

La asignación universal por hijo y la respuesta judicial al no reconocimiento de los derechos a la alimentación y al cuidado de los niños y niñas discapacitados

Ana María Bestard, anamariabestard@yahoo.com.ar

Abogada Especialista en Sociología Jurídica y Doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta Regular de la materia Derecho Constitucional, Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", ambos cargos de la mencionada casa de estudios. Profesional Principal de la Carrera de Apoyo a la Investigación y Desarrollo del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Integrante del Proyecto Interdisciplinario de Investigación Ubacyt MS 10 sobre Marginaciones Sociales.

Resumen

El presente trabajo analiza el fallo "G.G. s/medida cautelar" del 28/9/2010, dictado por el Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires. Dicho pronunciamiento declara la inconstitucionalidad del artículo 9° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.602/09 -que implementa la Asignación Universal por Hijo (AUH)-, por el cual una niña discapacitada, en condiciones de marginalidad social, dejó de percibir la AUH, por ser titular de una pensión provincial por discapacidad. El fallo aplica el enfoque de derechos y puede servir de base para abrir puentes entre el derecho a la alimentación, a la salud y al cuidado –tributarios de los derechos a la vida y a la dignidad humanas-, desde la doctrina judicial. Opera, asimismo como disparador para revisar la evolución y alcance de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por nuestro máximo tribunal, en el ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad. Tema que si bien es de orden procesal constitucional va a incidir directamente en la exigibilidad y efectividad de los derechos sociales (DESC) en juego. Estos se abordan como derechos humanos del niño, niña y adolescente, considerando la posibilidad de incluir entre ellos, el derecho al cuidado.

Introducción

El tribunal aplica el enfoque de derechos para resolver el caso. Este enfoque constituye un marco conceptual basado en las normas del derecho internacional de los derechos humanos pero, a la vez, resulta un medio operacional para lograr la promoción y la protección de los derechos humanos. Su objetivo consiste en analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo para corregir las prácticas discriminatorias y, por ende, el injusto reparto de poder que ellas implican (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos. 2006).

De acuerdo con el enfoque de derechos, las políticas sociales deben responder a un sistema de derechos, lo que genera, recíproca e ineludiblemente, una serie de obligaciones por parte del Estado para hacer efectivos tales derechos. En el caso de la Argentina, a tales efectos, resulta decisiva la reforma de la Constitución Nacional de 1.994, por la cual los Tratados Internacionales de Derechos Humanos adquieren

jerarquía constitucional ¹ y se consagran las acciones positivas del Estado², a fin de efectivizar la igualdad real y el pleno goce de los derechos humanos, en particular respecto de niños, niñas, mujeres, adultos, adultas mayores y personas con discapacidad.

Los “beneficiarios” de las políticas públicas se transforman en titulares de derechos, lo que facilita su capacidad de acción para exigirlos y participar en la formulación de las políticas correspondientes. Paralelamente, se visualizan con claridad los titulares de las obligaciones que deben cumplirse para que los derechos puedan realizarse, so pena incluso de la responsabilidad internacional en la que pudiera incurrir el Estado incumplidor. (Abramovich 2.006; Abramovich y Pautassi 2.006, 2.009 y 2.010).

El análisis del fallo reviste suma importancia porque si bien éste no impulsó a los otros órganos del gobierno a que dictaran una norma general que modificara la incompatibilidad de la AUH con las pensiones no contributivas, sirvió para que la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la Administración Nacional de la Seguridad Social emitiera el dictamen N° 48.559 en su mismo sentido: indicó que no existe tal incompatibilidad³.

En cuanto al diseño metodológico, en el presente trabajo y en el marco de los objetivos del proyecto de Investigación “Respuestas estatales en torno a la alimentación y al cuidado: los casos de los Programas de Transferencia Condicionada de Ingreso y el Plan de Seguridad Alimentaria en Argentina”, se realizó el estudio del contenido del derecho a la alimentación y del derecho al cuidado, mediante el relevamiento de bibliografía sobre el tema, identificando corpus teórico y aplicándolo al análisis de la asignación universal por hijo, política social implementada en Argentina mediante el decreto de necesidad y urgencia n° 1602/09. Se utilizaron fuentes primarias y secundarias. Dentro de las primarias : Tratados Internacionales de Derechos Humanos, fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estándares fijados por los Comités del PIDESC, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de tribunales inferiores. Dentro de las secundarias: informes de organismos de derechos humanos del sistema interamericano, estudios sobre políticas públicas nacionales y doctrina de autores sobre fallos judiciales. En el método de análisis se utilizó el enfoque de derechos, aplicándolo al diseño de la asignación implementada.

¹ Art. 75 inc. 22: Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos ...

² Art. 75 inc. 23: Corresponde al Congreso: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo en el tiempo de lactancia.

³ <http://hfnoticias.com.ar/noticia/index/279/17509>. 2011/Julio/14-boletín N°279/Legislativas/La AUH con discapacidad y la pensión no contributiva son compatibles.

I. Las circunstancias fácticas del caso

La niña G.G. es titular de una pensión provincial por discapacidad, su familia percibe el plan familias (200 \$). Cuando la niña comienza a percibir la asignación universal por hijo (AUH), su familia deja de percibir el plan aludido y, al poco tiempo, dejan de depositarle la AUH por recibir el beneficio de la pensión provincial.

Ante tal situación, la Asesora de Incapaces N° 1 del departamento judicial de Mar del Plata interpone una medida autosatisfactiva⁴ a fin de solicitar la reposición del pago de la AUH, considerando que el art. 9°⁵ del decreto 1.602/09 resulta inconstitucional por violentar, entre otras: la Constitución Nacional (CN), la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad (CDD), opinión que refrenda el Representante del Sr. Fiscal General.

Conforme las constancias del expediente, la niña de doce años de edad padece de síndrome de inmunodeficiencia adquirida y lleva adelante un tratamiento ambulatorio de antirretrovirales. Su salud está profundamente afectada, le han tenido que realizar una intervención quirúrgica para colocarle un botón gastrotómico, a fin de que pueda tener un soporte nutricional. La madre no tiene trabajo y ha perdido la visión en casi un ciento por ciento. El padre se encuentra desempleado y con lesiones físicas que le impiden continuar con trabajos temporarios u ocasionales, como los que realizaba poco tiempo antes de que se iniciara la causa. La provisión de luz y gas son imperiosos para esta familia, sobre todo, la primera por la necesidad de refrigerar la medicación para el HIV y la conexión diaria a la máquina de alimentación de soporte artificial de la cual depende la vida de la niña.

II. La sentencia judicial

La sentencia declara “la inconstitucionalidad del art. 9° del decreto 1.602/09 en cuanto establece la incompatibilidad de la percepción de las prestaciones previstas en el decreto con el cobro de (*pensiones*) no contributivas provinciales”, hace lugar a la medida autosatisfactiva de reposición del pago del beneficio de asignación universal por hijo para protección social (decreto 1602/09), a favor de la niña G.G., a ser cobrado por su representante legal, Sra. A. C. G., a cuyo fin ordena se oficie al ANSES para que efectúe en forma inmediata el pago respectivo.

III. Los fundamentos del tribunal

1). Resulta importante destacar algunos fundamentos de la sentencia que configuran la aplicación del enfoque de derechos, como señaláramos al comienzo. Conviene comenzar por el que habilita la presentación de la acción judicial que nos ocupa: el derecho al acceso a la justicia. El fallo lo aplica en dos aspectos :

a) El acceso a la justicia como garantía de los derechos sociales económicos y culturales –DESC- de niños y jóvenes, conforme los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. Es decir, la decisión judicial reconoce el debido proceso aplicado tanto a la esfera administrativa como a la judicial, con la finalidad que el Poder Administrador y el Poder Judicial hagan

⁴ Las medidas/sentencias autosatisfactivas son herramientas procesales de tutela de derechos, expresión de proceso urgente, satisfacen definitivamente el derecho vulnerado, es decir, son definitivas. Se asemejan a las medidas cautelares en los requisitos (verosimilitud del derecho y peligro en la demora) y en el objeto (innovar o no innovar); la diferencia es que no dependen de un proceso principal.

