

MODULO IX

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Introducción

Ingresamos en el presente módulo al estudio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ya hemos expresado, al tratar los **Principios de Efectividad, Progresividad y Pro-Hómine** (Módulo II) que los mismos son, tanto aplicables a los denominados Derechos Civiles y Políticos, como a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siguiendo para ello, especialmente, las bases interpretativas de la Convención, explicitadas por el Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que, en síntesis, expresan: En el PIDESC existen cláusulas directamente operativas; los DESC cuentan con un núcleo básico de realización inmediata; los Estados tienen la obligación de efectivizar los mismos en el máximo de sus posibilidades, no admitiéndose, por ello, actitudes pasivas o de indiferencia ante los mismos, por parte de éste; El Principio de efectividad exige al Estado Parte ir avanzando en el máximo de sus posibilidades, hacia la realización plena de dichos derechos.

Por otra parte, afirmando las reglas interpretativas antedichas, considero **que el mandato constitucional obrante en el art. 14 bis**, que la ley asegurará los derechos allí enumerados, no puede interpretarse, por regla, como de pura programatividad. En primer término, porque el vocable "asegurarán", implica un imperativo legislativo claro, a través de un mandato constitucional que indudablemente impone una conducta unívoca al Congreso Nacional, respecto a los derechos allí enumerados. En segundo término, porque el vocable "gozará" tampoco puede ser interpretado como una mera promesa hacia el futuro, ya que, conforme ya lo explicitamos, la Corte I.D.H. (Caso Cinco Pensionistas-2003), reconoció la aplicación del art. 1.1 de la C.A.D.H., en relación con el art. 26 de la misma, aunque sujeto a la condición (que hemos criticado siguiendo los precedentes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de su afectación con carácter general, y no sólo individual, pero que, indudablemente, coloca a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en el caso particular de la Convención referidos a los reconocidos por la Carta de la OEA), dentro del estándar general de la operatividad. Con ello, además, deseamos manifestar nuestro criterio general a favor de su **justiciabilidad** en el marco de la obligación del Poder Judicial, de hacer respetar la Constitución, y de la CSJN, de ser su intérprete final. Finalmente, consideramos su operatividad sobre la base de las características de

complementariedad e interdependencia de los Derechos Humanos, que también ya hemos explicado. (Módulo II). (Una interpretación como deber inmediato de legislar y generator, su incumplimiento, de inconstitucionalidad por omisión, en Bidart Campos (I-397).

Que además cabe tener en cuenta para ello, como señala Martín Scheinin (Economic, Social and Cultural Rights, págs. 59/62), **otros fundamentos posibles**, referidos a la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos legales, de aplicación en nuestro propio sistema constitucional y legal, como ser: El status de incorporación de los tratados sobre la materia, que en nuestro caso, cuentan con jerarquía constitucional, lo que influye en el grado de justiciabilidad de los mismos; o cuando los términos del tratado, una cláusula constitucional, o una afirmación estatutaria, es entendida como la creación de un derecho subjetivo, para cuyo fin remitimos al análisis que hemos formulado en el Módulo II y en el presente al respecto. O lo referente a la protección de las personas severamente desaventajadas (Especial protección legal de las personas pobres e indigentes) o a la relación de los derechos ESC con los derechos CP (Relación Derecho a la vida-Derecho a la salud).

Asimismo considero de interés rescatar la pauta interpretativa desarrollada en su voto de disidencia parcial por el Dr. Licht en autos "Béiz Gustavo y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional" (CNFed. Contencioso-administrativa, sala I. 27-04-1999-DJ-1999-3-546-Considerando 5º y 6º), la que comparto. Allí sostiene, sobre la base de lo dispuesto por el art. 1.1 de la C.A.D.H., que establece la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos, que interpreta con los alcances fijados por la reiterada jurisprudencia de la Corte I.D.H., que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos por el Protocolo Facultativo a la C.A.D.H. de San Salvador (en el caso litigioso en relación con el art. 11 referido a los derechos al medio ambiente sano) se encuentran alcanzados, en principio, por la referida obligación general. Concluyendo "Que sentado ello, procede puntualizar que admitir tal tipo de derechos sustantivos, importa, por un mínimo de congruencia interpretativa, reconocer también legitimación judicial para su defensa y ejercicio". Con lo cual define su operatividad y justiciabilidad.

