
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias¹

Víctor Abramovich y Christian Courtis

Introducción. 1. Derechos laborales. 2. Derechos previsionales. 3. Derecho a la salud. 4. Derechos habitacionales. 5. Derechos educativos. 6. Derecho a la alimentación. 7. Derecho al agua. 8. Derechos de los pueblos indígenas

Introducción

Contra lo que pudiera esperarse de una lectura exclusiva de la doctrina tradicional en esta materia, los tribunales argentinos han sido bastante activos en materia de justiciabilidad de los derechos sociales, aunque parte de la doctrina constitucional haya predicado de ellos el carácter meramente programático. Más aún, a partir de la reforma constitucional de 1994, y a raíz de la crisis de representatividad de los partidos políticos y de otros canales tradicionales de representación política, y de la aguda crisis económica y social que vivió nuestro país, los tribunales han acrecentado su papel en la protección de derechos sociales, de modo que se han abierto campos de litigio en materias sobre las cuales existía poca o nula experiencia previa.

1 Este capítulo está basado en el capítulo IV de nuestro libro *El Umbral de la Ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Con el objeto de documentar esta tesis, el presente ensayo recorre, de manera sumaria, algunas tendencias registradas en la jurisprudencia generada por los tribunales argentinos en materia de derechos sociales². Hemos ordenado el recuento temáticamente, para facilitar la identificación de las líneas de evolución en la interpretación de diferentes derechos.

1. Derechos laborales³

Desde la década del 1940, existe una larga tradición de justiciabilidad tanto de derechos individuales como de derechos colectivos relacionados con el trabajo. Las bases de la versión argentina del Estado social datan de mediados de 1940. La estructura del Estado social argentino residía en gran medida en un proceso de negociación política y económica entre el Estado, los sindicatos y la patronal⁴. También a mediados de los años 40 se estableció el fuero laboral, y el litigio judicial en este campo lleva alrededor de sesenta años.

El hecho de que los derechos laborales se consideren justiciables, y la existencia de un fuero laboral no significa que no haya problemas de exigibilidad. El fuero laboral está sobrecargado de causas; el procedimiento laboral crea incentivos para que la parte perdedora apele las decisiones desfavorables y convierta el proceso en un trámite lento y dificultoso, forzando al trabajador a llegar a acuerdos extrajudiciales menos favorables, en lugar de esperar una compensación plena pero tardía. El alto índice de desempleo, de subempleo y de trabajo informal generan obstáculos para la efectividad de las decisiones

2 Para un trabajo de seguimiento de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con particular referencia a los derechos sociales, ver Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos: un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante 2003/2004*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005; Capítulo VIII. Derechos económicos, sociales y culturales, pp. 335-373, con prólogo de Christian Courtis, “La Corte ante los derechos sociales”, pp. 326-333.

3 Agradecemos a Luis Campos y a Guillermo Gianibelli los comentarios, sugerencias y correcciones sobre este apartado.

4 Ver, en general, Ernesto Isuani, Rubén Lo Vuolo y Emilio Tenti Fanfani, *El Estado Benefactor. Un paradigma en crisis*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 1991; Alberto Berbeito y Rubén Lo Vuolo, *La nueva oscuridad de la política social. Del Estado populista al neoconservador*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 2a ed., 1998, pp. 24-47.

judiciales. Cabe señalar también las dificultades adicionales creadas por el establecimiento, durante la década de los años 90, de instancias prejudiciales de conciliación obligatoria, que encarecen y alargan el trámite del reclamo judicial en materia laboral.

El litigio judicial en material de derecho laboral se basa fundamentalmente sobre la aplicación de normas de rango legal: los derechos establecidos en la constitución han sido desarrollados por normas legislativas. Sin embargo, también existe cierto espacio para el litigio constitucional. El empleo de instrumentos internacionales es menos frecuente en la materia. Ofrecer un panorama completo de la jurisprudencia laboral argentina requeriría mucho más espacio del que podemos dedicar aquí⁵. Señalaremos, sin embargo, algunos aspectos que pueden resultar relevantes para caracterizar la evolución de la aplicación judicial del derecho laboral en los últimos quince años.

En relación con los derechos individuales del trabajo, algunas cuestiones han concentrado los debates jurisprudenciales. Los tribunales han dedicado algún esfuerzo a determinar el alcance del principio *pro operaris*. Algunos ejemplos incluyen la aceptabilidad de la renuncia de derechos del trabajador⁶, el abuso del *jus variandi*⁷, el alcance permisible de la protección contra el despido arbitrario —incluyendo la estabilidad en el empleo y la base para establecer el monto de las indemnizaciones laborales—⁸, y el equilibrio entre la introducción de premios o incentivos salariales y el principio de igualdad, la

5 Ver, en general, Mario Eduardo Ackerman (coord.), *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

6 Ver, por ejemplo, Corte Suprema “Padín Capella, Jorge D. c. Litho Formas S. A.”, 12/03/1987; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, “Bariain, Narciso T. c. Mercedes Benz Argentina S. A.”, 05/14/1985, “Reggiardo de Henri, Irma c. EFA”, 14/08/1985; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, “Casteñán, Gustavo A. c. Raña Veloso, Raúl y otros”, 30/08/1985.

7 Ver Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, “Prinetti, Jorge M. c. Bagley, S. A.”, 27/10/1999.

8 Ver Corte Suprema, “De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata”, 25/02/1969, “Figueroa, Oscar F. y otro c. Loma Negra C.I.A.S.A.”, 04/09/1984, “Pelaia, Aurelio P. c. Sadaic”, 30/06/1992, “Vega, Humberto A. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro s/acidente – ley 9688”, 16/12/1993, “Vega, Leonardo M. y otros c. D’Angiola Arcucci”, 25/06/1996, “Villarreal, Adolfo c. Roemmers”, 10/12/1997, “Mastroiani, Ricardo A. c. Establecimiento Modelo Terrabusi S. A.”, 27/05/1999.

prohibición de discriminación y el respeto de los derechos fundamentales no laborales en el ámbito de la empresa⁹.

Respecto de los derechos colectivos del trabajo, los tribunales argentinos han decidido sobre el alcance de la prevalencia de convenios colectivos de trabajo que suponen una mejora con respecto a las cláusulas de la ley¹⁰, la libertad de formar, afiliarse a sindicatos y negociar colectivamente¹¹, y el derecho de huelga¹².

A comienzos de la década de 1990, durante el gobierno del entonces presidente Menem, el número de miembros de la Corte Suprema de Justicia se amplió de cinco a nueve, y se designó para cubrir esas vacantes a jueces de filiación partidaria o de escasos antecedentes. La Corte Suprema convalidó

- 9 Ver, por ejemplo, Corte Suprema, “Ratto, Sixto y otro c. Productos Stani S. A.”, 08/26/1966, “Segundo, Daniel c. Siemens S. A.”, 26/06/1986, “Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, S. A.”, 23/08/1988, “Jáuregui, Manuela Yolanda c. Unión Obreros y Empleados del Plástico”, 07/08/1984, “Martinelli, Oscar Héctor Cirilo y otros c. Coplinco Compañía Platense de la Industria y Comercio S. A.”, 12/12/1993; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, “Armella, Miguel A. c. Aerolíneas Argentinas S.A.”, 26/10/2000, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, “Stafforini, Marcelo c. Ministerio de Trabajo s/amparo”, 29/06/01, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI, “Balaguer, Catalina c. Pepsico de Argentina”, 10/3/2004, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, “Greppi, Laura Karina c. Telefónica de Argentina SA s/despido”, 31/05/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad c. Freddo”, 15/9/2000, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “Arroyo, Gustavo Adolfo y otros c. Jovis S. R. L. y otros s/daños y perjuicios”, 12/12/2005.
- 10 Corte Suprema, “Romano, Adolfo R. y otros c. Usina Popular y Municipal de Tandil, S. E. M.”, 31/07/1979, “Nordensthol, Gustavo J. C. Subterráneos de Buenos Aires”, 04/02/1985, “Soria, Silverio F. c. D.N.V.”, 02/04/1985, “Bismarck, Almirón y otro c. Cooperativa Eléctrica Ltda. de Pergamino”, 12/02/1987; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Garay Benítez c. Agrest S.A.”, 14/6/2004.
- 11 Corte Suprema, “Outon, Carlos J. y otros”, 29/03/1967, “Asociación de Trabajadores del Estado c. Provincia de Corrientes”, 14/07/1999; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala de Feria, “Confederación General de Trabajo de la República Argentina c. Poder Ejecutivo Nacional”, 24/01/1997. Existen algunos precedentes recientes restrictivos de la libertad de formar sindicatos. Ver, por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Asociación del Personal Superior del Congreso de la Nación c. Ministerio de Trabajo”, 26/04/05.
- 12 Corte Suprema, “Beneduce, Carmen J. y otras c. Casa Augusto”, 18/12/1967, “Riobo, Alberto c. La Prensa, S. A.”, 16/02/1993; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Leiva, Horacio y otros c. Swift Armour S. A.”, 06/07/1984. Ver, en general, Jorge Eduardo Rizzone, “Acerca del derecho de huelga en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación Argentina”, en Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, Año III – Nro. 9, marzo-abril de 2001, pp. 39-44.

leyes de flexibilización laboral, medidas de desplazamiento o limitación de la aplicación de convenios colectivos de trabajo ante la alegación de emergencia económica¹³, y normas de limitación de la indemnización del trabajador por accidentes y enfermedades laborales¹⁴, bajo la justificación de razonabilidad de las medidas adoptadas por el Congreso¹⁵. La Corte Suprema también adoptó una interpretación restrictiva en relación con la solidaridad de empresas vinculadas o subcontratadas en orden al cumplimiento de obligaciones laborales¹⁶.

Después de la crisis del 2001, la composición de la Corte Suprema varió, y nuevas decisiones modificaron los precedentes anteriores, adoptándose una línea favorable a la defensa de los derechos del trabajador¹⁷. Hay indicios de una mayor consideración de los instrumentos internacionales de derechos humanos: el caso “Aquino”, decidido en el 2004, es un buen ejemplo de esta tendencia¹⁸.