⁵ Art. 9° dec. 1.602/09 : “La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en Prestaciones Contributivas o No Contributivas Nacionales, Provinciales, Municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incluyendo las prestaciones de las Leyes 24.013, 24.241 y 24.714 y sus respectivas modificatorias y complementarias.”

efectivos los DESC. Sigue el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por el cual toda norma o medida que obstaculice el acceso a los tribunales y que no esté debidamente justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia debe entenderse contraria al art. 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

b) *El acceso a la justicia de personas con vulnerabilidad*. Asimismo, la decisión analizada interpreta el acceso a la justicia no sólo en base a doctrina de autores y antecedentes judiciales locales sino también a partir de las Reglas de Brasilia⁶ sobre acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada en las XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la Acordada N° 5 del 24 de febrero del 2009. Los beneficiarios de la Reglas, de acuerdo a la n° 3, son las personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Son causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (cc. Regla n° 4).

2). Luego de lo anterior enumera los demás derechos constitucionales vulnerados por el art. 9° del decreto de la AUH: derecho a la igualdad y no discriminación de los grupos desaventajados como violación de las obligaciones del Estado mediante la realización de acciones positivas para lograr dicha igualdad material, receptados en los artículos: 14 bis, 16, 28, 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional (CN); art. 2.2 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); arts. 2, y 23 de la CDN; el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, como el derecho a los beneficios de la seguridad social: arts. 24 y 26 de la CDN; el derecho de la familia a su reconocimiento, protección integral y dignidad: art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH), artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), art. 17 inc. 1 de la CADH, art. 10.1 del PIDESC y art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP); el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales necesarios, seguros en caso de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad: art. 25.1 de la DUDH, art. 11.1 del PIDESC.

⁶ La Cumbre Judicial Iberoamericana, en Asamblea Plenaria, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición (el 4, 5 y 6/3 del 2008), consideró necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al Acceso a la Justicia de las Personas que se encuentran en Condición de Vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollaron los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “*Una justicia que protege a los más débiles*” (apartados 23 a 34). Las Reglas no se limitan a establecer una base de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Nuestra CSJN, por ACORDADA N° 5/2009 EXPTE. N° 821/2009, adhirió a las mismas en todo su contenido.

Las acciones positivas indicadas en el art. 75 inc. 23 de la CN no fueron cumplidas por el Estado, en el expediente G.G., como tampoco las que tienen su correlato en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: arts. 36 incs. 2, 3 y 8.

Además de las obligaciones estatales premencionadas se han incumplido las disposiciones de la ley nacional n° 26.061, tendientes a que los organismos públicos controlen y garanticen el cumplimiento de las políticas públicas destinadas a fortalecer la familia y proteger el interés superior del niño, otorgando especial protección a ciertos grupos (arts. 5, 11, 14 y 15), y preservando la intangibilidad de los recursos públicos que las garanticen. Tampoco se respetaron las prescripciones de la ley provincial n° 13.298, con su decreto reglamentario 300/2005, a fin de concretar las medidas eficaces y necesarias frente a las problemáticas de la niñez, la discapacidad y la pobreza, planteadas en el caso concreto.

3). Corresponde mencionar que la sentencia introduce la aplicación al caso de la doctrina judicial de las categorías sospechosas⁷, haciendo extensivo al supuesto de autos la presunción de inconstitucionalidad del art. 9° del decreto n°1602/09, que la CSJN ha aplicado en materia de discriminación, a partir del caso Repetto María Inés c/ Provincia de Buenos Aires.

4). Por otro lado, el fallo destaca la falta de adecuación convencional respecto de la CDD, debido al incumplimiento de las obligaciones que tal documento internacional establece en cabeza de los Estados Partes, con el objeto de asegurar que los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas (art. 7 inc.1), de adoptar todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género (art. 16.1) y de realizar todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad. Tal recuperación e integración debe realizarse en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y teniendo en cuenta las necesidades específicas del género y la edad (art. 16.4).

IV. La exigibilidad del derecho a la alimentación y al cuidado, consagrados en el bloque de constitucionalidad federal.

1. El bloque de constitucionalidad federal. Evolución jurisprudencial.

Sin perjuicio de resaltar la importancia de un fallo como el que abordamos, corresponde que reparemos en el marco jurídico que debe servir de base a todo conflicto sobre derechos sociales.

Corresponde aclarar que si bien se ha avanzado en materia de aplicación de la normativa internacional de los derechos humanos por parte de los tribunales nacionales, tal aplicación no resulta unánime. Su obligatoria adjudicación obedece a la jerarquía constitucional que los tratados internacionales sobre derechos humanos han alcanzado, a partir de la reforma constitucional de 1.994. Pareciera que en América Latina, en general, no sólo en nuestro país, algunos magistrados no dominan y, por lo tanto, no aplican las normas del derecho humanitario internacional, a pesar de ser consagradas constitucionalmente (Sagüés, 2.006).

La reticencia en la aplicación de la normativa en cuestión puede obedecer a distintos motivos: las normas locales son más específicas y detalladas que las internacionales,

⁷ Categoría sospechosa es la categoría o clasificación basada en la nacionalidad, raza, sexo, etc. que un acto del sistema político consagra. Si la exclusión en el goce de un derecho está fundada en una de tales categorías habrá una presunción o sospecha de ilegitimidad que tendrá por efecto el desplazamiento de la carga de la prueba, y será, entonces, el gobierno quien tendrá que demostrar a través de una justificación sumamente persuasiva la razonabilidad del establecimiento de tal categoría.

en materia de DESC, la autorrestricción de los jueces alegando cuestiones políticas y cuestiones técnicas, la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de los DESC (Abramovich y Courtis, 2000). Asimismo, el apego o la prevalencia de un concepto más absoluto de soberanía del Estado otorgarían prioridad al derecho interno por sobre el derecho internacional. Ejemplo de lo último lo constituye la disidencia del ministro Belluscio de la CSJN en los casos “Ekmekdjian c/Sofovich” y “Petric”., que veremos más adelante.

También se registran casos de desnaturalización del derecho internacional de los derechos humanos. Así en el fallo “Chocobar Sixto C. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado”⁸, en el que se advierte que si bien la CSJN introduce las prescripciones de los TIDH (DUDH y CADH) receptados en el art. 75 inc. 22 de la CN, se aleja del enfoque de derechos y les otorga una interpretación regresiva, pues sujeta la movilidad de los haberes previsionales a los recursos disponibles, restringiendo los derechos sociales a niveles casi ilimitados, ello alegando una situación de emergencia económica. No aplica el principio de progresividad que rige en materia de los DESC y se aparta de la jurisprudencia sobre seguridad social que dicho tribunal había diseñado a partir de la década del 60 (Bestard y Royo 2010:110). Otro ejemplo de desnaturalización: la consideración de que la censura judicial no era censura en sentido estricto o que la tutela del derecho al honor aceptaba la censura previa negada por el art. 13 de la CADH, en el voto del ministro de la CSJN Rodolfo Barra in re Servini de Cubría, María Romilda s/amparo⁹.

Sin perjuicio de las dificultades señaladas, nuestros tribunales han comenzado a aplicar los fallos y criterios de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en forma progresiva, como lo demuestran los casos “Ekmekdjian c/ Sofovich”¹⁰, “Giroldi”¹¹, “Bramajo”¹², “Scilingo”¹³ y “Petric”¹⁴ de la CSJN argentina.

La mencionada doctrina judicial sufrió un importante retroceso, como suele suceder en el zigzagueante camino de la jurisprudencia, en general, con los casos: “Acosta”¹⁵ y “Felicetti”¹⁶.

Luego se produce un abrupto giro en la jurisprudencia de la CS, con el caso “Simón”¹⁷, en el que se restablece la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos.

Primeros casos judiciales de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos

En el caso Ekmekdjian, la CSJN recepta el derecho internacional de los derechos humanos, antes de la reforma constitucional de 1.994. Establece la operatividad de los tratados internacionales, “siempre que contenga(n) descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso” –Considerando 20 del voto de la mayoría-. Pero a este criterio¹⁸, que determina el siguiente orden de prelación normativa en el ordenamiento interno: primero CN, debajo los tratados internacionales, debajo las leyes nacionales, se le

⁸ CSJN Causa C278 XXVIII, del 27/12/1.996.

⁹ CSJN. S.289 XXIV, del 8/9/1992.

¹⁰ CSJN sentencia del 7/7/1992.

¹¹ CSJN sentencia del 7/4/1995.

¹² CSJN sentencia del 12/9/1996.

¹³ CSJN sentencia del 6/5/1997.

¹⁴ CSJN sentencia del 16/4/1998.