Corresponde hacerse cargo aquí, conforme la orientación interpretativa general que hemos venido desarrollando, de aquellos fundamentos que **cuestionan la extensión constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, y la técnica constitucional utilizada**, argumentando que se trata del "Constitucionalismo Promesa", es decir reglas inexigibles en la actualidad, de carácter programático y de cumplimiento discrecional, siendo el constitucionalismo-promesa fantasioso, teórico, irreal, utopista, poco leal a la comunidad a la que está destinado y que tiende a ser ineficaz. O que no se satisfacen sinceros fines sociales, en efecto, con la fácil repartija de bienes de otros o con la transferencia indiscriminada de bienes del sector privado al público. (Sagüés -I-87/88; II-559 y 483). Que se constituye en un capítulo de ilusiones, frente a los excesos de una realidad que aboga en forma incondicionada por la producción de estos preceptos; la hipocresía constitucional es

tan mala como la sobredosis liberal que entre pliegues y repliegues hace añicos la solidaridad (Midón-359/360).

La primera pregunta es: ¿Qué protege la Constitución en este capítulo? El derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a alimentarse, el derecho de acceder a una vivienda digna, El derecho al trabajo y en el trabajo; el derecho a la seguridad social; a la protección de la familia; al los derechos culturales.

La segunda pregunta es: ¿Se puede pensar en un ser humano despojado de estos derechos? Ante un ser humano analfabeto, desnutrido, enfermo, desocupado, sin asistencia estatal y viviendo en la vía pública, puede afirmarse que su dignidad como persona no está vulnerada. Entiendo que no.

La tercera pregunta es: ¿Dónde radican la hipocresía constitucional y su capítulo de ilusiones y utopías? Es en que la Constitución consagra derechos que de estar ausentes, vulnerarían la dignidad de la persona humana o en realidad, es hipócrita, ilusoria, utopista, porque consagra derechos que el sistema liberal capitalista, como orden político-económico, no está dispuesto o no tiene interés de satisfacer. Creo que la segunda alternativa es la respuesta.

La cuarta pregunta es: ¿En beneficio de quiénes está fundamentalmente la obligación estatal? Por supuesto que tales derechos son ilusorios, utópicos, o simples promesas irrealizables, para los indigentes, para los pobres, y para quienes viven en sus contornos, es decir, al menos, el 50% del total de la población actual. A ellos nos estamos refiriendo. Para el 20% que concentra el 80% del total de la riqueza en el país, no hay ni ilusión ni utopía que valga.

La quinta pregunta es: ¿Quién es el responsable y cuál es la verdadera preocupación? Son las necesidades de un sistema de producción capitalista-imperialista y globalizado el que ha generado estas consecuencias devastadoras (está bien preocuparse por la indiscriminada transferencia de bienes del sector privado al público —mientras se guarda silencio sobre la inversa—, que verdaderamente está sucediendo o de la fácil repartija de bienes de otros, cuando el sistema de distribución de la riqueza beneficia en los hechos, a unos pocos); y la verdadera preocupación radica, primero, en que lo comprendamos, y en segundo lugar, en que necesitemos cambiarlo, para que las ilusiones se tornen en realidad. Lo que molesta, en fin, no es el utopismo de las normas constitucionales, sino el utopismo de los cambios políticos y económicos necesarios, para que aquellas, con relación a los indigentes, pobres y fronterizos a la pobreza, dejen de serlo.

Pasaremos a su análisis, siguiendo para ello lo dispuesto en el art. 14 bis de la C.N., el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, La Convención de los Derechos del Niño, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, jerarquizados constitucionalmente, y entendiendo que los referidos instrumen-

tos de derechos humanos jerarquizados, complementan lo dispuesto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Y ello, sin dejar de reconocer la existencia de otros tratados de los cuales la Argentina es parte, como El Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales del sistema interamericano de protección. Que finalmente, también insistimos en la aplicación, y operatividad, del principio de igualdad y no discriminación respecto a estos derechos (Ver Módulo V).

