., la Declaración de la ONU sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986), pues la pauta de indivisibilidad de los derechos humanos proscribire de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de ellos sea a expensas de otro u otros.

Pensando en la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los DESC hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún presente en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que la *progresividad de aquellos es sólo simbólica*, debiendo darse paso a un paradigma de *progresividad sustentable, efectiva y real* de tal tipología de derechos.

Ello implica, en otras palabras, una lógica de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para asegurar el cabal ejercicio de los DESC.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad* de los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual —como se ha precisado— constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población.²³⁶

236 COURTIS, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en la obra colectiva compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

A propósito de la *proscripción de regresividad*, añadimos por nuestra parte que en el "Caso Acevedo Buendía y otros ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú", Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, concretamente en el párrafo 103 del fallo, la Corte IDH ha sostenido que, como correlato del desarrollo progresivo de los DESC, *se desprende un deber —si bien condicionado— de no regresividad*, "que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho". Añadió que el Comité de DESC ha señalado que *las medidas de*

Respecto del punto, se ha precisado que en tiempos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que por el contrario tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*”.²³⁷

El tópico conecta entonces con la tesis del contenido esencial de los derechos, el que resulta intangible, y con el principio de razonabilidad. Y es precisamente con el telón de fondo descrito que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el ámbito interno de los Estados deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales —mediante un prisma de inacción deferente— como *latencia o inocuidad 'sine die' de las normas consagradorias de los DESC*, particularmente cuando se trata de *derechos fundamentales*.

V. Omisiones inconstitucionales e inconventionales en el marco de los DESC

1. Introducción

En línea con lo mencionado anteriormente y conscientes de la dificultad práctica que en numerosos sitios entraña la puesta en marcha de los DESC (por los consabidos obstáculos financieros y la convergencia de carencias presupuestarias), estimamos conveniente y necesario que se habiliten adecuadas vías procesales para cuestionar jurisdiccionalmente las recurrentes *omisiones inconstitucionales e inconventionales* que se cometen respecto de tales derechos.

*carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (se apoya en la O.G. N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados parte [párrafo 1 del artículo 2 del Pacto]”, de 14 de diciembre de 1990, párrafo 9). Asimismo, marcó que la Comisión IDH ha puntualizado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso” (Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú”, 27 de marzo de 2009, párrafos 140-147). En síntesis, concluyó que *la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate* (sobre éste y otros temas sobre DESC, ver BAZÁN, Víctor, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167).*

237 SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, 2011, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, p. 14 (www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).

2. Algunos precedentes jurisprudenciales que vinculan los DESC y las omisiones inconstitucionales

Es ilustrativo resaltar aquí, a modo de sucintas referencias de ejemplificación, algunos precedentes del derecho comparado que conectan los temas que indica el rótulo precedente.

A) Puede evocarse un caso resuelto por el Tribunal Constitucional portugués (concretamente, la Sentencia N° 474/2002, de 19 de noviembre), en el que formuló edificantes reflexiones enlazando la temática de los DESC con la de la inconstitucionalidad por omisión, para concluir acertadamente que, en puridad, la vía establecida en el art. 283 de la Constitución portuguesa (que institucionaliza la atribución del Tribunal de ejercer control de constitucionalidad respecto de las omisiones inconstitucionales) *es también idónea para canalizar procesalmente tal tipo de derechos y no sólo los 'derechos, libertades y garantías' de tenor civil y político*²³⁸.

B) En sentido afín, el Tribunal Constitucional del Perú muestra algunas imágenes sentenciales interesantes al respecto, por ejemplo, la recaída el 20 de abril de 2004 en Expte. N° 2.945-2003-AA/TC, *in re* "A. A. M. G." (Sala Primera). Volveremos sobre este fallo²³⁹.

Por medio de una acción de amparo contra el Estado peruano —representado por el Ministerio de Salud— la interesada pretendía que se le concediera atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA.

Básicamente, el Tribunal juzgó "necesario analizar la actuación del Estado [...], al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida sólo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, *esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión*" (F. 39).

Convergentemente, añadió que "los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, *de ninguna*

238 En ocasión de relevar la jurisprudencia portuguesa en materia de inconstitucionalidad por omisión (título duodécimo, capítulo II) retomaremos el mencionado decisorio del Tribunal Constitucional.