13 Corte Suprema, “Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, 07/08/1990, “Cocchia, Jorge D. C. Estado nacional y otro”, 12/02/1993.

14 Corte Suprema, “Gorosito c. Riva S.A. s/ daños y perjuicios”, 01/02/2001.

15 Para un comentario general, ver Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, “Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, en *Revista Contextos*, Nro. 1, Buenos Aires (1997), pp. 159-231.

16 Corte Suprema, “Rodríguez, Juan R. c. Compañía Embotelladora Argentina S. A. y otro”, 15/04/1993, “Luna, Antonio R. c. Agencia Marítima Rigel S. A. y otros”, 02/07/1993, “Escudero, Segundo R. y otros c. Nueve A S. A. y otro”, 14/09/2000.

17 Ver, por ejemplo, Corte Suprema, “Castillo, Angel Santos c. Cerámica Alberdi S.A.”, 07/09/2004 (inconstitucionalidad del establecimiento de la jurisdicción federal en materia de accidentes de trabajo) y casos citados en las notas a pie de página que siguen.

18 En el mismo sentido, Corte Suprema, “Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa S.A. s/despido”, 14/07/2004 (inconstitucionalidad de los topes para la indemnización por antigüedad: la Corte argumenta sobre cláusulas constitucionales, y sobre los artículos 23 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial); “Milone, Juan Antonio c. Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente - ley 9688”, 26/10/2004 (inconstitucionalidad del pago en renta periódica de la indemnización por accidente de trabajo: la Corte cita cláusulas constitucionales y los artículos 5 del Convenio 17 de la OIT, 7 y 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 6 y 7 del Protocolo de San Salvador—Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

“Aquino”¹⁹ involucra la impugnación constitucional de un cambio legislativo referido a la indemnización por accidentes y enfermedades laborales. El sistema previo permitía al trabajador que fuera víctima de un accidente o enfermedad laboral optar entre un régimen de responsabilidad objetiva y tarifada, con una menor carga probatoria, y un régimen de indemnización plena, en el que el trabajador tenía que demostrar la negligencia o la falta de control de cosas peligrosas por parte del empleador. En septiembre de 1995, el Congreso aprobó una ley para reemplazar el sistema de indemnización por accidentes y enfermedades de trabajo. El sistema de indemnización por vía del litigio judicial fue dejado de lado por un nuevo sistema de seguro obligatorio gestionado por empresas de aseguramiento privadas. En “Aquino”, el actor cuestionó la constitucionalidad de la eliminación de la opción de indemnización integral a favor del trabajador. La nueva composición de la Corte Suprema, revocando una decisión previa, sostuvo que el Nuevo régimen era inconstitucional. La Corte no solo fundó la sentencia sobre argumentos constitucionales —el derecho del trabajador a condiciones dignas y equitativas de trabajo, y el carácter integral de la seguridad social—, sino que también acudió a estándares internacionales de derechos humanos —entre ellos, a cláusulas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las referencias al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subrayan la relación entre la indemnización integral por accidentes y enfermedades de trabajo, y el derecho a condiciones justas y equitativas de trabajo. La Corte menciona también Observaciones Generales y Recomendaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El tribunal sostiene, por ejemplo, que la ley impugnada viola la prohibición de regresividad, al adoptar una medida que restringe deliberadamente el derecho

Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). La Corte Suprema pone énfasis en este caso en la obligación de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2.1 del PIDESC) en relación con la obligación de mejora continua de las condiciones de vida (art. 11.1 del PIDESC).

19 Corte Suprema, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688”, 21/09/2004.

a una compensación plena. El voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco subraya, además, que la cláusula legal impugnada es inconstitucional por cercenar el derecho del trabajador de acceder a la justicia en procura del amparo de sus derechos.

2. Derechos previsionales²⁰

Tampoco existe mayor debate sobre la posibilidad de hacer justiciables los derechos de la seguridad social a través de los tribunales: hay una práctica establecida de más de cuarenta años en el litigio en materia de la seguridad social.

La base del sistema de seguridad social también siguió los lineamientos de lo que algunos autores han llamado Estado social corporativo o conservador: además de depender en gran medida de los procesos de negociación política entre Estado, sindicatos y patronal, el sistema es fragmentario y mantiene una diferenciación importante de status de acuerdo al tipo de actividad desempeñada, y reproduce la tradicional división sexual del trabajo, el esquema supone en gran medida que los hombres son los que se incorporan al mercado formal de trabajo, mientras que las mujeres se dedican principalmente a las tareas reproductivas²¹.

Aunque los primeros esquemas de seguro social se originaron a principios del siglo XX, la existencia de un diseño institucional que pueda ser llamado propiamente sistema de seguridad social data de la última mitad de los años 40. Los esquemas previos eran fragmentarios, auto-gestionados y cubrían un porcentaje muy pequeño de la población. En 1952 se producen las primeras medidas hacia la unificación y centralización del sistema: se estableció una administración nacional de la seguridad social, y se impuso un sistema de reparto, que reemplazó a los sistemas de capitalización prevaletentes en el

20 Agradecemos a Walter Carnota y a Horacio González los comentarios, sugerencias y correcciones sobre este apartado.

21 Ver Gøsta Esping-Andersen, *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, Capítulo 1; íd., *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Ariel, Barcelona, 2000, Capítulo 5; Rubén Lo Vuolo y Alberto Barbeito, *La nueva oscuridad de la política social. Del Estado populista al neoconservador*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 2a ed., 1998, pp. 24-47.

período previo. El sistema se financió con aportes de los trabajadores y de los empleadores. Los cambios demográficos y económicos –la formación de una fuerza de trabajo industrial, la migración desde el campo a la ciudad, y la llegada de migrantes de Europa y de los países vecinos– permitieron la consolidación del nuevo modelo. La cobertura creció de manera notoria, de 420.000 personas en 1944 a la impactante cifra de 2.300.000 personas en 1949.

En 1957 se otorgó jerarquía constitucional al derecho previsional: el artículo 14 bis incorporó el siguiente párrafo:

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

El litigio judicial en material de seguridad social se generalizó en los años 60, con el crecimiento de reclamos relacionados con la movilidad y con la fijación del monto de las jubilaciones y pensiones. La mayoría de los reclamos se fundaban sobre bases legales (y, a la postre, en la interpretación del artículo 14 bis de la Constitución), y gran parte de ellos se resolvieron en favor de los peticionantes. La Corte Suprema estableció como principios de interpretación constitucional en materia previsional: la consideración de los fines tuitivos de las normas previsionales, la movilidad, la proporcionalidad y el carácter sustitutivo de las prestaciones con respecto al salario, en razón de su carácter alimentario, el rechazo de interpretaciones restrictivas y, por lo contrario, la preeminencia de la interpretación amplia, a favor de aquellos a quienes las normas previsionales buscan proteger (denominada “principio de favorabilidad”), y el principio *in dubio pro justitia socialis*²².

22 Ver, entre muchos otros Corte Suprema de la Nación, “Magliocca, José Benedicto”, Fallos 234:717 (1956) (el límite a la reducción del monto de jubilaciones o pensiones es la confiscatoriedad); “Casanegra, Alejandro”, Fallos 235:783 (1956) (el derecho jubilatorio se incorpora al patrimonio desde su otorgamiento, prohibición de confiscatoriedad); “Pérez de Da Gracca, Carmen (Viuda) c/frigo-

Las demandas en materia de seguridad social se volvieron masivas en los años 80 y 90: una parte importante de los reclamos impugnaba la denegatoria del otorgamiento de jubilaciones y pensiones, o demandaba el reajuste de los montos de la jubilación o pensión de acuerdo a los criterios establecidos por la ley. También en este período, la gran mayoría de casos fueron favorables a los demandantes. Dado el volumen de casos, el Congreso creó en 1987 un fuero específico para tratar materias de seguridad social; los casos previsionales tramitaban anteriormente ante la justicia laboral.

rífico Anglo”, 24/03/1958 (interpretación favorable a quienes las leyes provisionales pretenden proteger); “García de Thorndike, María Helena”, Fallos 248:115 (1960) (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger); “Ponzo, Alfredo Blas G.”, Fallos 255:306 (1963) (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “López Villanueva, Manuel”, Fallos 256:235 (1963); “Orsi, Pacífico Héctor c/ Nación”, Fallos 258:14 (1964) (prohibición de confiscatoriedad de modificaciones previsionales posteriores al otorgamiento); “Sturiale, Nicolás s/sucesión”, Fallos 261:47 (1965) (después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación esta queda amparada por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional); “Di Fulvio, Antonio”, 01/12/1965 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “Barreiro, Eduardo Casimiro”, 31/08/1966; “Cadorini, Roberto Antonio s/jubilación”, 7/10/1966 (interpretación favorable a quienes las leyes provisionales pretenden proteger); “Bonoldi de Viglione, Elvira María s/ rec. de servicios”, 25/11/1966; “Florio, Lucio Juan s/jubilación”, 21/12/1966 (prohibición de confiscatoriedad); “Pobes, Juan s/jubilación”, 26/12/1966 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger); “Del Valle, Jorge Felipe”, 29/03/1967 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “Romagnoli, Marcelo s/pensión solicitada por Margarita Danesi”, 21/04/1967 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “Pincerolli, Leopoldo s/jubilación”, 25/04/1969; “Tavella, Esther Lucía Ballester Piterson de s/jubilación”, 31/05/1971; “Lavenir, José Santiago s/jubilación”, 11/10/1972 (después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación esta queda amparada por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional); “Telepak, Mateo s/jubilación”, 07/03/1974 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “Fernández Alvarez, Celestino s/jubilación”, 27/05/1974 (carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “Berçaitz, Miguel Ángel c/Instituto Municipal de Previsión Social s/jubilación” (proporcionalidad entre haberes de pasividad y actividad, rango constitucional del principio *in dubio pro justitia socialis*, 13/09/1974; “Murúa, Herminio s/jubilación por invalidez”, 30/04/1975 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “López, María Consuelo s/jubilación”, 06/08/1975 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter sustitutivo de los beneficios jubilatorios); “Amoros, Mario Argentino s/jubilación”, 02/09/1975 (proporcionalidad entre haberes de pasividad y actividad); “Mazza, Próspero s/jubilación”, 02/10/1975; “Marsden, Oscar Raúl s/jubilación”, 30/10/1975 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios);

En 1991 comenzaron los cambios administrativos al sistema: se creó el ANSeS (Administración Nacional de la Seguridad Social), que vino a reemplazar a las cajas e institutos previamente existentes. La jerga administrativa literalmente mutó en los manuales de aplicación del sistema: el jubilado pasó a ser “cliente” y el beneficio jubilatorio un “producto”. Todo ello a partir de la neta orientación economicista de la orientación prevaleciente por entonces.