El derecho a un adecuado nivel de vida, incluyendo el derecho a alimentarse

El art. 11.1 del PIDESC establece que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Y además obliga a los Estados a tomar las medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo la importancia de la cooperación internacional, basada en el libre consentimiento.

Ya señalamos, al tratar el Derecho a la Propiedad (Módulo VII), que claramente, esta norma otorga jerarquía constitucional al derecho de acceder a la propiedad, sobre la base del reconocimiento del derecho a una vivienda digna (reforzando así los términos del art. 14 bis de la C.N.). Asimismo, de la referida disposición surge con claridad que un nivel de vida adecuado, significa la posibilidad efectiva de alimentarse, vestirse y contar con una vivienda, para sí y para su familia. La disposición refiere a "asegurar la efectividad" por lo cual, por lo que ya expresamos, ello no puede interpretarse como un mero programa de realización indefinida. Es demostrativa de que el Estado debe realizar "medidas apropiadas", en el máximo de sus posibilidades, para asegurar tal efectividad, como asimismo "una mejora continua de las condiciones de existencia". La contundencia de estos términos, indudablemente, **descarta toda posibilidad interpretativa** de que su realización quede sujeta al exclusivo voluntarismo programático Estatal, como implican, consecuentemente, que, de arribarse a una cuestión litigiosa sobre el tema, el Poder Judicial examine las cuestiones de hecho, a fin de determinar, en el caso concreto, el grado de la obligación consecuente, a cargo del Estado, examinando para ello, el nivel de efectividad del derecho de que se trate y el cumplimiento efectivo de la regla de progresividad y de esfuerzo máximo conforme los recursos disponibles, que las normas internacionales citadas más abajo imponen, pero que no podrá rechazar la misma, por la sola consideración del carácter programático de ésta. Es decir que entendemos existen suficientes argumentos para ello, **lo que falta, en general, es voluntad jurisdiccional para hacerlo**, que muchas veces encubre una defensa ideológica del Estado, al que, por todos los medios, se procura no poner en crisis, o en su caso, salvarlo de la crisis; voluntad ésta que está exigida por la Constitución, a partir de la reforma de 1994, por lo que hasta aquí hemos expuesto.

Por otra parte, el art. 11.2 del Pacto establece que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a ser protegida contra el hambre, y obliga al

Estado a adoptar las medidas necesarias, incluyendo programas concretos, a fin de efectivizar el mismo. Ello representa claramente que los niveles de indigencia y pobreza que no permitan el acceso a la canasta básica alimentaria familiar, constituyen una violación a tal derecho, y por ende, implican una obligación consecuente del Estado a su restitución. (Conf. Eide Asbjorn, pág. 90).

Además, el Pacto **enumera alguna de estas acciones**, vinculadas con el mejoramiento de los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, de modo que se logren la explotación y utilización más eficaces de las riquezas nacionales; y asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, tomando en cuenta los problemas que se plantean, tanto en los países que importan, como los que exportan alimentos (art. 11.2. a) y b)).

En síntesis, representa el derecho de toda persona, a ver satisfechas sus necesidades básicas, bajo condiciones de dignidad, y sin obstáculos irrazonables; y de que nadie esté obligado a satisfacer las mismas sacrificando sus libertades básicas a través de la mendicidad, la prostitución o el trabajo esclavo. En términos puramente materiales, significa el derecho de toda persona a vivir por sobre el nivel de pobreza. (Eide Asbjorn, págs. 95/96). Además, como bien sostiene este autor, se trata principalmente de obligaciones de resultado (pág. 99).