239 Retornaremos al fallo en cuestión en el título decimosexto, capítulo II, al examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la corrección de las omisiones inconstitucionales.

manera puede justificar la inacción prolongada [...], ya que ello devendría en una omisión constitucional” (F. 49).

C) En la causa “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, la CSJN argentina dictó, en cuanto aquí interesa, dos pronunciamientos sobre los que regresaremos²⁴⁰.

En el primero (que podríamos denominar “Badaro I”²⁴¹), de 8 de agosto de 2006, de modo unánime²⁴² el Tribunal detectó la *omisión legislativa inconstitucional* consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta magna, se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión, difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes y dispuso comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un *plazo razonable*, adoptasen las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

Ya en la segunda sentencia (“Badaro II”²⁴³), de 26 de noviembre de 2007, y al haber transcurrido un *lapso de tiempo prudencial* (un poco más de quince meses) sin haber recibido una respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar la omisión legislativa que la Corte había advertido y el daño derivado de ella”, unánimemente²⁴⁴ declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2°, de la Ley N° 24.463²⁴⁵, en el caso, y determinó *per se* un mecanismo apropiado para actualizar la prestación del accionante.

3. Apreciaciones adicionales

En dirección coincidente con lo que venimos sosteniendo, conviene intercalar algunas consideraciones de PISARELLO y DE CABO, quienes afirman que, respecto de

240 Más allá de ciertas alusiones a “Badaro” que se intercalarán en otras partes del trabajo, volveremos a este punto particularmente en el título undécimo, capítulo II, al recorrer la praxis jurisprudencial de la CSJN que, con distintos niveles discursivos, conceptuales y de intensidad de control sobre el legislador, ha admitido la fiscalización de la inconstitucionalidad omisiva.

241 Fallos, 329:3089.

242 El decisorio lleva la firma de los siete (7) integrantes con que el Tribunal contaba al momento de emitirlo (hoy lo componen cinco —5— de ellos ante los recientes decesos de los jueces Argibay y Petracchi): ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

243 Fallos, 330:4866.

244 Votaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

245 Se trata de la denominada Ley de “Solidaridad previsional” (Boletín Oficial —B.O.— de 30 de marzo de 1995).

lo que genéricamente denominan “derechos sociales”²⁴⁶, las respuestas jurisdiccionales dependerán del tipo de omisión legislativa de que se trate²⁴⁷.

Así, recuerdan que una omisión legislativa *relativa* no será sino la otra cara de un desarrollo legislativo minimizador y podría resolverse no sólo invocando los derechos sociales constitucionales vulnerados, sino también esgrimiendo, entre otros, los principios de igualdad, de no discriminación y de debido proceso²⁴⁸.

Si se tratara de un supuesto de omisión legislativa *absoluta*, puntualizan que las alternativas jurisdiccionales son más complejas, debiendo indagarse si es posible articular una posición subjetiva ante los tribunales para obtener la protección de un derecho social. Al efecto, sostienen que el recurso de amparo o algún mecanismo procesal semejante (como la tutela colombiana) comportarían una vía idónea tanto de acceso individual como colectivo, añadiendo que incluso en los ordenamientos que, como el español, no admiten el amparo directo de derechos sociales, aquel podría articularse “por conexión” con un derecho civil constitucionalmente amparable, hipótesis que grafican indicando que la protección del derecho a la salud podría, por ejemplo, obtenerse por medio de la salvaguarda del propio derecho a la vida, un ingreso mínimo de subsistencia, a través de la tutela del derecho a la seguridad personal²⁴⁹.

Asimismo, advierten que la doctrina dominante se ha mostrado reticente frente a este tipo de alternativas, argumentando que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”, por lo que cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito comportaría una inadmisibles intromisión en las competencias presupuestarias del legislador y un “vano intento de gestionar lo imposible”²⁵⁰.

Sin embargo, los doctrinarios citados no comparten tal argumento al entender —en sintonía con el criterio que dejáramos expuesto— que ni la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es tan tajante como parece, ni la “reserva de lo financieramente posible” puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la desvinculación jurídica absoluta

246 Para despejar cualquier duda en cuanto a las denominaciones terminológicas “derechos económicos, sociales y culturales” o sencillamente “derechos sociales”, debe advertirse que, en general, la primera se emplea en la dimensión del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que la segunda habitualmente se usa en el ámbito del derecho interno.

247 PISARELLO, Gerardo y DE CABO, Antonio, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, op. cit., MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº III, p. 1822.