En 1993, un importante cambio legislativo introdujo un sistema previsional paralelo: los trabajadores tenían la opción de mantenerse en el sistema estatal de reparto, o pasar a un sistema de capitalización individual, gestionado por empresas privadas ligadas principalmente al sector bancario y financiero²³. A partir de esa reforma, el Estado modificó los requisitos y condiciones del sistema de reparto, con el propósito de incentivar el paso de los trabajadores al sistema privado de capitalización individual: entre ellos, la desconexión del monto de las jubilaciones y pensiones del nivel de remuneraciones previo. El Congreso sancionó leyes (como la infaustamente denominada “Ley de Solidaridad Previsional”, de 1995) para crear obstáculos, diferir o impedir los juicios contra el Estado en la materia, por ejemplo, un recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema contra decisiones de

“Helguera de Rivarola, María Teresa s/pensión”, 11/12/1975 (la inamovilidad absoluta de haberes de jubilación y pensión es inconstitucional); “Riveros, Olga Yolanda” 24/2/1976; “Incarnato, Aristides Alejandro s/jubilación”, 31/08/1976); “Verón, Antenor Benedicto”, 15/03/1977, (el mecanismo de movilidad no puede traducirse en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación del trabajador activo y el jubilado, en grado tal que pudiera calificarse de confiscatoria o de injusta desproporción con la consecuente afectación de la naturaleza sustitutiva de la prestación), “Macchiavelli, Carlos Jorge c/Nación Argentina”, 13/96/1978; “Zárate Jades y otros c/Provincia de la Pampa”, 13/08/1981 (el Congreso es competente para decidir el mecanismo de movilidad de las pensiones, pero sujeto al control judicial de razonabilidad); “De Simone, Ricardo Luis”, 23/02/1982; “Farina, Teresa Carmen”, 10/05/1983; “Agüero, Medardo”, 14/06/1983; “Arin Boeri, Nydia Noemi”, 26/07/1983; “Lastra Edith Yolanda s/pensión”, 20/11/1984 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); Ibáñez, Angel Bernabé s/jubilación”, 10/12/1985 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad, carácter sustitutivo de la jubilación); “Rolón Zappa, Víctor Francisco”, 30/09/1986 (reducción desproporcionada de haber jubilatorios es inconstitucional).

23 Ver Guillermo V. Alonso, *Política y Seguridad Social en la Argentina de los 90*, Miño y Dávila-FLACSO, Buenos Aires, 2000; Christian Courtis, “Social Rights and Privatisation: Lessons from the Argentine Experience”, en Koen De Feyter and Felipe Gómez Isa (eds.), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2004, pp. 175-205.

segunda instancia, que permitió al Estado llevar miles previamente perdidos al conocimiento del máximo tribunal, y la “excepción de falta de recursos” para bloquear el pago de los montos a los que fuera condenado. Estos cambios procesales tenían el propósito de desafiar o demorar los pagos ordenados judicialmente. Todo ello, pese a la aprobación de la reforma constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos, y reforzó así la raigambre constitucional de los derechos previsionales²⁴.

Tanto las leyes que modificaron el criterio de determinación de los montos de las jubilaciones y pensiones, como los que establecieron obstáculos procedimentales para cobrarlas de acuerdo a lo fijado judicialmente fueron impugnadas constitucionalmente. En algunos de esos casos, tribunales de segunda instancia declararon la inconstitucionalidad de las leyes cuestionadas²⁵, aunque algunas de estas decisiones fueron, a su turno, revocadas por la Corte Suprema compuesta por los jueces designados por el entonces presidente Menem²⁶, que abandonó así algunos de los principios

24 Sobre los derechos provisionales en el derecho internacional de los derechos humanos, ver Christian Courtis, “El derecho a la seguridad social en el Derecho Internacional”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 257-270 y Martin Scheinin, “The Right to Social Security”, en Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2a, 2001, pp. 211-221.

25 Ver Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala II, “Ciampagna, Rodolfo N. c. ANSeS”, 11/04/1997 (inconstitucionalidad de la “excepción de falta de recursos”), “González, Herminia del Carmen c. ANSeS”, 11/20/1998 (inconstitucionalidad del carácter obligatorio de las decisiones de la Corte Suprema en materia de seguridad social para los tribunales inferiores).

26 Ver Corte Suprema, “Chocobar, Sixto Celestino c. Caja de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos, 27/12/1996 (convalida la aplicación de la ley que prohibía el empleo de índices automáticos de ajuste a las jubilaciones y pensiones, y cita, paradójicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos), “González, Herminia c. ANSeS”, 21/03/2000 (convalida el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte Suprema para tribunales inferiores en materia de seguridad social), “Aguiar López, Eduardo c. INPS – Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos”, 17/03/98, “Heit Rupp, Clementina c. ANSeS” (el Congreso tiene libertad de configuración del sistema de movilidad de las pensiones), 16/09/1999, “Adamini, Juan Carlos c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo”, 14/09/2000. Véase, sin embargo, “Barry, María Elena c. ANSES s/ reajustes por movilidad” y “Hussar, Otto c. ANSeS s/ reajustes por movilidad”, 10/10/1996 (las modificaciones procedimentales que obligaban a los reclamantes a reiniciar sus demandas violan el derecho al debido proceso).

de interpretación constitucional fijados anteriormente, en especial a partir del caso “Chocobar”.

Como en el caso de los derechos laborales, la nueva composición de la Corte Suprema revocó algunas de las sentencias dictadas por la Corte anterior sobre la base de fundamentos constitucionales, y amplió la interpretación de los derechos previsionales a partir de estándares internacionales de derechos humanos. Dos ejemplos pueden ilustrar esta tendencia.

En el caso “Sánchez”²⁷, la Corte Suprema revirtió el precedente “Chocobar”, y sostuvo que la prohibición de actualizar precios de acuerdo con índices inflacionarios no era aplicable al sistema previsional, ordenando al Gobierno a reajustar jubilaciones desactualizadas de acuerdo a las variaciones del índice generales de salarios. El voto de la mayoría vuelve a postular el carácter sustitutivo de las jubilaciones y pensiones y la preeminencia de la interpretación amplia a favor del reclamante en la materia, y subraya las vinculaciones entre la movilidad de las jubilaciones y los derechos a la alimentación, a la vivienda, a la educación y a la salud, o bien el derecho a un nivel de vida adecuado, para los trabajadores jubilados. El fallo abre una multiplicidad de cuestiones de implementación de las nuevas pautas de movilidad que obligarán a ulteriores precisiones, sea de la propia Corte, sea del fuero especializado en la materia.

La Corte Suprema basa su decisión sobre principios constitucionales – el derecho a la movilidad de las jubilaciones y pensiones (interpretada en el sentido de establecer una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos) y el mandato al Congreso de adoptar medidas de acción positiva para hacer efectivos los derechos de las personas de edad– y también sobre instrumentos internacionales de derechos humanos: cita la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, subraya la obligación de desarrollo progresivo de los derechos humanos, y afirma que la disponibilidad de recursos no puede ser empleada como argumento para negar o restringir derechos reconocidos. Uno de los votos concurrentes alude además a la sentencia “Cinco pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Cinco Pensionistas c. Perú”, del 28/02/2003).

²⁷ Corte Suprema, “Sánchez, María del Carmen c. ANSeS s/reajustes varios”, 17/05/2005, confirmado el 28/07/2005.

En “Iztcovich”²⁸, la Corte Suprema declara que una cláusula de la denominada “Ley de Solidaridad Previsional”, que sujetaba a las decisiones de segunda instancia en material previsional a una apelación ordinaria ante la propia Corte, era inconstitucional²⁹. La mayoría del tribunal afirmó que el Estado había empleado irrazonablemente este recurso judicial para demorar pagos de la seguridad social, y que los principios del debido proceso, aplicados en materia de seguridad social, exigen celeridad, certeza y previsibilidad. En consecuencia, la Corte juzgó que la cláusula impugnada afectaba el derecho al debido proceso, en conexión con el derecho a la seguridad social. La decisión se funda en principios constitucionales, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a la protección judicial), citando también un caso decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso “Las Palmeras”, del 12/06/2001).

En “Badaro”³⁰, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de un sistema de ajuste de las jubilaciones por considerarlo contrario al derecho constitucional a la movilidad de los haberes previsionales. En su decisión la Corte fijó un marco orientador para determinar qué tipo de sistema de movilidad podría ser considerado adecuado a la luz del precepto constitucional. Así, sostuvo que la movilidad no es un mero ajuste por inflación sino que debe guardar una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores activos, por ser la jubilación una prestación sustitutiva de los salarios. Sin embargo, el tribunal consideró que no le correspondía definir el sistema de ajuste determinado, ya que esta definición correspondía preferentemente al Congreso de la Nación. El argumento de la Corte no está vinculado sólo con la asignación de esa competencia al órgano legislativo, sino que valora también los múltiples intereses en juego que deben ser contemplados y ponderados en la definición de un mecanismo apropiado de ajuste, su complejidad técnica y su impacto presupuestario³¹. La Corte decide entonces comunicar

28 Corte Suprema, “Iztcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios”, 29/04/2005.

29 Poco tiempo después de la sentencia, el Congreso derogó ese recurso ordinario que la Corte declaró inconstitucional (ley 26.025).