Estas reglas están confirmadas, por ejemplo, en el art. 6.2 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, la que fija la obligación del Estado Parte de garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y desarrollo del niño. Por otra parte, el art. 27.1 de la misma establece que el Estado Parte reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Además establece, (art. 27.3) con carácter subsidiario, a cargo del Estado, la obligación de adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestido y la vivienda. Y además (art. 27.4) vincula esta obligación, en especial, con la obligación de tomar todas las medidas apropiadas destinadas a hacer efectivo el pago de la pensión alimenticia (cuota de alimentos) por parte de los padres u otros responsables financieros del niño, aun cuando estos residan fuera del territorio nacional, y el niño resida en éste.

Por su parte, el art. 26 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, remite a las normas económicas, sociales y sobre educación ciencia y técnica, que contiene la Carta de la OEA. Estas normas disponen, por ejemplo: Dedicar el máximo de sus esfuerzos al logro de las siguientes metas: Incremento, sustancia y autosostenido del producto nacional, per cápita; Distribución equitativa del ingreso nacional y Sistemas impositivos adecuados y equitativos; Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; vivienda adecuada para todos los sectores de la población (art. 31. a), b), c), j) y k)).

El art. 12.1 del **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia económica, social y cultural (Protocolo de San Salvador)**, establece que todas las personas tienen derecho a una adecuada alimentación, que garantice las posibilidades de disfrutar, en el mayor nivel posible, del desarrollo físico, emocional e intelectual.

Por su parte, el art. 25.1 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** establece el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, asimismo como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, como asimismo, el derecho a los seguros, en caso de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Señalamos aquí que, conforme se desprende de la norma transcrita, el derecho a un adecuado nivel de vida, se complementa con la inclusión de la salud y el bienestar, de la asistencia médica y de los servicios sociales necesarios, y del seguro de desempleo; definición ésta que debe primar al momento de fijar su contenido, por aplicación del principio de progresividad a nivel interpretativo, conforme lo desarrollamos en el Módulo II del presente.

El derecho a la vivienda

Como ya lo anticipamos, el derecho de acceso a la vivienda, está consagrado en nuestra constitución en el art. 14 bis, y además, en los instrumentos de derechos humanos jerarquizados, como integrando el derecho a un nivel de vida adecuado, conforme expusimos en los párrafos anteriores. Podemos agregar a los enumerados el art. 5.e.III) de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial y el art. 14.2 de la Convención para la eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.

Son de aplicación, a su respecto, las reglas que sobre progresividad del derecho (citadas en Módulo II) ha formulado el **Comité de UN de Derechos ESC**, en su **Comentario General N° 3**, y que también hemos referido en la introducción al tratamiento del tema en el presente módulo. (Conf. Scott Leki. *Economic, Social and Cultural Rights*- págs. 110/112). En dicho comentario general el Comité expresa que existe un núcleo mínimo obligatorio que el Estado debe cumplir con relación a este derecho y que, la existencia de un significativo número de individuos privados del derecho básico a la vivienda, está reflejando el incumplimiento del Estado de las obligaciones asumidas en los términos del Pacto (art. 2.1 del PIDESC). A su vez en su **Comentario General N° 4**, referido específicamente al derecho de acceder a una vivienda, el Comité de UN de Derechos ESC, ha sostenido que el referido derecho consiste, en el derecho a vivir en algún lugar, con seguridad, paz y dignidad. Que las políticas y la legislación no pueden estar destinadas a beneficiar a grupos sociales aventajados a expensas de otros. Que finalmente, sostiene el Comité que, una parte importante de los elementos constitutivos del derecho a la vivienda son justiciables. (Cabe recordar aquí la jurisprudencia de la CSJN respecto al valor de los criterios de aplicación e interpretación de los

tratados jerarquizados, efectuadas por los órganos internacionales de aplicación y control).

Que a ello debe sumársele la aplicación de los principios generales sobre no discriminación e igualdad de trato y oportunidades (art. 2.2 PIDESC; art. 75 inc. 23 de la C.N.).