¹⁵ CSJN Fallos 321: 3555.

¹⁶ CSJN Fallos 323: 4130.

¹⁷ CSJN sentencia del 14/6/2005.

¹⁸ Recordemos que este fallo constituye un leading-case porque modifica el criterio anterior de “Ekmekdjian c/ Neustadt” en la jurisprudencia de la CSJN, por el que el tratado internacional tenía el mismo rango que la ley.

suma la obligatoriedad de la interpretación de la CADH por la Corte Interamericana . Y, en consecuencia, la CSJN aplica la Opinión Consultiva (OC) 7/86 de la CorteIDH, en la que se consagra que el art. 14.1 del Pacto establece un derecho de rectificación o respuesta a favor de toda persona, ya que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”. –Considerando 21-

Nos parece interesante destacar, sobre todo, la amplitud de la CS JN en la interpretación de la OC 7/86 de la CorteIDH. Pues, la última dice que “todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho . . . está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin”. . . A lo que nuestra Corte Nacional responde: “Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercerá en el caso concreto”.-Considerando 22- Por otro lado, se menciona la responsabilidad internacional en que incurriría la República Argentina de no cumplir las prescripciones de la CADH : “Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarlo. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.” –Considerando 19-

Hay que aclarar que la CSJN ya había esbozado este criterio en autos “Cabrera Washington c. Salto Grande” del 5/12/83 (Travieso, J.A. 1998:762).

Fue así que en este fallo, de acuerdo con los votos de dos de los ministros de la CSJN, cuyos argumentos compartió la mayoría del tribunal, se establecieron dos premisas sobre el particular: a) No resulta ajena a la competencia de la CSJN la eventual responsabilidad internacional en que incurra el Estado a raíz de sus decisiones; b) La validez o invalidez de la norma impugnada debe interpretarse de acuerdo a las normas vigentes en el derecho internacional, de acuerdo a nuestro ordenamiento interno (art. 21 de la ley 48). Por las razones anteriores este pronunciamiento resulta paradigmático en materia de exigibilidad de derechos humanos no receptados expresamente en nuestra CN. Transcurridos escasamente dos años se produce la reforma de la CN, que profundiza la doctrina judicial mencionada al otorgar jerarquía constitucional a los TIDH, por el art. 75 inc. 22 CN.

En consonancia con la nueva CN , la CSJN dicta el fallo Giroidi.

Para la Corte Suprema, en el caso Giroidi, la “jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos . . . ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia (art. 75 inc.. 22, párr. 2º, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. Arts.75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º ley 23.054)”. –Considerando 11-

“Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte IDH precisó el alcance del art. 1º de la

Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. Según dicha Corte “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención (Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1.990 – Excepciones al agotamiento de los recursos internos, párr. 34-.Garantizar entraña, asimismo, el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (id. párag. 23)”. –Considerando 12-

Vemos como en una escala ascendente la CSJN admite la aplicación del Pacto por parte de todos los órganos del Estado.

El Considerando 8 del fallo Bramajo coincide con el Considerando 11 del caso arriba tratado, pero avanza en relación a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, ya que aclara que las opiniones de ella “debe(n) servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2° de la ley 23.054 (Conf.. doctrina de la causa G.342 XXVI “Giroldi, Horacio D y otro s/ recurso de casación”. Sentencia del 7 de abril de 1.995 –La Ley, 1.995-D, 462-). En realidad, la CSJN, en Giroldi –como ya hemos visto - habla de la aplicación de las decisiones de la Corte y no de recomendaciones de la CIDH.

En el Considerando siguiente la CSJN habla de la obligatoriedad de la opinión de la CIDH desarrollada en el Informe sobre el caso 10.037 de la República Argentina del 13 de abril de 1.989, que estima pertinente al caso en análisis. Finalmente en el Considerando 15 determina la revocación de la sentencia a quo en virtud de haber realizado una interpretación de la norma nacional “incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la establecida por esta Corte en la causa”. . .

Ampliación de la doctrina judicial

En el caso Scilingo estaba en juego el derecho constitucional de la defensa en juicio del procesado. La tutela de dicha garantía ha sido establecida por el más alto tribunal interno desde antiguo, consagrando que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; etc). La falta o inoperancia de la actividad del defensor oficial, “cuya titularidad ostenta exclusivamente. . . puede acarrear responsabilidad internacional al Estado argentino (art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1° y 8°, párr 2°, incs. d y e, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1; 14.3.b y d; causa G. 342. XXVI “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, del 7 de abril de 1.995, consid. 12)”.- Considerando 9-

Resulta interesante destacar en este fallo que la CSJN aplica las normas internacionales junto con el art. 18 de la CN. Se produce una continuidad de la tendencia en la interpretación y aplicación de normas internacionales en el orden interno, pero no ya contra actos del Poder Ejecutivo o del Legislativo, sino del Poder Judicial (inadecuada defensa del defensor oficial).

Seguimos avanzando: prohibición de la derogación de las normas constitucionales por las normas internacionales de derechos humanos

En el caso Petric se establece que los TIDH incorporados por el art. 75 inc. 22 de la CN no pueden derogar artículo alguno de la primera parte de la CN porque los

convencionales constituyentes habrían realizado un examen de constitucionalidad respecto de los mismos, previo a su incorporación.

Los votos que hablan del juicio de comprobación son los de los ministros Moliné O'Connor y de Boggiano.

En su voto, el ministro Moliné O'Connor, que adhiere a la mayoría, en concreto coincide con los considerandos 1 a 8 de los jueces Petracchi, López y Bossert, expresa: "Que, según ha expresado esta Corte, los términos del citado art. 75 inc. 22 de la C.N. indican, que los constituyentes ha efectuado en juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir".-Considerando 9-. En el Considerando siguiente habla de "la básica compatibilidad que cabe predicar de los tratados incorporados a la Constitución con el plexo de derechos salvaguardados con nuestra Ley Fundamental".

Por su parte, el ministro Boggiano de la CSJN habla del juicio de comprobación en el Considerando 5 de su voto . . . "Según ya lo ha expresado esta Corte, los términos del citado artículo, indican que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir . . ."

En el mismo fallo el ministro Belluscio de la CSJN vota en disidencia, reproduce – también en disidencia- su opinión en el caso "Ekmekdjian c/ Sofovich", al comienzo mencionada por nosotros. Reitera el criterio de que la norma de la CADH referida al derecho de réplica es una norma programática, dado que remite a las condiciones que establezca la ley para su aplicación, razón por la cual mientras no se dicte la ley por el Congreso de la Nación sobre la materia, la disposición carece de operatividad. Expresa "que la cuestión no cambia por la circunstancia de que el art. 75 inc. 22 de la C.N. reformada en 1.994 haya dado jerarquía constitucional a la convención. Pues, por lo que resulta de su texto no por ello deja de constituir una cláusula de la Ley Suprema que continúa requiriendo de ley que la reglamente para que pueda considerarse en vigor". -Considerando 4-.

La prensa no admite reglamentación alguna (cc. art. 32 C.N.)-continúa-, razón por la cual tampoco podría aplicarse la norma de la CADH. Pero, en relación con los tratados, tema que concentra nuestra atención, dice lo siguiente: Que, aún cuando esa interpretación del texto internacional no fuese compartida, igualmente el art. 14 de la Convención sería inaplicable en nuestro país en virtud de las condiciones que el texto constitucional reformado ha puesto para que los tratados que menciona tengan alcance constitucional. En efecto, los textos mencionados en el art.75 inc. 22 si bien tienen "jerarquía constitucional", "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la 1º parte de la Constitución, que incluye los arts. 14 y 32 protectores de la libertad de prensa. . . "

El voto anterior demuestra, como señaláramos, la reticencia de algunos jueces en aplicar los TDH y su jurisprudencia. En consecuencia, se advierte como la doctrina judicial del ministro disidente se contraponen a la de considerar el bloque de constitucionalidad federal constituido por la CN y los TIDH, ambos en pie de igualdad (Bidart Campos, G. 1.995). La consideración del bloque de constitucionalidad federal con ambas partes constitutivas en el mismo rango jerárquico determina, en los hechos, la posibilidad de hacer exigibles los derechos consagrados en los TIDH como si lo estuvieran en la CN.