30 Corte Suprema de Justicia, “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSES s/ reajustes varios”, 08/08/2007.

31 La Corte establece: “Que ello no implica que resulte apropiado que el tribunal fije sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas,

la decisión al Gobierno y al Congreso a fin de que un plazo razonable, adopten las medidas correspondientes para ajustar el sistema de movilidad al mandato constitucional, conforme los estándares fijados en la decisión. La Corte advierte que el reenvío a los órganos políticos del asunto, no le impedirá en el futuro examinar a su vez la adecuación constitucional del sistema que en definitiva se adopte.

Es una decisión reciente, la Corte Suprema acotó el margen de discrecionalidad del Estado para establecer criterios para la asignación de pensiones no contributivas, tema de crucial importancia, dado la dificultad de acceso de los sectores más carenciados de la población a los regímenes contributivos de seguridad social, dados los índices de desempleo, de informalidad y de precariedad laboral. El tribunal, en el caso “Reyes Aguilera”³², consideró por mayoría, aunque con fundamentos diversos, que algunas prestaciones sociales no contributivas también están regidas por las obligaciones constitucionales del Estado en material de derechos sociales, en especial cuando esas prestaciones tienden a la protección del derecho a una vida digna. Por eso resulta aplicable también en este campo el examen de la razonabilidad de las normas y las políticas que las implementan. En el caso la Corte consideró que resultaba inconstitucional, por discriminatorio, el requisito de 20 años de residencia en el país, para acceder a una pensión por invalidez absoluta.

En nuestra opinión este es un precedente muy valioso pues confiere un marco de derecho a un campo de la administración de servicios sociales que suele desarrollarse con una lógica asistencial, y organizarse a partir de criterios altamente discrecionales —sino derechamente arbitrarios—, sin que los ciudadanos cuenten con mecanismos de rendición de cuentas adecuados para resguardar sus derechos y en especial el trato igual del Estado.

debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer”.

32 Corte Suprema, “Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”. 04/09/2007.

3. Derecho a la salud

Si en material de derecho laboral y provisional ya existía una tradición importante de litigio, la justiciabilidad del derecho a la salud se extendió de manera notable a partir de la década de 1990. La crisis social y económica de finales de los años 80 y 90 llevó a un mayor uso de los tribunales de justicia como medio de asegurar la inclusión o el mantenimiento de la cobertura de obras sociales y planes privados de salud, y el acceso a tratamiento y medicación. El sistema de salud argentino está compuesto por tres sub-sectores: un sector privado, que opera principalmente a través de planes de seguros de salud, el denominado “sector social”, que provee cobertura médica a los trabajadores permanentes del sector formal, y que es administrado por las obras sociales, entidades controladas por los sindicatos de la rama, y un sector público, destinado a satisfacer las necesidades médicas de las personas que no tienen otra cobertura. Las regulaciones legales han impuesto gradualmente una cobertura mínima a todos los componentes del sistema de salud. A medida que el litigio judicial comenzó a perfilarse como un medio exitoso para asegurar el derecho a la salud, el volumen y la variedad de casos se amplió notablemente.

La reforma constitucional de 1957, que incorporó derechos laborales y previsionales a la Constitución, no se refiere directamente al derecho a la salud. La reforma constitucional de 1994 incluyó una breve mención a la protección de la salud de los consumidores. El pleno reconocimiento de la raigambre constitucional del derecho a la salud provino de la concesión de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a la Convención sobre los Derechos del Niño (como veremos, muchos casos judiciales se refieren al derecho de los niños de acceder a tratamiento sanitario), entre otros instrumentos internacionales relevantes.

Los tribunales han tenido la oportunidad de expedirse en casos en los que se reclamaban tanto obligaciones positivas –por ejemplo, el acceso a medicación y tratamiento– como negativas –por ejemplo, la prohibición de rescisión arbitraria de un contrato de medicina prepaga–. Los casos se dirigen tanto contra el Estado, como contra demandados privados –obras sociales, empresas de medicina prepaga–. Los instrumentos internacionales de derechos humanos han jugado un papel importante en la identificación de un derecho a la salud cons-

titucionalmente protegido; sin embargo, la mayoría de las cosas –con algunas excepciones importantes– han sido decididos sobre bases legales. Para el año 2005, la Corte Suprema y los tribunales inferiores habían acumulado un número importante de casos en esta materia. Sintetizaremos aquí algunas de las tendencias más importantes de esta jurisprudencia, y posteriormente presentaremos brevemente algunos de los casos más importantes³³.

La Corte Suprema y los tribunales inferiores han reconocido la jerarquía constitucional del derecho a la salud desde la concesión de jerarquía constitucional a un número importante de instrumentos internacionales de derechos humanos, en 1994. La Corte Suprema ha sostenido que el derecho a la salud impone obligaciones positivas –y no sólo obligaciones negativas– al Estado. El tribunal ha considerado que la legislación sancionada en la materia por el Congreso Federal constituye una de las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales relativas al derecho a la salud. Por ende, el incumplimiento por parte de la Administración de obligaciones establecidas por la ley, en especial de aquellas que imponen el acceso a tratamiento o medicación, abren la posibilidad de reclamo individual y colectivo por parte de las víctimas, a efectos de exigir su cumplimiento. La Corte ha dicho que el Estado federal es el garante último del sistema de salud, independientemente de la existencia de obligaciones en cabeza de otros sujetos, como las provincias o las obras sociales.

Los tribunales también han sostenido que, en cumplimiento con las obligaciones emanadas de instrumentos internacionales, el Estado está facultado a imponer obligaciones sobre sujetos privados –como las obras sociales y las empresas de medicina prepaga– en materia de salud. En relación con los prestadores privados que forman parte del sistema de salud, los jueces han decidido que tienen obligaciones especiales de cuidado hacia sus clientes y usuarios, que exceden el carácter de mero trato comercial. La justificación de estas obligaciones especiales proviene del carácter fundamental del derecho a la salud, cuya garantía aquellos sujetos privados han tomado a su cargo.

33 Para un recuento más detallado, ver Christian Courtis, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 703-750.

Los tribunales han prestado especial atención a las obligaciones tanto de actores públicos como privados, en relación con la protección de la salud de los niños y de las personas con discapacidad.

De todos modos, aún hay cuestiones cuya determinación permanece abierta. Entre ellas, el problema del contenido esencial del derecho a la salud de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos —es decir, el contenido obligatorio del derecho que no puede ser desconocido, postergado o alterado por el legislador ordinario. Como la mayoría de los casos se han decidido sobre bases legales, poco han dicho los tribunales sobre esta cuestión. También quedan dudas sobre el alcance de las obligaciones positivas del Estado en material de salud, en especial cuando se trata de personas indigentes, que no están en condiciones de pagar servicios de salud. Las menciones a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han sido erráticas, y no existen criterios claros acerca de cuál es su valor normativo.

Un número considerable de casos dirigidos contra la Administración se refieren al acceso a tratamiento médico y a medicación. Los tribunales han decidido tanto casos individuales como colectivos en esta materia.

Un precedente importante de la Corte Suprema versó sobre un reclamo de cobertura individual para un niño con discapacidad. En el caso “Campodónico de Beviacqua”³⁴, la Corte confirmó una sentencia de segunda instancia y ordenó al Gobierno a mantener la provisión de medicamentos a un niño con discapacidad. El Gobierno había entregado previamente la medicación, pero decidió interrumpirla, y comunicó a su madre que la provisión previa se había debido únicamente a “razones humanitarias”, y que la interrupción no constituía una violación de obligaciones legales. La Corte Suprema confirmó la decisión de Cámara, y estableció

- que el derecho a la preservación de la salud —comprendido en el derecho a la vida— tiene rango constitucional, “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional”³⁵;

34 Corte Suprema, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, 24/10/2000.

35 Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, consid. 16.

- que “la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”³⁶;
- que los pactos internacionales protegen específicamente la vida y la salud de los niños³⁷;
- que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados parte de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad”³⁸;
- que “los estados partes se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado”³⁹;
- que, para los estados de estructura federal, del tratado se deriva que, sin perjuicio de las obligaciones establecidas para las entidades que formen la federación, “el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto”⁴⁰;
- que “la Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional,

36 *Ibidem*, consid. 16.

37 *Ibidem*, consid. 17.

38 *Ibidem*, consid. 18, con referencia explícita al artículo 12 del PIDESC.

39 *Ibidem*, consid. 19, con referencia explícita al art. 2.1 del PIDESC.

40 *Ibidem*, consid. 19, con referencia explícita a la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Observaciones finales al Informe estatal suizo de 20 y 23 de noviembre de 1998.

los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento”⁴¹.

La Corte sintetiza su doctrina del siguiente modo:

-el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes, so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales⁴².

En casos similares, la Corte Suprema ha decidido a favor de la cobertura médica de un niño con discapacidad de escasos recursos⁴³, de personas con VIH-SIDA⁴⁴, de reclamos de cobertura médica contra personas privadas (como empresas de medicina pre-paga, obras sociales sindicales y obras sociales estatales)⁴⁵, y ha concedido medidas cautelares para asegurar el acceso a medicación y tratamiento⁴⁶. En sentido similar, también

41 *Ibidem*, consid. 20, con referencia explícita a los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

42 *Ibidem*, consid. 21, con referencia explícita al art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

43 Corte Suprema, “Monteserin, Marcelino c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, 16/ 10/2001.

44 Corte Suprema, “A., C. B. C. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, dictamen del Procurador General de la Nación del 19/03/1999; decisión de la Corte del 01/06/2000.

45 Corte Suprema, “N., L. M. y otra c. Swiss Medical Group S. A.”, dictamen del Procurador General de la Nación del 11/06/2003, decisión de la Corte del 21/08/2003; “Martín, Sergio Gustavo y otros c. Fuerza Aérea Argentina - Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/amparo”, dictamen del Procurador General de la Nación del 31/10/2002, decisión de la Corte del 08/06/2004; “M., S. A. s/materia: previsional s/recurso de amparo”, 23/11/2004. En el mismo sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala II “R., R. S. c. Ministerio de Salud y Acción Social y otro s/amparo”, 21/10/1997; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, “T., J. M. c. Nubial S.A”, 14/10/1997.