Por otra parte se ha entendido, por interpretación de las obligaciones convencionales asumidas por el Estado, que éste, con relación al derecho a la vivienda, tiene tanto obligaciones de respeto, como de protección, de promoción y de plena realización del derecho, y en este último contexto, dicha obligación es comprensiva de medidas activas del gobierno, necesarias para garantizar a cada persona, en el ámbito de su jurisdicción, oportunidad de acceder, al derecho a la vivienda, en los casos en que su obtención o aseguramiento, no puede ser lograda por el solo esfuerzo personal. (Conf. Scott Leki. ob. cit. *The Right To Housing*, págs. 113/115).

Entendemos que el derecho de acceso a la vivienda, integrado en el contexto de un nivel de vida adecuado, y de la mejora continua de las condiciones (art. 11.1 PIDESC), conforme nos hemos referido a este último en el acápite anterior, funda debidamente la existencia, como la operatividad de tal derecho.

El derecho a la salud

Como ya referimos al tratar el **derecho al medio ambiente**, vinculamos el calificativo de **sano**, que le da la constitución, con saludable, y con ello, con el derecho a la salud, en términos amplios, como los correspondientes a la definición de la OMS sobre la cuestión. Con ello, además, hallamos un fundamento constitucional del derecho a la salud en la parte dogmática de la Constitución Nacional (art. 41). (Además la relación entre salud y medio ambiente surge del art. 12.2.b) del PIDESC).

Por supuesto, que asimismo, el derecho a la salud se encuentra incluido, expresa o implícitamente, en **otras disposiciones de la parte dogmática de la C.N.** Así, por ejemplo, el art. 14 bis, al referirse a los beneficios de la seguridad social o a la protección integral de la familia; o el art. 75 inc. 23 al referirse al reconocimiento de grupos vulnerables (Niños-Mujeres-Ancianos-Discapacitados) o al régimen de seguridad social especial e integral de protección del niño en situación de desamparo y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Por otra parte, cabe recordar aquí, **la relación del derecho a la salud con otros derechos consagrados en la Constitución**. Ya nos hemos referido a la cuestión al analizar el derecho a la vida, el derecho a la privacidad e intimidad y el derecho a la libertad de conciencia y de religión. Ver Módulo VI). Por otra parte, la evolución de la jurisprudencia más reciente, vincula el derecho a la salud con el derecho a la vida, en el caso del tratamiento de enfermos crónicos, obligando a la prestación de servicios a las obras sociales y/o a la provi-

sión de medicamentos a éstas o al Estado nacional o Provincial. (CNFed. Civ. y Com. sala III - 17-09-2002 - Zabaleta Griselda L. - DJ-2003-1-910 "Corresponde se haga entrega a un afiliado en forma gratuita, continua e ininterrumpida de la medicación solicitada para la particular enfermedad acreditada... toda vez que la demora que insuma el trámite administrativo cuyo cumplimiento exige la accionada, en virtud del especial estado médico y situación económica del amparista, puede traducirse en un perjuicio a su salud y en un eventual riesgo de su vida. (CSJN-Fallos-323-1339)" (Considerando 5º).

Por otra parte cabe señalar que, por regla general, ante las políticas públicas en materia de salud preventiva y educación para la salud, el derecho a la privacidad y la intimidad debe ceder, a fin de **permitir la ejecución de campañas preventivas**, como las de vacunación, y programas de educación para la salud, ya que con ello se pretende una protección de la salud y de la salubridad, en sentido colectivo, conforme su consagración en el art. 41 de la C.N., y además responden al cumplimiento, por parte del Estado, de la obligación impuesta por el art. 12.2.c) del PIDESC de prevenir y tratar las enfermedades endémicas, epidémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas. (Comisión Europea de DD.HH. Wain c/ United Kingdom- Caso 10.787/84 del 02-12-1985). Por otra parte, dichas restricciones resultan constitucionales, en la medida en que son razonables y proporcionales, y no afectan principios generales en la materia, como el de igualdad y no discriminación.

En relación particular con el tratamiento y sus límites constitucionales y bioéticos, y los límites de la experimentación con humanos nos remitimos a lo expresado en Módulo VI.