Retroceso de la doctrina judicial :

En el caso Acosta, la CSJN si bien menciona los casos Girolodi y Bramajo, en realidad, recorta la doctrina judicial mayoritaria de los mismos. Expresa : “Que, por otra parte, las funciones de la Comisión Interamericana fueron ponderadas por la Corte Interamericana al pronunciarse en la Opinión Consultiva OC 13/93 solicitada por la República Oriental del Uruguay, al expresar que “. . . la atribución otorgada a la Comisión para formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la convención con arreglo a sus procedimientos constitucionales no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de normas internas. . . Al resolver el caso decidió que “la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella, pero no lo es para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado” . . . -Considerando 11-

. . . “la Comisión Interamericana en el informe 30/97 del caso 10.087 de la República Argentina, al mencionar las funciones que la convención le atribuía señaló que no tenía competencia para declarar per se que una ley nacional o dictamen de la justicia es inconstitucional o ilegal. . . Sin embargo, tienen una facultad fundamental para examinar si los efectos de una medida dada de alguna manera violan los derechos humanos del peticionario reconocidos en la Convención Americana. Esta práctica es congruente con los precedentes sentados por la Comisión Europea de Derechos Humanos”. –Considerando 12-

“. . . Al respecto cabe destacar que si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”. –Considerando 13-

Criticamos la interpretación que hace la CSJN de los términos “jurisprudencia internacional”. Debe interpretarse que los últimos incluyen las recomendaciones de la Comisión, porque con “jurisprudencia” se alude también –generalmente- a los dictámenes de la precitada Comisión y porque si la CSJN hubiera decidido abandonar el precedente Girolodi, dictado con la misma integración, debería haber justificado el cambio de doctrina (Manili, P. 2003:185).

En el caso Felicetti, en concreto, el voto de la mayoría del tribunal, desestima la legitimación del recurrente (PE) y, al igual que el fallo anterior, modifica la doctrina expuesta en Bramajo, en relación a la aplicación de las recomendaciones de la

Comisión Interamericana : “ Que en Fallos 321:3555 esta Corte ha reconocido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75 inc. 22, segundo párrafo “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”. (considerando 10). Sin embargo, en relación a las recomendaciones de la Comisión Interamericana agregó que “si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado Argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de decisiones vinculantes para el Poder Judicial”, y que “la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable al recurso de revisión–, pues ello afectaría la estabilidad de de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional” (considerando 13)” – Considerando 6-.

Suma a este argumento el propio criterio de la Corte IDH en su OC 13/93 (conforme votos Bossert y Boggiano in re Acosta) : “la atribución otorgada a la Comisión para formular recomendaciones a los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la convención con arreglo a sus procedimientos constitucionales, no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de normas internas” –considerando 8-. La recomendación de la CIDH no puede fundar la revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Las disidencias de los ministros de la CSJN Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert acompañaron la anterior doctrina judicial del más alto tribunal, resaltando la operatividad de la recomendación de la CIDH y el precedente Giroldi.

Nuevo impulso de la aplicación de la jurisprudencia internacional

Luego del retroceso operado por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal interno se produce un cambio favorable de la misma, en relación al ejercicio del control de constitucionalidad, al aplicar los TIDH y las decisiones de sus órganos de control, como integrantes del bloque de constitucionalidad federal.

En el caso Simón¹⁹, la CSJN considera que, a partir de la última reforma constitucional, “el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes de jerarquía constitucional que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del sub lite” –Considerando 15-. El tribunal declara la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 de Punto Final y 23.521 de Obediencia Debida y aplicó la doctrina de la Corte IDH en el caso “Barrios Altos”. La Corte IDH en el precitado pronunciamiento encontró responsable internacionalmente a Perú sólo por la violación a la vida y a la integridad personal de las víctimas de la masacre de quince personas por miembros de inteligencia militar del ejército peruano sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía que constituyeron la violación de las garantías judiciales del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Nuestra CSJN establece que desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos correspondía la analogía de nuestras leyes con las peruanas (autoamnistía) porque, esencialmente, ambas eran leyes ad hoc con el objetivo de impedir la

¹⁹ CSJN “Simon, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de libertad –causa 17.768”, del 14/06/2005.

persecución de lesiones graves a los derechos humanos. Además en la medida de que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en la CADH, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado Argentino.-Considerandos 24 y 25-. Se vulneran entonces los arts. 8 y 25, en concordancia con los arts. 1.1 y 2 de la CADH.²⁰

Pero , asimismo, aplica –y esto lo subrayamos- , el informe 28/92 de la CIDH, las directivas de la CIDH, como también las observación general n° 31 Comentarios Generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta, 60 ° período de sesiones (2004), && 17 y siguientes y las Observaciones Finales del mismo Comité referidas a la Argentina, sesión 1893, del 1° de noviembre de 2.000.

Corresponde agregar la opinión del ministro Boggiano, que dice que “los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme el derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la CN si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. . . . Precisamente el fin universal de aquellos tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional. Lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatibles con su fin propio”. –Considerando 14-. La aludida jurisprudencia internacional debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales porque la Argentina reconoció la competencia de la Corte IDH y de la CIDH para conocer en todos los casos de interpretación y aplicación de la CADH. “Sobre el particular cabe recordar que esta Corte ha establecido que como fuente de derecho interno los informes y las opiniones de la CIDH constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento”. – Considerando 15- Hace aplicación de otros informes de la CIDH.

El voto del ministro Maqueda recuerda que la reforma del 94 pretendió incorporar “una política constitucional cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la CIDH y la Corte IDH y promover opiniones consultivas de la Corte IDH, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía con el Poder Ejecutivo. . . la historia nacional y universal ha probado que cuando los estados nacionales violan los derechos humanos , esto sólo puede revertirse por la presencia coactiva de organismos internacionales que aseguren el respeto de los mismos. Los derechos consagrados internamente se convierten en letra muerta cuando el Estado Nacional decide no cumplirlos” (convencional Alicia Oliveira en la 22 reunión, 3° Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, diario de Sesiones T III pág. 2861). - Considerando 58-.

A esta altura del análisis de la jurisprudencia queda claro que la CSJN debe resolver los conflictos de constitucionalidad aplicando la CN y los TIDH, integrantes del bloque de constitucionalidad federal. El bloque conformado por la CN y los TIDH posee la misma jerarquía constitucional y se ubica en la cúspide del ordenamiento interno. Los TIDH no son la CN pero se ubican en el mismo nivel que ésta, no hay otra forma de revestir su misma jerarquía. A su vez, las normas internacionales deben ser aplicadas

²⁰ La CSJN ya había reconocido en supuestos similares la relevancia y aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH (cc. Fallos 326:2805 Videla, Jorge Rafael, voto Petracchi; Fallos 326:4797 Astiz Alfredo Ignacio, voto de Petracchi y Zaffaroni y, en especial, en la causa Arancibia Clavel, Enrique s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros, del 24/8/2004, voto de Petracchi en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad ingresada a nuestro ordenamiento jurídico ex post facto.

conforme la interpretación que de ellas hagan los organismos internacionales de control (de conformidad con los casos Ekmekdjian, Giroldi, Bramajo, Scilingo, Petric y Simón arriba reseñados, entre otros). Si el Estado no actúa siguiendo el criterio descrito incurre en responsabilidad internacional con la pertinente obligación de reparar. Esta es la causa por la cual la CSJN no puede interpretar por ella misma las normas internacionales de derechos humanos.

Pero, a su vez, los TIDH deben aplicarse conforme los términos de la “jurisprudencia internacional”, es decir, en sentido amplio, conforme las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales de control de los primeros, en salvaguarda de los derechos humanos tutelados. Esta comprensión amplia no significa restringir el rol de la CSJN como integradora del bloque de constitucionalidad federal, sino, justamente, resguardar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina (Calógero Pízzolo, 2.008).

Ultimo aporte : Control ex officio de convencionalidad.

Por último, arribamos al reciente aporte de la Corte IDH, referido a la obligación expresa para los jueces nacionales de aplicar la jurisprudencia de internacional de los derechos humanos “ex officio”.

La actuación de dichos organismos internacionales de derechos humanos para constatar las violaciones de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte, ha sido calificada por la Corte IDH con el nombre de control de convencionalidad. Consecuentemente, la Corte IDH ha expresado que cuando un Estado ratifica un TIDH, sus jueces están obligados a que ese instrumento internacional, por ejemplo la CADH, no sea violado por la aplicación de normas internas contrarias a sus disposiciones o a su finalidad. Es decir, los jueces nacionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, entre las normas internas y la CADH, siempre dentro de sus respectivas competencias y de las normas procesales correspondientes.