46 Ver, por ejemplo, Corte Suprema “Alvarez, Oscar Juan c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 12/07/2001; “Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 04/04/ 2002; “Díaz, Brígida c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de

los tribunales inferiores también han decidido casos a favor de los reclamantes⁴⁷.

Salud y Acción Social de la Nación) *s/amparo*, 25/03/2003; “Benítez, Victoria Lidia y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otros *s/acción de amparo*”, 24/04/2003; “Mendoza, Aníbal c. Estado Nacional *s/amparo*”, 08/09/2003; “Rogers, Silvia Elena c. Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) *s/acción de amparo*”, 08/09/2003; “Sánchez, Enzo Gabriel c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) *s/acción de amparo*”, 18/12/2003; “Laudicina, Angela Francisca c. Buenos Aires, Provincia de y otro *s/acción de amparo*”, 09/03/2004; “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro *s/acción de amparo*”, 11/05/2004. La Corte concedió medidas cautelares, aunque se declaró incompetente, en “Diéguez, Verónica Sandra y otro c. Buenos Aires, Provincia de *s/acción de amparo*”, 27/12/2002; “Kastrup Phillips, Marta Nélica c. Buenos Aires, Provincia de y otros *s/acción de amparo*”, 11/11/2003; “Podestá, Leila Griselda c. Buenos Aires, Provincia de y otro *s/acción de amparo*”, 18/12/2003.

- 47 Ver, entre muchos otros, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, “C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires”, 02/09/1997 (impone tratamiento a un hospital público); Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala II, “González, Amanda Esther c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otro *s/amparo*”, 15/07/2002 (impone tratamiento a una obra social estatal); Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c. GCBA *s/ otras causas*”, 07/10/2004; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Centro de Educ. Médica e Invest. Clínicas Norberto Quirno c. GCBA *s/ otras causas*”, 22/06/2004 (convalida la imposición legal de obligaciones de cobertura sobre prestadores privados); Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Trigo, Manuel Alberto c. GCBA y Otros *s/ Medida Cautelar*”, 12/05/2002; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Rodríguez Miguel Orlando c. GCBA *s/ otros procesos incidentales*”, 22/12/2004; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (Denuncia incumplimiento respecto a la afiliada Brenda Nicole Deghi) c. GCBA *s/Otros procesos incidentales*”, 10/02/2005 (confirma cautelar que impone tratamiento a obra social estatal); Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I “Zárate, Raúl Eduardo c. GCBA *s/ Daños y Perjuicios*”, 21/08/2002; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Villalba de Gómez, Leticia Lilian c. GCBA (Hospital General de Agudos Franciso Santojani) y Otros *s/ Daños y Perjuicios*”, 08/04/2003; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Echavarría, Adriana Graciela c. GCBA y Otros *s/ Daños y Perjuicios*”, 22/04/2003; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “B. L. E. y Otros c. OSBA *s/ Daños y Perjuicios*”, 27/08/2004 (concede indemnización de daños y perjuicios producidos por denegación o inadecuación del tratamiento médico); Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I “Roccatagliata de Bangueses, Mercedes Lucía c.

La Corte Suprema también ha fallado en favor de un reclamo colectivo, que involucraba el incumplimiento estatal de una cláusula de la denominada “Ley de SIDA”, que obliga al Estado a proveer la medicación necesaria para el tratamiento del VIH-SIDA. En el caso “Asociación Benghalensis”⁴⁸, una coalición de ONG demandaron al Estado, solicitando el cumplimiento pleno de una ley sancionada por el Congreso de la Nación, que garantiza la provisión de medicación para luchar contra el VIH-SIDA a los hospitales públicos. La Cámara de Apelaciones concedió el amparo, y el Estado impugnó esa decisión. La Corte confirmó la decisión de Cámara, en concordancia con el dictamen del Procurador general de la Nación. El dictamen del Procurador General, seguido por el voto de la mayoría de la Corte, señala que el derecho a la salud está reconocido por tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional (cita el artículos 12 c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 4.1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En consecuencia, “(e)l Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”⁴⁹. Sobre esta base, el Procurador afirma, para el caso concreto, que “[d]ichos principios llevan a concluir que el Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad”⁵⁰. La sentencia cuenta con dos votos concurrentes que agregan algún énfasis y mayor detalle al dictamen del Procurador.

Otra cuestión recurrente decidida por los tribunales consiste en el problema de la inclusión y exclusión de planes de salud, en especial por parte

OSBA s/Otros Procesos Incidentales”, 10/06/2002; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Urtasun, Teodoro Alberto c. Instituto Municipal de Obra Social s/ Cobro de Pesos”, 22/04/2004 (impone tratamiento a obra social estatal).

48 Corte Suprema, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional s/amparo ley 16.688”, dictamen del Procurador General de la Nación del 22/02/1999, decisión de la Corte del 01/06/2000.

49 “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. X.

50 *Ibidem.*

de sujetos privados (empresas de medicina pre-paga y obras sociales). Algunos de estos casos se refieren a cuestiones de discriminación; en otros casos, la cuestión discutida está relacionada con el efecto del desempleo, dado que la cobertura de las obras sociales está relacionada con la posición de trabajador formal, el desempleo rompe este vínculo legal y causa el cese de la cobertura médica por parte de la obra social.

En el caso “Etcheverry c. Omint”⁵¹ la Corte Suprema decidió que la negativa de una empresa de medicina pre-paga a mantener la cobertura de salud, cuando al reclamante se le detectó VIH, constituye una violación a los derechos del consumidor y al derecho a la salud. El demandante era un cliente del plan de medicina pre-paga, a través de un acuerdo realizado a través de su empleador. Cuando quedó desempleado, solicitó el mantenimiento de la cobertura, a cambio del pago del servicio. Al detectársele HIV, la empresa de medicina pre-paga se negó a mantenerlo en el plan de salud. La Corte Suprema, en concordancia con el dictamen del Procurador General, estableció que las empresas de medicina pre-paga “adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, so consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas”, dado que su actividad está encaminada “a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas”. La Corte ordenó a la empresa de medicina pre-paga a mantener la cobertura del plan de salud al actor. El tribunal⁵², y otros tribunales inferiores, han una serie de casos similares.

Otros casos se refieren a la validez constitucional de regulaciones en materia de salud emanadas de las autoridades públicas. La Corte Suprema decidió un caso interesante, en el que una asociación civil demandó la nulidad de una resolución del Ministerio de Salud que reducía la cobertura para la esclerosis múltiple. En el caso “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”⁵³,

51 Corte Suprema, “Etcheverry, Roberto E. c. Omint Sociedad Anónima y Servicios”, dictamen del Procurador General de la Nación del 17/12/1999, decisión de la Corte del 13/03/2001.

52 Corte Suprema, “V., W. J. c. Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo”, 02/12/2004.

53 Corte Suprema, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud –Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar”, dictamen del Procurador General de la Nación del 04/08/2003, decisión de la Corte del 18/12/2003.

el tribunal confirmó la sentencia de segunda instancia que anuló una resolución del Ministerio de Salud que excluía del Programa Médico Obligatorio (PMO) la cobertura de algunos tratamientos relacionados con aquella enfermedad de baja incidencia y alto costo. La Corte concordó también aquí con el dictamen del Procurador General de la Nación, y decidió que la resolución impugnada carecía de razonabilidad, y que afectaba el derecho a la salud consagrado por los tratados internacionales de derechos humanos. Aunque el Procurador no se refiere expresamente a la prohibición de regresividad, su interpretación del principio de “razonabilidad” se acerca bastante a ella. Es interesante destacar que en este caso, a pesar del tradicional efecto individual de las declaraciones de inconstitucionalidad en la tradición jurídica argentina, el hecho de que una ONG haya llevado el caso en representación de todos los miembros del grupo de personas con esclerosis múltiple en la provincia hizo que todo el colectivo resultara beneficiario de los resultados del caso.

En algunos casos, fueron los prestadores privados de servicios de salud quienes impugnaron la imposición de obligaciones legales en materia de salud, por ejemplo, la cobertura obligatoria del tratamiento de VIH-SIDA. La base de la impugnación fue la violación del derecho de propiedad y de la libertad contractual, y el carácter irrazonable de la reglamentación. En el caso “Hospital Británico”⁵⁴, la Corte Suprema rechazó esos agravios, y estableció que la imposición de obligaciones sobre prestadores privados de servicios de salud constituía una manera válida de cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado relacionadas con el derecho a la salud. En otro caso, “Policlínica Privada”⁵⁵, la Corte decidió que un gobierno local no puede forzar a un hospital privado a mantener la internación de un paciente cuando el período de cobertura ha finalizado, y que el Estado tenía la obligación de recibir al paciente en un establecimiento público de salud.

Los tribunales inferiores también han decidido casos interesantes en materia de derecho a la salud. En el caso “Viceconte”⁵⁶, la Cámara Nacional en

54 Corte Suprema, “Hospital Británico de Buenos Aires c. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo”, dictamen del Procurador General de la Nación del 29/02/2000, decisión de la Corte del 13/03/2001.

55 Corte Suprema, “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11/06/1998.

56 Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala IV, “Viceconte, Mariela c. Estado

lo Contencioso administrativo Federal tuvo la oportunidad de considerar un amparo colectivo, en el que se planteaba que la virtual interrupción de la producción de una vacuna, dirigida a erradicar una enfermedad endémica, constituía una violación del derecho a la salud. La actora actuaba en representación de una población de alrededor de 3.500.000 de personas, expuestas potencialmente al contagio de la fiebre hemorrágica argentina. El Estado había destinado previamente financiamiento para desarrollar la investigación, validado la vacuna, ordenado la producción de una partida experimental a un laboratorio extranjero, e iniciado el proceso de vacunación de la población, que de hecho resultó altamente satisfactorio en términos de prevención de la enfermedad. Sin embargo, una serie de cambios políticos y administrativos llevó a la interrupción de las obras destinadas a la construcción del laboratorio en el que se produciría localmente la vacuna. Cuando las dosis ordenadas al laboratorio extranjero se acabaron, el acceso a la vacuna cesó. La actora alegó que la interrupción de la producción de la vacuna violaba la obligación estatal de prevenir, tratar y controlar las enfermedades endémicas y epidémicas, consagrada por el artículo 12.2 c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Cámara de Apelación dio la razón a la actora, y ordenó al Gobierno prever las partidas presupuestarias y adoptar las medidas para asegurar la producción de la vacuna.