Por otra, y en relación al **examen de V.I.H. SIDA sin consentimiento** del interesado, acordamos con el voto disidente parcial del Dr. Fayt en autos "B., R.E. c/ Policía Federal" (CSJN-Fallos-319-3040. de 1996. Considerando 7º) en el sentido que ello constituye un acto intrusivo que desconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. (Gelli-184).

Corresponde analicemos el tratamiento del Derecho a la Salud en las principales Convenciones de DD.HH. jerarquizadas constitucionalmente.

El art. 12.1 del PIDESC establece que el Estado reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Y establece como obligaciones a cargo del Estado: La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El art. 5.e.IV del de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, se establece el compromiso del Estado para prohibir y eliminar toda forma de discriminación racial y garantizar el goce del derecho de toda persona a la igualdad ante la ley en el derecho a la salud pública,

la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales. Por su parte el **art. 12 de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer** establece, en su **ap. 1** la eliminación de la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar. (Este último aspecto se complementa con lo dispuesto por el art. 16.1.e) en el sentido de contar entre hombres y mujeres, en condiciones de igualdad, de los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.). Por su parte el **ap. 2** el derecho de la mujer a que se le garanticen los servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuesen necesarios, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Por su parte, los **arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño** hace referencia a los derechos de los niños mental o físicamente impedidos a fin de garantizarles una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, les permitan llegar a bastarse a sí mismos y faciliten su participación activa en la comunidad. Y establece que los Estados Partes reconocen 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. Los Estados partes aseguran la plena aplicación de este derecho, para lo cual enumera una serie de medidas apropiadas para: Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; asegurar la atención primaria de la salud; asegurar el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable saludable; asegurar la atención pre-natal y post-natal apropiada a las madres; Asegurar el conocimiento de los principios básicos de la salud y nutrición de los niños; Desarrollar la atención preventiva sanitaria; Abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. Promover y alentar la cooperación internacional.

Entre Las Convenciones no jerarquizadas pero de las cuales la Argentina es Estado Parte, El **Protocolo Facultativo de San Salvador** sobre derechos ESC reconoce el derecho a la salud del modo que sigue: **Artículo 10.**

Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad.

- b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.
- c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.
- d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.
- e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud.
- f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Se ha sostenido en la doctrina que, existen dos problemas fundamentales en materia de Derecho a la Salud, en primer lugar, una serie de provisiones fragmentarias a través de una variedad de normas internacionales, más que un cuerpo normativo homogéneo de leyes sobre la materia; y que, no existe un acuerdo global sobre las específicas obligaciones a cargo del Estado, necesarias para facilitar o permitir el acceso a la salud de la población. (Tomasovski Katarina - Health Rights, págs. 128/129).

Sin perjuicio de ello, y en el caso particular del análisis del Derecho de acceso a la salud, en el contexto del sistema constitucional argentino, entendemos que es posible establecer un análisis del reconocimiento del derecho y de las obligaciones a cargo del Estado, el que pasaremos a esquematizar a continuación:

El Derecho a la Salud se encuentra consagrado, en general, en nuestra constitución nacional, en el art. 41, y por ende, el derecho de acceso al mismo, sobre la base del principio de complementariedad (art. 75 inc. 22) y de compatibilidad de los tratados, verificada "prima facie" por el legislador (CSJN-Caso Petric- entre otros) se encuentra reconocido; con jerarquía constitucional, tanto por el PIDESC, como CEDR, la CEDM, y la CSN; y ratificada por el Protocolo Facultativo de San Salvador, como norma de mayor jerarquía que las leyes (art. 75 inc. 22). Además, dentro de ese contexto, y por aplicación del principio interpretativo progresivo (art. 29.b de la C.A.D.H., por ejemplo) corresponde entenderlo en los términos formulados por el art. 10.1 del Protocolo Facultativo de San Salvador, coincidente con la definición aportada por la OMS.