248 Ídem.

249 *Ibid.*, pp. 1822-1823.

250 *Ibid.*, p. 1823.

del legislador. Es que, agregan, cuando una *omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales*, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente al deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión²⁵¹ (ver art. 2 del PIDESC). Por fin, puntualizan que en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance²⁵².

Por su parte, y partiendo de aquellos DESC que generan obligaciones positivas para el Estado, es posible precisar —con FERRAJOLI— que son o pueden tornarse justiciables las violaciones de los derechos sociales consistentes en omisiones, es decir, en la falta de la prestación que constituye su objeto y cuya exigibilidad en juicio es posible garantizar en la mayoría de los casos²⁵³. Obviamente, se requerirá valentía (que no es sinónimo de temeridad) por parte de la judicatura y la asunción de un *rol creativo* para dar solución a los supuestos que se presenten a su decisión.

Ello porque, como se ha explicado, 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 subsistir²⁵⁴.

VI. Una breve alusión al caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”

Si bien ya hicimos referencia a este pronunciamiento de la CSJN argentina, conviene retomarlo siquiera brevemente, pues la sentencia aporta diversos insumos

251 Ídem.

252 *Ibid.*, p. 1824.

253 FERRAJOLI, Luigi, “Prólogo” a la obra de ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 10.

254 OSUNA PATIÑO, Néstor, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, junio de 2003, p. 95.

argumentales que resultan de importancia en materia de protección efectiva de los DESC.

La base fáctica del caso indica que una mujer en *situación de calle* —residente en esa ciudad desde 2000— dedujo una acción de amparo para que el Gobierno local la incluyera en los programas en materia de vivienda, junto a su hijo menor que padecía una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, y les proporcionara alguna alternativa para salir de la grave situación en la que se encontraban.

En primera y segunda instancias se admitió la acción, aunque la sentencia de cámara fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local. Contra dicho fallo, la actora planteó recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja. Ésta fue admitida por la Corte Suprema, que hizo lo propio respecto del citado recurso extraordinario, revocando la decisión recurrida.

La base subyacente del caso muestra la convergencia de diversas cuestiones: el estado de vulnerabilidad extrema configurativa de una “situación de calle”; los DESC como derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la vivienda, la salud y la discapacidad de un menor); e, *inter alia*, el control judicial de razonabilidad de las políticas públicas.

El tribunal depara un estándar interpretativo interesante en relación con el *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas de carácter derivado* (como las obligaciones consagradas por derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho de vivienda). En tal sentido, dejó sentado que para su implementación aquellas requieren una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización.

El control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, *los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad* (consid. 17 de la mayoría).

Puede resultar útil vincular la pauta que acabamos de mencionar con una premisa que la propia CSJN ha reiterado en varios de sus fallos: *donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido*²⁵⁵.

255 Por ejemplo, la ha reiterado en “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16.986”, de 24 de febrero de 2009 (*Fallos*, 332:111), concretamente en el consid. 12, párrafo cuarto, de la mayoría. Ésta estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el juez Fayt.

El juego armónico de ambos postulados brinda un soporte muy relevante para la efectividad de los derechos fundamentales.

Por su parte, en el consid. 15, *Ibid.*, párrafo 1º, la Corte se ocupó de advertir que el caso en examen no era solamente un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucraba “a un niño discapacitado que no sólo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle”, para referir que entraban “también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada”.

En definitiva, el tribunal (en la versión mayoritaria) ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que: *i*) interviniera con los equipos de asistencia social y salud con los que contaba para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y proveyera a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional; y *ii*) garantizara a aquella, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

VII. Consideraciones finales

A modo de mensaje final y envolvente de las diversas cuestiones abordadas en este capítulo, y en sintonía con el papel imaginativo y constructivo que es dable esperar de la magistratura, la violación de la Constitución (y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos) por omisión en materia de DESC no puede resignarse a pervivir sin solución bajo el pretexto de que no existe una ley que institucionalice expresamente un proceso constitucional específico al respecto, ya que de manera paradójica ello supondría dejar en manos del propio órgano silente y violador de la Ley fundamental la corrección de tales vulneraciones.

De allí que, en el punto, adquiera realce la labor de la magistratura jurisdiccional para generar los remedios procesales que conduzcan a abordar y subsanar semejantes inicias pretericiones que en definitiva atacan directamente la *dignidad humana*²⁵⁶.