La prestigiosa voz del juez de la Corte IDH, Antonio Cancado Trindade, en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, expresó que: . . . “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.²¹

Como observamos esta función no debe quedar limitada exclusivamente a las manifestaciones o actos de los accionantes, debe realizarse ex officio, lo que no significa que no se consideren otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

La Corte IDH se manifestó, posteriormente, en forma similar en diferentes casos en los que intervino. “Por orden cronológico, se deben individualizar las siguientes sentencias del tribunal interamericano: Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de setiembre de 2006; Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, 24 de noviembre de 2006; Caso Cantuta vs. Perú, 29 de noviembre de 2006; Caso Boyce y otros vs. Barbados, 20 de noviembre de 2007; Caso Radilla Pacheco vs. México, 23 de noviembre de 2009; Caso Comunidad Indígena Xákmok Káser vs. Paraguay, 24 de agosto 2010; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 31 de agosto 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, 1 de septiembre de 2010; Caso Gómez Lund y otros (Guerilha do Araguara) vs. Brasil, 24 de noviembre de 2010; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre de 2010” (Albanese, S. 2011:38).

²¹ Citado por Loiano, Adelina. “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo” en El control de convencionalidad Albanese, Susana Coordinadora. Ediar. 2008, pág. 114.

A modo de simplificación: la jurisprudencia nacional considera que los TIDH deben aplicarse en sentido amplio, es decir, conforme las decisiones de los organismos internacionales de control. Y, además, la más reciente jurisprudencia de la Corte IDH determina, como obligación de los jueces nacionales, la aplicación del control de convencionalidad ex officio, o sea, sin necesidad de petición de parte. Si bien lo dicho no modifica las posiciones desarrolladas en el orden interno, tanto por jueces, como por las partes intervinientes, que alegan normas y decisiones del derecho internacional, en protección de los derechos humanos involucrados, resulta importante que expresamente se incorporen tales estándares a fin de ir afianzando una interpretación consensuada de los derechos humanos por parte de ambas jurisdicciones. Ello sin dejar de señalar que debe primar la interpretación de mayor protección a los derechos y garantías vulnerados.

Así entendida la evolución de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y de convencionalidad constituyen una herramienta central al servicio de la exigibilidad de los DESC.

2. Los derechos sociales en juego. Internacionalización del derecho constitucional

Excluimos del presente trabajo el análisis sobre la equiparación entre derechos civiles y políticos, por un lado, y sociales, económicos y culturales, por el otro. Atento el desarrollo de la doctrina de autores y judicial damos por superada la distinción entre estos dos grupos de derechos y consideramos aceptada la precitada equiparación (Abramovich y Courtis 2.000, 2.002, 2.006; Abramovich y Pautassi 2.006, 2.009)

En el caso GG resulta de imperiosa aplicación la CDN. El conflicto que debió resolver el PJ es una prueba más de que la precitada convención todavía no rige con el alcance en ella establecido.

Los Estados Partes tienen la obligación de remover todos los obstáculos existentes, en pos de hacer efectivo el enfoque de derechos, es decir, el tratamiento del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho, con prevalencia del interés superior de los mismos en todas las relaciones que los involucren. Concordantemente con lo expresado en el Punto IV. 1 de este trabajo, los jueces no sólo deben aplicar la CDN sino, además, las interpretaciones que de sus normas hacen los órganos internacionales con competencia para controlar el cumplimiento de los derechos allí reconocidos. En virtud de ello, resaltamos la importancia de la función cumplida por el Comité de los Derechos del Niño, que confecciona las Observaciones Generales que determinan el contenido y alcance de las normas de la CDN. Hasta el momento, este Comité ha adoptado trece Observaciones Generales sobre diferentes aspectos de la CDN²². En el caso GG, en análisis, el tribunal aplicó la Observación General N° 9 (2006), referida a los niños con discapacidad. A nuestro criterio, resultan de aplicación, además de la anterior, la Observación General N° 3 : El VIH/SIDA y los derechos del niño (2003) y la Observación General N° 4 : La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la CDN (2003).

De la Observación General N° 3, en especial, las siguientes Recomendaciones : “b) Destinen recursos financieros, técnicos y humanos, en la mayor medida posible, para apoyar las acciones de ámbito nacional y de ámbito comunitario (art. 4) y, cuando proceda, en el marco de la cooperación internacional (. . .). c) Revisen las leyes vigentes o promulguen disposiciones legislativas con miras a dar pleno cumplimiento al artículo 2 de la Convención y, en particular, a prohibir expresamente la discriminación basada en un estado serológico real o supuesto en relación con el VIH/SIDA, a fin de garantizar la igualdad de acceso de todos los niños a todos los servicios pertinentes,. . . d) Incluyan planes de acción, estrategias, políticas y programas relacionados con el VIH/SIDA en la labor de los organismos nacionales encargados de vigilar y coordinar la observancia de los derechos de los niños, y

²² Las observaciones son el resultado de las comunicaciones que el Comité DN establece con los Estados, en respuesta a la revisión de los informes que ellos deben presentar.

estudien el establecimiento de un procedimiento de revisión que se ajuste concretamente a las denuncias de descuido o violación de los derechos del niño en relación con el VIH/SIDA, independientemente de que esto entrañe la creación de un órgano legislativo o administrativo o se confíe a una institución nacional existente.

De la Observación General N° 4, subrayamos el párrafo 42 sobre Naturaleza de las Obligaciones de los Estados. Allí establece que, a nivel nacional, el enfoque multisectorial con el que se deben promover y proteger la salud y el desarrollo de los niños, impone una colaboración y una coordinación estrechas y sistemáticas dentro del gobierno, así como la necesaria participación de todas las entidades gubernamentales pertinentes.

En el mismo sentido, en una medida cautelar solicitada en un amparo, resuelta favorablemente por el Juzgado Contencioso administrativo N° 1 de La Plata, cuyo objeto era la aplicación de TIDH, CADH, ley 26061 y ley provincial 13298 y reglamentaciones pertinentes, a niños en situación de calle que vivían hacía meses en la plaza San Martín de la ciudad de La Plata ²³, el juez decidió que, conforme la jurisprudencia del caso Girolodi de la CSJN, la CDN debe regir en las condiciones de su vigencia en el ámbito internacional, es decir, teniendo en cuenta –entre otras cuestiones- las Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño con especial énfasis en los niños de grupos desfavorecidos y vulnerables, así como también las que destacan que los principios de no discriminación y de interés superior del niño (según los Arts. 2 y 3 de la CDN) no pueden estar condicionados a la falta o escasez de recursos presupuestarios. “Si bien la Convención no profundizó en la definición del interés superior del niño y el Comité todavía no ha propuesto criterios que permitan dilucidar en qué consiste este interés, en general ni en casos particulares, resulta claro que los Estados partes no pueden subordinar el interés superior a sus prácticas culturales y utilizar dicha interpretación para negar los derechos que les son garantizados por la Convención” (Argentieri 2011: 111-112).

Por otro lado, el art. 19 ²⁴ de la CADH recepta los derechos del niño. La Corte IDH, mediante la OC 17/02, a instancias de la CIDH²⁵, se expidió sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y estableció las especificaciones que completan el art. 19 de la CADH²⁶. Es así que también resulta de aplicación la OC 17/02, que considera que el niño es sujeto de derecho, titular de derechos inalienables e inherentes a la persona humana. Por lo tanto, las medidas especiales del art. 19 de la CADH deben promover el efectivo cumplimiento del conjunto de los derechos humanos del niño previsto en los distintos TIDH. La Corte IDH “afirma que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los TIDH tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño. Esta afirmación, pese a su obviedad, resulta esencial a la hora de encarar y resolver cualquier litigio judicial en el que se alegue la violación de un derecho económico, social o cultural de algún niño, sea por la acción o la omisión del Estado” (Argentieri, C. 2011:101).

²³ Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 La Plata “Asociación Civil Miguel Bru y otros c/ Ministerio de Desarrollo Social Pcia. Bs. As. y otro/a s/Amparo” del 10/11/2008

²⁴ Art. 19 CADH: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

²⁵ En 2.002 la CIDH solicitó a la Corte IDH que determinara el alcance de los artículos 8 y 25 en relación al 19, todos de la CADH, en relación a los niños, niñas y adolescentes.