Algunos otros casos de la Corte Suprema, aunque no se refieren directamente al derecho a la salud, han tratado cuestiones directamente relacionadas con temas de salud. Por ejemplo, en el caso “Benítez”⁵⁷, la Corte se enfrentó a la cuestión de la realización secreta y compulsiva, sin requerimiento de consentimiento previo, de un examen de VIH-SIDA a un oficial de la Policía Federal. Como el examen dio positivo, el oficial fue despedido de la fuerza. Aunque la Corte Suprema afirmó –con dos disidencias– que no era ilegal que la Policía Federal llevara a cabo exámenes de HIV-SIDA a sus miembros sin requerir su consentimiento informado, el tribunal decidió que el despido era injustificado, que constituía un caso de discriminación por razones de salud, y ordenó su reintegración al cargo. La Corte para ello los estándares antidiscriminatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

nacional –Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, 02/06/1998.

57 Corte Suprema, “Benítez, Ricardo Ernesto c. Policía Federal s/amparo”, 17/12/1996.

Sin embargo, existen algunos casos-límite en los que la Corte Suprema ha mostrado cierta renuencia a considerar la existencia de violaciones al derecho a la salud. Probablemente, el caso más representativo al respecto sea “Ramos”⁵⁸: en esa causa, una mujer indigente con ocho hijos alega que está desempleada, que sus hijos no pueden concurrir a la escuela por carencia de recursos, que una de sus hijas sufre una cardiopatía y que requiere una intervención médica, y que no tiene a nadie de quien reclamar alimentos. La actora afirma que su situación y la situación de sus hijos importa una violación a los derechos sociales consagrados por la Constitución argentina y los tratados de derechos humanos ratificados por el país, y reclama asistencia de las autoridades federales y provinciales para garantizar su derecho y el de sus hijos a la alimentación, salud, educación y vivienda: solicita, por ende, un subsidio mensual para cubrir sus necesidades básicas. Requiere también cobertura médica para la cardiopatía de su hija, la garantía del derecho de sus hijos a concurrir a clases, y la declaración de inconstitucionalidad y de invalidez de la conducta de las autoridades públicas.

La Corte rechazó el amparo. Sus argumentos principales fueron: a) que la actora no demostró la existencia de una conducta manifiestamente ilegal y arbitraria del Estado, ya que las autoridades públicas no negaron directamente el acceso a la educación o al tratamiento médico a sus hijos, b) que los reclamos no deberían haber sido dirigidos a los tribunales, sino a la Administración. En consideraciones *obiter dicta*, la mayoría de la Corte afirmó que no tiene facultades para evaluar situaciones de carácter general que vayan más allá de su jurisdicción, ni para asignar discrecionalmente recursos presupuestarios.

Esta opinión de la Corte es en gran medida inconsistente con sus propias decisiones previas y posteriores: dos factores podrían explicar esta inconsistencia. Desde el punto de vista técnico, la demanda era excesivamente vaga: no había mención a ninguna cláusula legal concreto; la actora superpuso una serie de reclamos diversos en la misma acción, sin especificarlos adecuadamente; tampoco ofreció a la Corte criterios para detallar el contenido de los diferentes derechos invocados. Desde el punto de vista político, la acción fue interpuesta poco tiempo después del estallido de la devastadora crisis social,

58 Corte Suprema, “Ramos, Marta Roxana y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 12/03/2002.

política y económica de diciembre de 2001 –la peor crisis ocurrida en la historia argentina: los índices de pobreza, que fluctuaban entre el 15 y el 17%, ascendieron al 45-50% de la población–. La Corte probablemente tuvo en miras el potencial “efecto cascada” que una resolución favorable a la actora hubiera generado en un contexto económicos y político tan delicado, tanto por su posible interferencia con los poderes políticos del gobierno, como por la posibilidad de atracción de una carga insoportable de casos.

4. Derechos habitacionales

Aunque la mención original a la vivienda en la reforma constitucional de 1957 es bastante débil (“la ley establecerá... el acceso a una vivienda digna”, art. 14 bis), la concesión de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos ha venido a reforzar el litigio judicial en el área de los derechos habitacionales. Los últimos cinco años fueron testigos de un flujo de casos sin precedente relacionado con el derecho a la vivienda, en particular ante tribunales locales. Los jueces han tenido oportunidad de expedirse tanto en casos en los que se reclamaba el cumplimiento de obligaciones negativas como positivas, y gran parte de las decisiones fueron favorables a los litigantes⁵⁹.

Algunos de los casos se refieren a la relación entre el debido proceso y los desalojos forzosos. En una serie de casos decididos por la justicia local de la ciudad de Buenos Aires, los jueces declararon que una regla del código contencioso-administrativo local que concedía a la Administración el poder de lanzamiento automático contra habitantes de inmuebles del dominio privado del Estado era inconstitucional, por violar el derecho al debido proceso y a la defensa en juicio⁶⁰. Los tribunales subrayaron el nexo entre el derecho

59 Ver, en general Sebastián Tedeschi, “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, en prensa.

60 Superior Tribunal de Justicia de la ciudad de Buenos Aires, “Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa Alicia y Otros s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido”, 07/10/2002, y “Comisión Municipal de la Vivienda c. Tambo Ricardo s/desalojo”, 16/10/2002.

al debido proceso, el derecho a cuestionar judicialmente órdenes de desalojo y el derecho a la vivienda: en el caso “Saavedra”⁶¹ el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires citan las Observaciones Generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los tribunales inferiores han seguido criterios similares. En el caso “Gianelli”⁶², un juzgado de primera instancia decidió que, cuando entre los inquilinos amenazados por un desalojo oficial hay niños, el Gobierno tiene la obligación de proveerle alojamiento alternativo. El juez se funda explícitamente en el derecho constitucional a la vivienda, y en el derecho de los niños a la protección social.

Los juzgados penales también han decidido declinar en la persecución penal de ocupantes irregulares de terrenos fiscales. En el caso “Bermejo”⁶³, un juzgado penal decidió que no se podía perseguir penalmente por usurpación a sesenta familias indigentes que vivían en terrenos fiscales: la persecución penal hubiera significado la criminalización de la pobreza. El juzgado requirió a la Administración la adopción de medidas para solucionar el problema, invocando el derecho a la vivienda adecuada de acuerdo a lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos, y a las constituciones nacional y local.

Algunos casos locales han tratado la cuestión del derecho a ser incluido en planes de vivienda. La Cámara Contencioso-Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires confirmó sentencias de primera instancia y medidas cautelares que ordenaban a la Administración a abstenerse de excluir a los actores de un plan de vivienda, y a garantizar el derecho a la vivienda adecuada⁶⁴. Un tribunal de segunda instancia de Neuquén ordenó al go-

61 Superior Tribunal de Justicia de la ciudad de Buenos Aires, “Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa Alicia y Otros s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido”, 07/10/2002.

62 Juzgado de 1º Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 3, “Comisión Municipal de la Vivienda c. Gianelli, Alberto Luis y otros s/Desalojo”, 12/09/2002.

63 Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, “Bermejo”, abril 2004.

64 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Benítez, María Romilda y Otros c. GCBA s/medida cautelar”, 16/11/2001, “Ortiz Celia y otros c. GCBA s/ amparo”, 28/12/2001, “Tarantino, Héctor Osvaldo y otros c. GCBA s/Amparo (artículo 14 CCABA)”, 28/12/2001; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y

bierno tomar medidas para proveer tratamiento de salud a una niña y de vivienda a su familia, dada su precaria condición de salud y las posibilidades de agravamiento debidas a la carencia de habitabilidad de su vivienda⁶⁵.

Las decisiones de los tribunales han obligado también a la Administración a tomar medidas para enfrentar problemas colectivos de vivienda. En el caso “Agüero”⁶⁶ se planteó un amparo colectivo que involucraba la situación de ochenta y seis familias que vivían en situación irregular en terrenos fiscales. El caso se solucionó a través de un acuerdo, en el que la Administración aceptó la realización de un plan de vivienda para las familias. El incumplimiento de la Administración llevó a una nueva acción de amparo: el juzgado interviniente dictó una medida cautelar que ordenó el congelamiento de fondos suficiente para llevar a cabo el plan prometido. A raíz de ello, se llegó a un nuevo y más detallado acuerdo: los estándares internacionales de derechos humanos jugaron un papel importante en la negociación. La Administración adoptó un plan de tres etapas para construir noventa y un viviendas,

Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Fernández, Silvia Graciela y otros c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA) Incidente de Apelación Medida Cautelar”, 07/09/2001 (medidas cautelares), “Fernández, Silvia Graciela y otros c. GCBA s/Amparo”, 28/12/2001 (sentencia), “Silva, Mora Griselda c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”, 28/12/2001 (la Administración debe incluir a los actores en un plan de vivienda) y 24/02/2003 (para satisfacer el derecho de acceso a la vivienda digna, el Gobierno debe incluir a la actora y a su familia), “Ramallo, Beatriz c. Ciudad de Buenos Aires”, 12/03/2002 (la cancelación subrepticia de un plan de vivienda es irrazonable, y el Gobierno debe mantener el plan hasta poder probar que la emergencia habitacional que originó el plan ha cesado), “Jasmín José A y otros c. GCBA s/ amparo”, 29/10/2001 (medidas cautelares), “Ríos Alvarez, Gualberto Felipe c. G.C.B.A. s/Amparo (art. 14 CCABA)”, 11/03/2002, “Arrúa, Juana y Otros c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”, 11/03/2002, “Morón Jorge Luis c. GCBA s/Amparo”, 08/10/2003 (la mayor parte de estos casos cita las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en materia de vivienda, incluyendo la prohibición de regresividad); Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 9, “Paéz, Hugo y Otros c. GCBA s/Amparo”, 17/05/2004; Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N°5, “Rosito Alejandra c. GCBA s/Amparo”, 03/05/2004; Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 6, “Romero Liliana c. GCBA s/Amparo”, 07/05/2005, entre otros.