256 Al solo efecto ilustrativo, indicamos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha realizado interesantes construcciones argumentales para desarrollar el concepto y el alcance de la

En “Q. C., S. Y.”, la CSJN argentina ha proporcionado algunas pautas interpretativas interesantes en pro de la efectivización de los DESC.

Es que no puede quedar duda de que estos son derechos fundamentales e incluso varios de ellos son *precondiciones* para el goce de no pocos derechos civiles y políticos. Pensemos por un momento, por ejemplo, en la sustancial importancia del *derecho a la salud* en relación con el *derecho a la vida* de las personas.

Como *mutatis mutandis* puntualiza FERRAJOLI, “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 vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información”²⁵⁷.

En esa línea, NINO explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”²⁵⁸.

Por lo demás, y tanto al formular planteos en materia de DESC como al resolverlos, es conveniente servirse del valioso bagaje jurídico que atesora la justicia constitucional comparada, en cuyo marco los tribunales y las salas constitucionales, así como las cortes supremas, efectúan continuas remisiones a sus propios precedentes y a los de otros sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos. Incluso en algunos casos se valen de la interesante praxis, por ejemplo, de la Corte Constitucional de Sudáfrica²⁵⁹ en el área de los derechos fundamentales, principalmente sociales.

expresión “dignidad humana”. En efecto, la ha tratado como: *i*) expresión de la autonomía individual; *ii*) expresión de ciertas condiciones materiales de existencia; y *iii*) como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes.

257 FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006, Universidad de Alicante, trad. de Ali Lozada, Alicante, p. 19.

258 NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

259 Los casos principales que han configurado las bases de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica en materia de derechos económicos y sociales, fuera y más allá del tan conocido como discutible fallo recaído en “*Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal*” (1997 [12] BCLR 1696), son por ejemplo: “*Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*” (2000 [11] BCLR 1169 [CC]); “*Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others*” (2002 [10] BCLR 1033 [CC]); y “*Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*” (2004 [12] BCLR 1268 [CC]).

Cabe acotar que la Constitución sudafricana de 1996 es bien conocida internacionalmente por su holística e inclusiva “Declaración de derechos”. Así, además de los derechos civiles y políticos tradicionales, tal Declaración incluye un amplio conjunto de derechos sociales, económicos y culturales exigibles ante los tribunales, teniendo estos un amplio margen para conceder soluciones “justas y equitativas”.

En esa línea de consideración de los precedentes de diversos tribunales en la materia de los derechos sociales, es útil traer a colación la apreciación de ALEXY, quien remitiendo al repertorio jurisprudencial del *BVerfG* (y dentro del marco de lo que el autor denomina “un modelo de derechos fundamentales sociales”), precisa que *en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante*, añadiendo que el espectro de sus posibilidades procesales constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución (v. gr., *BVerfG* 39, 316 [333]), por medio de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución (por ejemplo, *BVerfG* 33, 1 [13]), hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por ésta (por caso, *BVerfG* 3, 225 [237 y ss.]; 43, 154 [169 y ss.])²⁶⁰.

Para ampliar sobre esta cuestión y los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional sudafricana al respecto, ver LIEBENBERG, Sandra, “South Africa. Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution”, en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, New York, 2008, pp. 75-101.

Para comprender el escenario jurídico sudafricano y sus desafíos, es ineludible efectuar una brevisima referencia al *constitucionalismo transformador* (*Transformative Constitutionalism*) impulsado por la citada Constitución de 1996, que es justamente un instrumento jurídico progresivo y superador. Como norma suprema, su propósito es regular el poder público y estructurar un sistema normativo y objetivo de valores para una sociedad *posapartheid*. Semejante sistema procura cumplir el imperativo constitucional de superar el pasado de Sudáfrica y convertir a la sociedad en una en la que se respeten la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Ello ha sido vívidamente plasmado en el Preámbulo, en la sección 7.1, en la “Declaración de Derechos” (capítulo 2) y en otros segmentos del texto constitucional. En torno a esta última temática, ver por ejemplo ROSA, Solange, “Transformative Constitutionalism in a Democratic Developmental State”, en LIEBENBERG, Sandra y QUINOT, Geo (eds.), *Law and Poverty. Perspectives from South Africa and Beyond*, Publishers Juta & Co., Cape Town, 2012, pp. 100-123.

260 ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpr., CEPC, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001, pp. 496-497.