²⁶ Como fuera explicado más arriba, la recepción jurisprudencial de los estándares internacionales de derechos humanos de la CDN es una de las medidas que el Estado debe adoptar, a través de las interpretaciones desarrolladas por los organismos encargados de velar por la aplicación de los derechos reconocidos a la infancia por la comunidad internacional (Argentieri, C. 2011).

La Opinión Consultiva 17/02, sólo mencionada en el fallo GG, sostiene que “el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones . . . , sino que comprende también la obligación <del Estado>de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas” (punto 7 de la Opinión). Pero, además, señala que la falta de recursos materiales no debe considerarse fundamento de ninguna decisión judicial o administrativa que suponga la privación de otros derechos consagrados en la CADH (puntos 4 y 5 de la Opinión) y afirma que “la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la CDN implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para *la elaboración de normas y la aplicación de éstas* en todos los órdenes relativos a la vida del niño” (punto 2 de la Opinión).

A su vez, en relación al principio de igualdad en materia de infancia, receptado en el art. 24 de la CDN, sostiene que éste “no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.” (punto 6 de la Opinión).

Asimismo hay que tener en cuenta las Observaciones Generales del Comité de DESC.

El fallo GG sólo menciona la Observación General N° 14 del Comité de DESC, aplicable al caso. Nosotros consideramos que resultan de aplicación, asimismo, las Observaciones Generales N° 5 “Las personas con discapacidad” y 12 “El derecho a una alimentación adecuada”.

La Observación General N° 5 del Comité de DESC sostiene que los regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo. El apoyo debe reflejar los gastos ocasionados por la discapacidad y las necesidades especiales de asistencia. Además, en la medida de lo posible, el apoyo prestado debe abarcar también a las personas (que en su inmensa mayoría son mujeres) que se ocupan de cuidar a personas con discapacidad. Las personas que cuidan a otras personas con discapacidad, incluidos los familiares de estas últimas personas, se hallan a menudo en la urgente necesidad de obtener apoyo financiero como consecuencia de su labor de ayuda.

En la Observación General N° 12 del Comité DESC, en el punto 17 aclara que el Pacto se viola cuando el Estado no cubre el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre. Al respecto hay que distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir con tal obligación. Cuando el último no cumple con su obligación debe probar que ha hecho todos los esfuerzos posibles para utilizar todos los fondos de que dispone a fin de cumplir, con carácter prioritario, con dicho nivel mínimo. Esta obligación dimana del art. 2.1 del PIDESC. Cuando el Estado alega incapacidad de realizar la obligación por razones que están fuera de su control debe probarlo y, también, debe probar que no ha logrado obtener el apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios. En relación a la Observación General N° 14 del Comité DESC cabe resaltar las cuatro condiciones que los Estados deben respetar en materia de derecho a la salud : disponibilidad, accesibilidad, que presenta cuatro dimensiones superpuestas : no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica (o asequibilidad) y acceso a la información, aceptabilidad y calidad. Es decir, se deberá contar con un número suficiente de bienes, servicios y programas de salud. La accesibilidad indica que el Estado debe garantizar los medios y mecanismos de acceso al derecho a la salud. Ello exige dos cuestiones : la igualdad de condiciones para ejercerlos sin discriminación alguna y los instrumentos de acceso a la jurisdicción como medios para reclamar su efectivización. La asequibilidad implica que el Estado debe garantizar la disponibilidad de recursos para lograr el goce del derecho en

cuestión. La aceptabilidad significa que la prestación del derecho debe guardar relación con las características personales y sociales del titular del derecho. Los bienes y servicios de la salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y de buena calidad.

El derecho al cuidado entre paréntesis

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, consideramos ahora un derecho que el decreto 1.602/09 no ha reconocido a los niños y niñas discapacitados. Podemos afirmar que la niña GG es titular del derecho al cuidado, conforme las prescripciones de la propia CDN y demás TIDH.

La CDN consagra el derecho del niño a conocer a sus padres y ser “cuidado” por ellos²⁷. Los padres asumen la obligación de la crianza y el desarrollo de los niños y los Estados Partes deben prestar la asistencia adecuada para garantizar las mencionadas obligaciones y velar por la creación de instituciones y servicios para el “cuidado” de los niños²⁸; adoptar todas las medidas apropiadas (de carácter legislativo, administrativo, social, educativo) para proteger al niño contra toda forma de “descuido”. Entre las medidas de protección incluye programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes “cuidan” de él²⁹. En caso de niños mental o físicamente impedidos, los Estados Partes deben reconocerles: el derecho a una vida plena y decente que les asegure su dignidad; el derecho a recibir “cuidados especiales” y a los responsables de su “cuidado” la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que “cuiden” de él³⁰; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de su salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de su salud³¹; el derecho a beneficiarse de la seguridad social, cuyas prestaciones se concederán conforme los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño³².

La autonomía funcional de GG se ve reducida debido a su patología y a su edad. Esto significa que depende de recursos exteriores (atención de la salud, cuidados familiares, lugar de residencia) para tener buenas condiciones de vida, una sólida razón para que el Estado Nacional no pueda dejar de depositarle la AUH, a pesar de que perciba una pensión provincial por discapacidad. A su vez, hemos reseñado la precitada OG N°5 del Comité DESC que hace hincapié en la necesidad de que el apoyo de los regímenes sociales a las personas con discapacidad debe reflejar los gastos ocasionados por la discapacidad y las necesidades especiales de su asistencia.

No debemos dejar de apuntar que, la Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe –Consenso de Quito- del que la Argentina formó parte también constituye un basamento jurídico del derecho al cuidado. “El Consenso acuerda en la necesidad de adoptar medidas necesarias para que los Estados asuman la reproducción social, el cuidado y el bienestar de la población como objetivo de la economía y responsabilidad pública innegable. En la misma línea, plantea la urgencia de implementar sistemas públicos integrales de seguridad social con acceso universal y articulados a un amplio espectro de políticas públicas capaces de garantizar el bienestar, la calidad de vida y ciudadanía” (Zibecchi, 2010:211).

Más allá del caso bajo análisis, propendemos al reconocimiento del cuidado como un derecho humano universal, sin sujeción a concesiones para grupos determinados y sin limitarlo al ámbito de las relaciones laborales formales, a cargo del empleador y en materia de provisión de enseñanza formal, a cargo del Estado. Se trata del derecho al cuidado, a cuidar y a cuidarse integrado al conjunto de los derechos humanos

²⁷ Art. 7.1 CDN

²⁸ Art. 18 CDN

²⁹ Art. 19 CDN

³⁰ Art. 23 CDN

³¹ Art. 24 CDN

³² Art. 26 CDN

consagrados en los diversos instrumentos internacionales, a pesar de no estar explícitamente nominado como tal (Pautassi, 2007, 2010). Ello importaría un avance en garantizar la igualdad material entre mujeres y varones, jóvenes y adultos mayores, niños, niñas y personas con capacidades diferentes (Pautassi, 2010 bis:50), con el fin de no seguir dejando en cabeza de las familias y, en especial, de las mujeres el cumplimiento de las tareas de cuidado.

El derecho al cuidado posee íntima vinculación con el derecho a la alimentación, a la salud y a la vida digna, así se advierte claramente en el caso de la niña GG. Estos derechos sólo pueden ser escindidos en términos analíticos. El enfoque de derechos que aplicamos al análisis de las políticas públicas y del fallo, en el caso, reconoce vínculos entre ellos, instalando un nuevo paradigma en relación al criterio que los considera como beneficios de carácter asistencial y no como derechos. Específicamente, el derecho al cuidado y el derecho a la alimentación son DESC, regidos por los principios de universalidad, interdependencia y progresividad de los derechos humanos.