65 Cámara Civil de Neuquén, “Defensor de Derechos del Niño y del Adolescente c/ Provincia de Neuquén”, 18/10/2002.

66 Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 5, “Agüero, Aurelio E. c. GCBA s/Amparo”, acuerdo homologado por el juzgado, 23/12/2003.

y otorgó prioridad en la licitación a las empresas que ofrecieran trabajo a los residentes. También se tuvo en consideración la cuestión de la asequibilidad financiera: la Administración se comprometió a ofrecer a los residentes un crédito especial, cuyos pagos no pueden exceder del 20% del ingreso mensual de las familias.

Otros casos relacionados con derechos habitacionales abordaron la cuestión del control judicial de la implementación de planes habitacionales, incluyendo el problema de las condiciones de habitabilidad de los lugares destinados a ello. En el caso “Pérez”⁶⁷, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires estableció que un albergue público para personas sin hogar no reunía las condiciones de habitabilidad necesarias, y ordenó al gobierno reubicar a sus residentes.

En el caso “Delfino”⁶⁸, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires dictaminó que los hoteles privados subsidiados por el Estado, donde se alojaban beneficiarios de planes de vivienda, no reunían las condiciones de habitabilidad necesarias, y ordenó a la Administración la adopción de medidas para proveerles vivienda adecuada.

Los tribunales también han impuesto multas a los funcionarios públicos que no cumplieron con un acuerdo judicial, que involucraba el aseguramiento de condiciones de vivienda adecuadas a un número de familias incluidas en un plan de emergencia habitacional⁶⁹.

Algunos casos en los que tribunales provinciales aplicaron cláusulas constitucionales y legales locales que establecen la inembargabilidad de la vivienda familiar fueron revocados por la Corte Suprema de Justicia. El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba había decidido que una ley local que establecía la inembargabilidad de pleno derecho de la vivienda única familiar se adecuaba a la cláusula correspondiente de la Constitución cordobesa, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la Constitución local

67 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Pérez, Víctor Gustavo y Otros c. GCBA s/Amparo”, 26/01/2001.

68 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Delfino, Jorge Alberto y Otros c. GCBA s/ Amparo”, 11/06/2004.

69 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Ramallo, Beatriz c. Ciudad de Buenos Aires”, 30/09/2004.

invadía facultades del Congreso Federal, al regular materias que corresponden al Código Civil⁷⁰.

5. Derechos educativos

Existe un número comparativamente menor de casos sobre derecho a la educación que hayan sido considerados por los tribunales. Hay, de todas maneras, algunas decisiones trascendentes de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales locales sobre la materia.

El derecho a la educación no estaba incluido explícitamente en la Constitución de 1853/1860. Las referencias a la educación se limitaban al mandato dirigido a las provincias de “asegurar la educación primaria” (art. 5), y al reconocimiento de la libertad de “enseñar y aprender” (art. 14). La reforma constitucional de 1994 agregó aspectos sustantivos a la regulación constitucional de la educación. Primero, otorgó nuevos poderes al Congreso de la Nación en relación con la educación. El Congreso tiene ahora facultades para “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales” (art. 75 inc. 19), y para garantizar el respeto a la identidad y el “derecho a una educación bilingüe e intercultural” de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17). En segundo término, la concesión de jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales supuso el reconocimiento expreso del derecho a la educación en los términos de los artículos 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 5 de la Convención para la Eliminación de Todas

70 Corte Suprema, “Banco del Suquía S.A. c. Juan Carlos Tomassini s/Ejecutivo”, 19/03/2002.

las Formas de Discriminación Racial, y XII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte Suprema ha decidido algunos casos en los que se discutían reclamos de padres en relación con el derecho a la educación. En un caso reciente, la Corte tuvo la oportunidad de decidir una acción de amparo en la que un grupo de padres impugnaba la decisión de la provincia de Tucumán de no seguir las prescripciones de la Ley Federal de Educación⁷¹. La Ley tiene el objetivo declarado de asegurar la calidad de la educación, y pretende establecer reglas y estándares mínimos comunes en educación en todo el país.

La provincia de Tucumán decidió no aplicar la ley a parte del ciclo educativo, y mantuvo el esquema previo. Varios padres presentaron una acción de amparo, alegando violaciones a la Constitución y a la ley. El principal agravio constitucional articulado era la violación de la igualdad de oportunidades educativas: la decisión de la provincia de mantener un esquema educativo diferente traería aparejada la falta de validez de los títulos expedidos en el resto del país. La Corte decidió a favor de los actores, e invalidó la norma provincial que decidía apartarse del régimen de la Ley Federal. La Corte cita la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y señala que mantener el esquema educativo previo afectaría el derecho de los niños a proseguir sus estudios en otras provincias, y los pondría en desventaja en la búsqueda de ciertos puestos de trabajo.

El caso “Lifschitz”⁷² involucraba la demanda de una familia de escasos recursos con un niño con discapacidad. Su madre alegó que el Estado se rehusó a aceptarlo en una institución de educación especial, aparentemente por falta de vacantes. Señaló también que tampoco había transporte público accesible para trasladar al niño. En el amparo se reclama al Gobierno un subsidio que cubra la asistencia a una escuela especial privada y transporte para que el niño pueda ir a la escuela. El pedido se funda en normas de rango legal, y en cláusulas de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte Suprema decidió que tanto las cláusulas legales, como la consideración del interés superior del niño, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos

71 Corte Suprema, “Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. Superior Gobierno de la Pcia. de Tucumán, s/amparo”, 12/08/2003.

72 Corte Suprema, “Lifschitz, Graciela c. Estado Nacional s/sumarísimo”, 06/15/2004.

del Niño, daban la razón a la actora, y obligó al Gobierno a otorgar el subsidio solicitado.

También algunos tribunales locales han decidido casos relacionados con el derecho a la educación de niños pertenecientes a minorías. El caso “R.C.S.”⁷³ trató la situación de la inclusión de un niño con discapacidad en una escuela regular. Un tribunal de segunda instancia de Tucumán obligó al estado a poner a disposición del agraviado –un niño en edad escolar primaria con parálisis cerebral– una maestra integradote para asegurar su integración plena en el aula. La decisión se fundó en argumentos constitucionales y legales de carácter local.

En el caso “Painefilu”⁷⁴, un juzgado civil de primera instancia de Neuquén acogió una acción de amparo colectivo presentada por una comunidad mapuche, y obligó al Gobierno provincial a adoptar las medidas necesarias para asegurar a los niños de la comunidad educación bilingüe. La Administración había ignorado los reclamos previos. La jueza ordenó a la Administración a designar a un maestro bilingüe, con la garantía de la participación de la comunidad en la elección.

En un caso notable decidido por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo de la ciudad de Buenos Aires, el tribunal condenó al gobierno a construir una escuela⁷⁵. Una ley sancionada por la Legislatura local establecía la construcción de una escuela en un cierto período de tiempo, pero la Administración ni siquiera había comenzado las obras. El caso fue presentado por el Asesor Tutelar, en representación del grupo de niños de origen humilde que se hubiera beneficiado con la construcción del colegio. El tribunal menciona el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño para justificar su decisión.

73 Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala I, “R.C.S. y otro c. I.P.S.S.T. y otro s/ amparo”, 25/03/2005.

74 Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de Junín de los Andes, “Painefilu, Mariano y otros c. Consejo de Educación de Neuquén”, 17/08/2000.

75 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. c. GCBA s/Amparo”, 01/06/2001.

En el caso “Santoro”⁷⁶, un tribunal de segunda instancia local consideró que la negativa del Gobierno a aceptar la transferencia de un niño de una escuela a otra era arbitraria, y revocó la decisión. La sentencia cita la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el caso “Vanzini”⁷⁷, un tribunal de segunda instancia hizo lugar a una acción de amparo presentada en beneficio de un alumno de escuela secundaria, que requería la anulación de un examen, y la fijación de una nueva fecha para realizarlo, dada su particular condición de salud.

Los tribunales también han condenado al Estado a pagar indemnizaciones por daños y perjuicios sufridos por alumnos en establecimientos escolares públicos⁷⁸.

6. Derecho a la alimentación

El reclamo judicial del derecho a la alimentación era inédito en la Argentina hasta la crisis económica del 2001. No existe mención del derecho a la alimentación en el texto constitucional: su base reside exclusivamente en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en los artículos 24.2 c) y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde el estallido de la crisis del 2001, y el brutal aumento de las tasas de pobreza, algunos casos relacionados con el derecho a la alimentación llegaron a los tribunales.

La justicia de la ciudad de Buenos Aires ordenó medidas cautelares para que la Administración incluyera a la actora y a su familiar en un plan alimentario⁷⁹, y para que incluyera en un plan alimentario y proveyera de una

76 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Santoro, Francisco Roberto y Otro c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”, 14/05/2002.

77 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Vanzini Oscar Alberto c. Colegio Liceo N° 1 Figueroa Alcorta s/ Amparo(Art. 14 CCABA)”, 12/05/2004.

78 Ver, por ejemplo, Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Raimondo Inés Beatriz c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios”, 26/03/2004.

79 Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 3, “C., M. D. y otros c. GCBA s/amparo”, 11/03/2003.

dieta adecuada a un paciente bajo tratamiento oncológico⁸⁰. Casos similares se registraron en las provincias de Entre Ríos⁸¹ y Tucumán⁸².

En el caso “Defensor del Pueblo”⁸³, la Corte Suprema dispuso medidas cautelares ordenando al Estado nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas Tobas que habitan dos departamentos de esta Provincia. La Corte dispuso la medida en el marco de una acción de conocimiento promovida contra ambos estados por el Defensor del Pueblo de la Nación, en representación de los derechos colectivos de las comunidades indígenas afectadas por una situación de extrema pobreza. En el marco de la medida cautelar la Corte Suprema pidió información sobre los censos y registros de población para definir el colectivo afectado, así como sobre los programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria, de provisión de agua potable, fumigación y desinfección y los servicios de educación y habitacionales. Citó a la parte demandante y a ambos gobiernos a una audiencia pública en la sede del tribunal.

Este precedente, si bien adoptado en el marco procesal acotado de una medida cautelar, en la cual la Corte no anticipa opinión sobre la posible vulneración de derechos sociales individuales y colectivos, evidencia un grado avanzado de activismo del tribunal a partir de su nueva composición. Incluso en el remedio escogido, que consiste en la comparecencia de los gobiernos federal y provincial a una audiencia oral y pública, con la obligación previa de responder a un pedido concreto de información indispensable para evaluar la pertinencia de las políticas implementadas. En la audiencia los jueces del máximo tribunal efectúan preguntas sobre aspectos generales y específicos de la implementación de las políticas sociales destinadas a la población afectada y requieren en su caso acciones y planes específicos. Es indudable que la gravedad y urgencia de la situación y la precaria condición de las comunidades indígenas resultaron decisivas para que la Corte avanzara en el asunto,

80 Ver Juzgado de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N°4, “González Rayco, Artidoro c. GCBA s/amparo”, 19/05/2005.

81 Juzgado de Menores y Familia N° 2 de Paraná, “Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Estado Provincial-Acción de amparo”, 28/06/2002.

82 Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala I, “Rodríguez, José Angel y otra c. Sistema Provincial de Salud y otro s/amparo s/medida cautelar”, 10/12/2003.

83 Corte Suprema, “Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, 18/09/2007.

inclusive involucrando al Estado federal en materias que resultan, en principio, sujetas al ámbito de las políticas públicas provinciales.

La Corte pareció seguir el mismo modelo de remedio judicial en el caso ambiental Mendoza⁸⁴ por la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo. En este caso, la Corte estableció deberes de información a diversas empresas que operan en la costa del Río y a los gobiernos nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, con competencia ambiental concurrente en el problema. También en este caso la Corte les impuso a los gobiernos el desarrollo de un “plan integrado basado en el principio de progresividad” a fin de cumplir con la obligación constitucional definida en la sentencia de proteger el ambiente. La Corte además fijó un procedimiento de audiencias públicas con participación de las organizaciones demandantes y otras organizaciones de la sociedad civil para provocar una discusión participativa de las propuestas gubernamentales, abriendo así un mecanismo de supervisión y seguimiento.

7. Derecho al agua

Los tribunales argentinos han tratado un creciente número de casos relacionados con el acceso y la salubridad del agua. Las estrategias legales empleadas han sido diversas: en algunos casos, la contaminación del agua ha sido presentada como una violación del derecho a la salud, de derechos ambientales, y aun de derechos patrimoniales⁸⁵; en otros casos, el objeto del litigio ha sido el de exigir

84 Corte Suprema de Justicia, “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, 20/06/2006. Ver Suplemento Revista La Ley, del 11 de julio de 2006, con comentarios de Daniel Sabsay.

85 Ver, por ejemplo, Cámara Primera en lo Civil y Comercial de San Isidro, “Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otros s/ amparo”, 09/06/1998 (la contaminación de aguas subterráneas es ilegal; el gobierno municipal debe proveer agua potable a los vecinos que sufren la contaminación); Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, 19/05/ 1997 (la contaminación de las napas por una compañía petrolera es ilícita; el gobierno provincial debe proporcionar agua potable a la comunidad indígena afectada); Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, “Defensoría de Menores N°3 c/Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo”, 02/03/1999 (similar al anterior); Cámara Federal de La Plata, Sala II, “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica ‘18 de Octubre’ c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo”, 08/07/2003 (medida cautelar que ordena a la

la provisión de un mínimo obligatorio de agua potable, independientemente de la capacidad de pago del o de los peticionantes⁸⁶. En algunos casos, los tribunales se han referido a un “derecho al agua”, mencionando la Observación General N°15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁷.

8. Derechos de los pueblos indígenas

Un creciente número de decisiones judiciales se refiere a los derechos de los pueblos indígenas. La Constitución de 1853/1860 no hacía mención a los derechos de los pueblos indígenas, la única referencia del texto era el anacrónico artículo 67 inciso 15, que establecía la facultad del Congreso de “conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”, hoy derogado. La reforma de 1994 agregó una cláusula específica, otorgando poderes al Congreso para

Provincia, a la Municipalidad y a la empresa prestadora del servicio público de agua cesar las acciones que afectan el equilibrio hídrico del municipio y adoptar las medidas para reestablecerlo).

86 Ver Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, “Villavechia de Pérez Lasala, Teresa c/Obras Sanitarias de Mendoza S.E. s/acción de inconstitucionalidad”, 05/02/1990 (la prestación de servicios de agua potable y cloacas es de primera y vital necesidad, de uso obligatorio para todo beneficiario posible); Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “ACIDECON c/OSSE M.D.P. s/amparo”, 27/04/1998 (el corte inmediato de los servicios de agua por falta de pago es abusivo); Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, “Ambientalista del Sur c/Azurix S.A.”, 03/05/ 2000 (medida cautelar que obliga a la compañía prestadora del servicio de agua a proporcionar agua potable envasada a los usuarios hasta tanto se supere el problema de contaminación del agua entubada); Juzgado de Primera Instancia de Paz de Moreno, Provincia de Buenos Aires, “Usuarios y consumidores en defensa de sus derechos c/Aguas del Gran Buenos Aires s/amparo”, 21/08/2002 (declaración de inconstitucionalidad de la norma legal que permite el corte de agua por falta de pago del servicio domiciliario de agua; se ordena a la compañía acabar con los cortes y reconectar el servicio de quienes hubieran sufrido cortes); Juez Sustituta de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, “Quevedo, Miguel Angel, Márquez, Ramón Héctor, Boursiac, Ana María, Pedrera, Luis Oscar y otros c/Aguas Cordobesas S.A. s/amparo”, 08/04/2002 (aunque el corte por del servicio por falta de pago no es manifiestamente ilegal, la compañía tiene la obligación de proveer una cantidad mínima de agua a los afectados).

87 Ver, por ejemplo, Juzgado Civil y Comercial de 8 Nominación de Córdoba, “Marchisio, José Bautista y otros s/amparo”, 16/10/2004 (ordena a la municipalidad adoptar medidas para minimizar la contaminación del río Suquía, y a la Provincia proporcionar una cantidad mínima de agua potable a los peticionantes).

reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones (art. 75 inc. 17).

En julio del 2000, Argentina ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que aunque no tiene jerarquía constitucional, se ubica por encima de la ley federal y de las constituciones y leyes locales.

En el caso “Wichi Hoktek T’Oi”⁸⁸, la Corte Suprema hizo lugar a una acción de amparo a favor de una comunidad indígena que perseguía la anulación de dos decretos provinciales que autorizaban la tala indiscriminada de maderas situadas en sus territorios ancestrales. La provincia de Salta no había llevado a cabo consulta alguna sobre el dictado de los decretos. La Corte de Justicia local había rechazado la acción, por considerar que el caso requería mayor debate y prueba. La Corte Suprema de Justicia revocó la decisión y reenvió el caso a la Corte Provincial, que finalmente decidió –sobre la base de la cláusula constitucional y del Convenio 169 de la OIT– que los decretos eran violatorios del derecho de la comunidad indígena a la propiedad comunal de sus tierras ancestrales, y de su derecho a ser consultada ante la toma de decisiones que la afecte. El Fiscal de Estado provincial impugnó esa sentencia ante la Corte Suprema, que respaldó la decisión del tribunal provincial.

El caso “Lhaka Honhat”⁸⁹ involucraba la demanda de una comunidad indígena contra un plan provincial destinado a subdividir y adjudicar a terceros lotes pertenecientes a su tierra ancestral, que se encontraban en proceso de reconocimiento. El caso generó una petición ante la Comisión Interame-

88 Corte Suprema, “Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo”, 08/09/2003.

89 Corte Suprema, “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta”, 15/06/2004.

ricana de Derechos Humanos: aunque el Estado nacional llegó a una solución amistosa con la comunidad, la provincia continuó adjudicando lotes a terceros. La comunidad presentó una acción de amparo ante la justicia local, que también fue rechazada por considerarse que era necesario mayor debate y prueba. El caso llegó finalmente a la Corte Suprema, que revocó la decisión de la justicia provincial y ordenó al Gobierno provincial detener la adjudicación de lotes a terceros y emitir el título correspondiente a la comunidad.

También han producido un apreciable número de sentencias sobre la materia los tribunales locales, entre los que se incluyen decisiones sobre conflictos relativos a las tierras históricas de comunidades⁹⁰, y sobre el reconocimiento de que las diferencias culturales y la existencia de conflictos sobre las tierras ancestrales son razones que justifican el rechazo de acciones penales en contra de miembros de pueblos indígenas⁹¹.

90 Ver, por ejemplo, Juzgado de 1º Instancia de lo Civil, Comercial y de Minería de Pico Truncado - Provincia de Santa Cruz, "Paisman, Rubén Alejandro c. Consejo Agrario Provincial S/Acción de Amparo", 24/03/2000; Cámara Civil y Comercia de Jujuy, Sala I, "Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes – Pueblo Cochinota c. Provincia de Jujuy", 14/09/2001; Juzgado de 1º Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N°5, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, "Sede, Alfredo y otros c. Vila, Herminia y otros s/Desalojo", 12/08/2004; Tribunal Superior de Justicia de Río Negro, "CO. DE. C. I. de la Provincia de Río Negro s/acción de amparo", 16/08/2005.

91 Ver, por ejemplo, Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, "Puel, Raúl s/daño", 12/03/1999; Juzgado de Instrucción N°2 de San Carlos de Bariloche, "Fernández, Edgardo R. s/ usurpación, 21/04/2004; Juzgado de Instrucción N°2 de San Carlos de Bariloche, Guarda Fidel psa. Usurpación", 10/11/2004.