En el ámbito del derecho comparado, el derecho al cuidado está receptado, en forma expresa, en la Constitución de Ecuador³³. En nuestro ordenamiento interno, los órganos políticos constitucionalmente competentes para regularlo no lo han hecho hasta el momento. Sin embargo, el derecho al cuidado reconoce basamento constitucional en el art. 33³⁴ de la CN, dado que el derecho al cuidado es un derecho constitucional implícito, que deriva del derecho a la vida y dignidad de los seres humanos, además de resultar consustancial con el derecho a la alimentación y a la salud de los últimos. A su vez, debe ser ejercido –como todos los derechos humanos– sin discriminación y con especial protección respecto de niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas, adultos mayores y discapacitados (art, 75 inc. 23 CN). Es decir, respetando los criterios de igualdad formal y material, una de las características de la forma republicana de gobierno que le daría asiento en el mencionado art. 33 de la CN. El caso GG hubiera sido una buena oportunidad para que el tribunal reconociera el derecho al cuidado de la niña. Agregamos, para finalizar que en diferentes oportunidades, el Poder Judicial fue el que con su actuación, dentro del sistema político, generó el impulso decisivo para que el Poder Legislativo (PL) terminara consagrando derechos mediante ley formal. Sirvan de ejemplo, el caso Sejean³⁵, que ofició de demanda al PL para que se sancionara la ley 23515 de divorcio vincular y el caso Badaro³⁶, que requirió al PL, expresamente, mediante sentencia exhortativa una ley de reajustes previsionales, que asegure la movilidad jubilatoria, según las variaciones anuales del índice de salarios nivel general y conforme la normativa constitucional e internacional de derechos humanos que en éste había aplicado.

El precedente “Reyes Aguilera”³⁷

Encontramos otras dos cuestiones relevantes en el fallo GG. En primer término, la inclusión del precedente de la CSJN “Reyes Aguilera” y luego, la aplicación de la presunción de inconstitucionalidad de la “categoría sospechosa” generada por el art.9° del Decreto 1.602/09. Este precedente precitado posee similitudes con el caso aquí analizado. La actora es una persona boliviana nacida en 1.989, que había ingresado al país en 1.999 y que obtenida su radicación en Argentina, con una incapacidad del 100% de carácter congénito, solicitó una pensión por discapacidad. La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social consideró válida la exigencia

³³ Constitución de Ecuador. Art. 38 (derecho al cuidado de adultos mayores), Art. 43 (derecho al cuidado de mujeres embarazadas), Arts. 45 y 46 (derecho al cuidado de niños/niñas y adolescentes).

³⁴ Art. 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

³⁵ Sejean J.B.c/ Z. de S.A.M. CJJN sentencia del 27/11/1986.

³⁶ Badaro, Adolfo V. c/ ANSES s/ reajustes varios. CSJN sentencia 26/11/2007.

³⁷ “Reyes Aguilera, D. c/ Estado Nacional” CSJN sentencia del 4/9/2.007.

de acreditar una residencia mínima continuada en el país de veinte años, a los extranjeros, como requisito para obtener una pensión³⁸. La CSJN revierte dicho pronunciamiento, haciendo derivar el derecho de Reyes Aguilera de la legislación sobre seguridad social, que debe dictar el Congreso de la Nación, de acuerdo con las prescripciones del artículo 75 inc. 12 de la CN. Aquí reside la trascendencia del pronunciamiento, ya que se reconoce el derecho a la seguridad social de la actora, que como contrapartida genera una obligación de hacer por parte del Estado. El criterio contrapuesto de la Cámara Federal residía en considerar la pensión como graciable, es decir, facultativa del Congreso en su otorgamiento –con base en el citado artículo 75 inc. 20 de la CN-, mientras que la CSJN empodera a la actora con una pensión que surge del derecho a la seguridad social –con base en el precitado artículo 75 inc. 12 de la CN-. A partir de lo que alega la actora, la CSJN juzga conveniente esclarecer el litigio, de conformidad con el art. 75 inc. 22 de la CN, a la luz de los arts. XVI de la DADDH, 25.1 de la DUDH y 9 del PIDESC, todo ello en estrecha combinación con el derecho a la vida.- Considerando 3º voto mayoría.- Asimismo, la CSJN, en el caso Reyes Aguilera, hace aplicación de la Observación General N° 5 del Comité DESC y del fallo de la CortelDH “Niños de la Calle”³⁹, por el que resultan inadmisibles enfoques restrictivos del derecho a la vida. Agrega la jurisprudencia de Vizzoti⁴⁰ en el sentido de que los derechos constitucionales, en especial, los derechos humanos, son efectivos y no ilusorios. La reglamentación no puede implicar más que garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la CN y en los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos⁴¹. Los jueces Fayt y Zaffaroni, en su voto, señalan que la pensión no contributiva en juego no es un favor del Estado sino un derecho de la seguridad social, basado en la CN y los TIDH. Siendo la primera consecuencia de lo expuesto el sometimiento del régimen legal que lo regule a los principios mínimos de razonabilidad definida por la finalidad tuitiva del sistema de la seguridad social, que, a su vez, quedan subordinados al pertinente control judicial. (Abramovich Pautassi, 2009: 32). Como surge de lo expuesto, y lo adelantáramos ut supra, existe similitud de circunstancias de hecho y de derecho con el precedente Reyes Aguilera de la CSJN, aplicado en el caso GG.

La categoría sospechosa.

En el voto de los jueces Petracchi y Argibay, en el fallo Reyes Aguilera, encontramos el fundamento de la inconstitucionalidad del decreto allí atacado en la violación al derecho a la no discriminación, en razón al origen nacional, receptado en el art. 20 de la CN, art. 1.1. de la CADH, art. 2.2 del PIDESC y, especialmente, el art. 26 del PIDCyP. La categorización realizada por el decreto es considerada, por este voto, como una categoría sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad. Lo importante aquí es el juicio de razonabilidad de la norma, que traduce un escrutinio estricto que genera una inversión de la carga de la prueba en quien sostiene la constitucionalidad de la misma. El Estado deberá acreditar que los fines de la norma son sustanciales (significa que no alcanza con que sean convenientes) y que los medios (la exigencia de los veinte años de residencia, entre otros) promueven efectivamente esos fines y que no existen otros medios alternativos menos lesivos o restrictivos para los derechos en juego.

Este es el estándar utilizado en el caso GG respecto del art. 9º del decreto 1602/09, y fue el que aplicó la CSJN a partir del caso Repetto⁴², en materia de discriminación por la nacionalidad, y más tarde en los casos: Calvo y Pessini⁴³, Hooft⁴⁴, Gottschau⁴⁵ y Reyes Aguilera, como hemos reseñado. Hay que dejar constancia que dicho estándar

³⁸ Art. 1 inc. e) Decreto 432/97.

³⁹ Villagrán Morales y otros- del 19 de noviembre de 1.999, Serie C N° 63, párr. 144

⁴⁰ Vizzoti, Carlos A. c/ AMSA SA. CSJN sentencia del 14/9/2004.

⁴¹ Cfr. CN art. 75 inc. 23 y Fallos 327:3677, 3688 considerando 8 de la mayoría

⁴² Repetto, Inés M. c/Provincia de Buenos Aires. CSJN sentencia del 8/11/1988.

⁴³ Calvo y Pessini, Rocío c/ Provincia de Córdoba. (C.3.XXXI). CSJN sentencia del 24/2/1998.

⁴⁴ Hooft, Pedro C. c/Provincia de Buenos Aires. CSJN sentencia del 16/11/2004.

también fue aplicado por el máximo tribunal, en la discriminación en razón del género en el caso Delgado⁴⁶, en particular en el voto del ministro Petracchi. La extensión a los niños/as, realizada por el tribunal del caso GG estaría ampliando el criterio aplicado con anterioridad por la CSJN.

V. Conclusiones

El proyecto de investigación “Respuestas estatales en torno a la alimentación y al cuidado: los casos de los Programas de Transferencia Condicionada de Ingreso y el Plan de Seguridad Alimentaria en Argentina” se planteó varios interrogantes, entre ellos: ¿qué obligaciones positivas tiene el Estado en materia de alimentación y de cuidado?, ¿qué grado de exigibilidad existe en torno a estos dos derechos?, ¿en qué medida el discurso de los derechos se plasmó en el diseño final e implementación de los programas analizados? Consideramos que a través de este trabajo se han podido responder dichos interrogantes, respecto de los derechos a la alimentación y al cuidado de niños y niñas discapacitados, en relación a la aplicación del decreto 1.602/09 sobre AUH.

En el caso GG analizado, frente al desconocimiento por parte del PEN de los derechos precitados de la niña, el tribunal ejerce el control de constitucionalidad y de convencionalidad, con un alcance que va más allá del articulado de los TIDH. Esto significa que tuvo en cuenta no sólo nuestra CN y los TIDH con jerarquía constitucional sino también la jurisprudencia de la Corte IDH (el fallo Villagrán Morales o Niños de la Calle) y las Recomendaciones de la CIDH (en materia de acceso a la justicia), la Observación General N° 14 del Comité de DESC de Naciones Unidas, la Observación General N° 9 del Comité de Derechos del Niño, a lo que sumó los Principios de Limburgo, adoptados por Naciones Unidas, el criterio de “actuar con diligencia excepcional” en las actuaciones administrativas y judiciales en las que intervenga un menor de dieciocho años –caso Johansen c/Noruega, del 8/7/1996 de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos- y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Si bien el tema de los controles referidos es de orden procesal constitucional va a incidir directamente en la exigibilidad y efectividad de los derechos sociales en juego. Ello porque a través de las herramientas procesales del control de constitucionalidad y de convencionalidad pueden hacerse efectivos derechos que están consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos y que forman parte de nuestra CN.

El alcance amplio del control de constitucionalidad/ convencionalidad importa coincidir con la interpretación sostenida por la Corte IDH y la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, que afirma que las interpretaciones convencionales de los Comités configuran una guía válida para que los jueces nacionales puedan dilucidar el alcance del control de convencionalidad, establecido en las sentencias de la Corte IDH (Albanese 2011:26).

En consecuencia, se ha aplicado el bloque de constitucionalidad federal establecido por la reforma constitucional de 1.994, por el cual la fórmula de validez (formal y material) de las normas infraconstitucionales debe respetar la concordancia con la CN y los TIDH.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que hubo Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño que no se incluyeron en el fallo, en especial, las n° 5 y 12, en los aspectos apuntados más arriba. Tampoco se hizo un desarrollo pertinente al caso de la OC 17/02 de la Corte IDH⁴⁷.

⁴⁵ Gottschau, Evelyn P. c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Bs.As. CSJN sentencia del 8/8/2006.

⁴⁶ González de Delgado, C. y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba. CSJN sentencia del 19/9/2000.

⁴⁷ Cabe aclarar que en la jurisprudencia nacional no son frecuentes las sentencias que toman en cuenta las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, sí resulta más frecuente la aplicación de la OC N° 17/02 de la Corte IDH (Argentieri 2011).

Se debe continuar trabajando en pos de una compatibilización de las dos jurisdicciones, la internacional y la interna, profundizando las doctrinas explicadas. De modo que los jueces nacionales apliquen con mayor asiduidad y profundidad las decisiones y recomendaciones de los órganos de jurisdicción internacional. Por otro lado, es de esperar que la jurisdicción internacional continúe generando y perfeccionando el derecho internacional de los derechos humanos, en temas como el interés superior del niño y el derecho al cuidado.

El pronunciamiento del tribunal de familia analizado, luego de verificar la vulneración de los derechos involucrados, con basamento en normas locales y del derecho internacional de los derechos humanos, invalidó el art. 9 del decreto 1.602/09 sobre AUH y ordenó al Estado cumplir con sus obligaciones positivas: una obligación de hacer (la reposición del pago del beneficio de asignación universal por hijo para protección social a favor de la niña GG), de conformidad con el art. 75 inc. 23 de la CN. Dicha resolución judicial constituye un claro y alentador paso adelante en la defensa de los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Pero también en relación a los derechos a la alimentación, a la salud y, en definitiva, a la vida digna de una niña con discapacidad. Coincidimos con la resolución, aunque con los señalamientos realizados.

Finalmente, en el fallo GG quedó pendiente el reconocimiento judicial del derecho al cuidado, dadas las circunstancias de hecho, las normas de derecho internacional de los derechos humanos y el art. 33 de la CN, que generan su insoslayable aplicación al caso.

BIBLIOGRAFIA

Albanese, Susana. (2008) Coordinadora: *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ed. Ediar

Albanese, Susana. (2011) "*La jurisprudencia internacional y los diversos alcances de los preceptos convencionales*" en Albanese, Susana. Coordinadora. Opiniones Consultivas y Observaciones Generales. Control de convencionalidad. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar.

Abramovich, Víctor. (2006) "*Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino*" en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005), Abramovich, Bovino y Courtis, Compiladores, Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto.

Abramovich, Víctor. (2006) "*Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*", en CEPAL, N° 88.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2000): "*El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*". Nota al fallo CS 2000/10/24. C.de B.A.C.c.S.P.S. y otro. Buenos Aires, La Ley 2001-D-22 a 34.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2006): *El umbral de la ciudadanía*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

Abramovich, Víctor y COURTIS, Christian. (2006): "*Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*" en CELS La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)",

Abramovich, Bovino y Courtis, Buenos Aires, CELS y Ed. Del Puerto.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (2006): "*Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos*". Ponencia presentada en el Seminario Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la

desigualdad, Buenos Aires, UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero; 12 y 13 diciembre de 2006.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (2009): *“El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”*, en La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos, Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (2010): *“La medición de los derechos en las políticas sociales”*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

ADC/ ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (2008): *La Corte y los derechos 2005/2007. Como impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del máximo tribunal*. Argentina. Siglo XXI Editores.

Arévalo C., N.J. (2001): *“Los DESC, apropiación y conocimiento”*. ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos).Bogotá. Ed. Urbina.

Argentieri C. (2011): *“Los derechos del niño. La recepción en la jurisprudencia argentina de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño y de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, en Opiniones Consultivas y Observaciones Generales. Control de Convencionalidad. Albanese, Susana. Coordinadora. Buenos Aires. Ediar

Bestard, Ana María y Royo, Laura (2010): *“La exigibilidad de los DESC en el ámbito de la jurisprudencia y su importancia en la elaboración de las políticas públicas”*, en Pautassi, L. Organizadora. Perspectiva de derechos , políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina. Buenos Aires. Biblos.

Bidart Campos, Germán. (1.995): *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”*, T. VI *“La reforma constitucional de 1.994”*. Buenos Aires. Ediar.

Calógero Pízzolo (2.008): *“La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal”* en Albanese, S. (Coordinadora): *“El control de convencionalidad”*. Buenos Aires. Ed. Ediar.

CEPAL, División de Desarrollo Social, Santiago de Chile, Serie Políticas Sociales, N° 72.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), (2008) *“Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho”*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.

Gavara de Cara, J.C. (1994). *“Derechos fundamentales y desarrollo legislativo”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

Grossman, Cecilia (2007) *“La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes”*. [http:// www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=458](http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=458). Buenos Aires. Lexis N° 0003/013612 ó 0003/013613. Doctrina. Fuente : JA 2007 IV 1078 SJA 12/12/2007.

Linares, Juan Francisco (1970) *“Razonabilidad de las Leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina”* 2° ed. Actualizada. Buenos Aires.Ed.Astrea.

Loiano, Adelina (2008): *“El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”* en El control de convencionalidad Albanese, Susana Coordinadora. Buenos Aires. Ediar. pág. 114 y ss.

Manili, Pablo. (2003): *El bloque de constitucionalidad. La reopción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires. La Ley.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS HUMANOS (2006). *“El enfoque basado en los Derechos Humanos : Definición y Aspectos Generales”*. Pág. 15

Pautassi, Laura (2010): Organizadora. *“Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina”*. Buenos Aires. Ed. Biblos.

Pautassi, Laura(2010 bis): *“Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición”* en Abramovich, V. y Pautassi, L

Compiladores. La Medición de derechos en las Políticas Sociales. Buenos Aires. Editores del Puerto SRL.

Pautassi, Laura, Gherardi, Natalia y Zibecchi, Carla (2012): De eso no se habla : El cuidado en la agenda pública. Estudio de opinión sobre la organización del cuidado, Buenos Aires. Ed. ELA (Equipo Latinoamericano de Cuidado y Género).

Sagués, Néstor (1989) Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario. Buenos Aires. Ed. Astrea Depalma.

Sagués, Néstor (2006), Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos. Buenos Aires. Ed. K. Adenauer-Ad Hoc.

Travieso, .J.A. (1998): "*Garantismo vs. Responsabilidad Internacional. Aplicación del Derecho Internacional por la CSJN*". Nota a fallo. Buenos Aires. La Ley 1.998-C pág. 762 y ss.

Zibecchi, Carla (2010): "*Programas sociales y responsabilidades de cuidado infantil : Un abordaje desde las estrategias de los actores*" en Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina.. Buenos Aires. Biblos.

www.soloderecho.com/viewtopic.php?f=20&t=17356

www.mecon.gov.ar (infoleg)

Fallos de la Corte Suprema analizados.

Opinión Consultiva N° 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Observaciones Generales Comité Derechos del Niño citadas.

Observaciones Generales Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales citadas.