Obligaciones a cargo del estado. Corresponde analizar, a continuación, conforme los principios normativos antes expuestos, cuáles son las obligaciones prioritarias a cargo del Estado, integrantes de lo que podemos denominar el núcleo duro o básico y cuáles las que podemos calificar como secundarias o complementarias.

En primer lugar, como expresamos en un principio, el derecho a la salud se encuentra contenido, directa o indirectamente, en otras disposiciones de la parte dogmática de la Constitución, que vamos a tener en cuenta en esta

etapa del análisis. Luego existen tratados jerarquizados que hacen expresa referencia a dichas provisiones constitucionales, los que, entendemos, deben analizarse en conjunto, a fin de determinar tales obligaciones prioritarias.

Así el art. 75 inc. 23 hace expresa referencia al **niño en situación de desamparo hasta la enseñanza elemental y a la madre durante el embarazo y la lactancia**. Y en relación con dicha protección, la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y en la niñez y el sano desarrollo del niño (atención primaria de la salud, suministro de alimentos; agua potable; educación sanitaria; medio ambiente); la atención prenatal y postnatal de las madres y el acceso sin discriminaciones a los servicios de salud de la mujer, incluidos los programas de planificación familiar.

Luego, teniendo en cuenta la referencia al "desamparo" y el reconocimiento de grupos vulnerables, que formula el mismo artículo e inciso constitucional, corresponde al Estado, a través de acciones positivas u otras medidas adecuadas, garantizar el derecho de acceso a la salud a los **grupos de más alto riesgo o que por situación económica sean más vulnerables** (art. 10.f Protocolo Facultativo de San Salvador). Y en particular a los **niños** (art. 24 CDN); las **mujeres** (arts. 12 y 16.e CEFDM); los **ancianos** (art. 14 bis y art. 75 inc. 23 C.N.) y los **discapacitados** (art. 75 inc. 23; art. 23 CDN). Ello vinculado tanto a políticas preventivas, educativas, de tratamiento y de atención primaria de la salud.

Finalmente lo que se refiere en general al acceso de la **atención primaria de la salud** (art. 10.2.a Protocolo Facultativo de San Salvador; art. 24 CDN), la **prevención, tratamiento y lucha contra las enfermedades endémicas, epidémicas, profesionales y de otra índole** (art. 12 PIDESC; ART. 10.2.d Protocolo Facultativo de San Salvador); las **campañas inmunológicas** (art. 10.2.c Protocolo Facultativo de San Salvador) y la **educación para la salud** (art. 10.2.e Protocolo Facultativo de San Salvador; art. 25.e CDN).

Considero que ello constituye, en general, las obligaciones inmediatas y perentorias que fija la Constitución, los Tratados Jerarquizados y otros tratados de Derechos Humanos de los cuales la Argentina es parte, en materia de acceso y protección de la salud, a cargo del Estado.

Por otro, a un nivel poblacional general, corresponde que el Estado, por vía reglamentaria, la generación de condiciones que garanticen a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12.2.d PIDESC).

El derecho a la seguridad social

El derecho a la seguridad social se encuentra garantizado en su otorgamiento por el Estado, en el art. 14 bis de la C.N, a través de la reforma constitucional de 1957.

En primer término, el referido artículo garantiza, en general, el otorgamiento del derecho, al que da el carácter de **integral e irrenunciable**. Ello

representa que debe abarcar la totalidad de las materias que lo integran y que por ser de orden público no puede ser renunciado. (Midón, 377). El **concepto de seguridad** debe interpretarse que frente a ciertos hechos o circunstancias capaces de provocar necesidades determinadas, el sistema ofrecerá determinadas prestaciones o coberturas para afrontar tales necesidades. Por su parte, el **concepto de social**, debe interpretarse en su relación con su carácter solidario, de participación de todos en la financiación del sistema de prestaciones. (Bidart Campos-I-428).

En lo referente a los **contenidos de la seguridad social**: La Constitución enumera los siguientes:

El **seguro social obligatorio**, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda haber superposición de aportes. El que debe distinguirse del sistema de jubilaciones y pensiones. Por otra parte la CSJN ("Mansilla" - 30-03-1982) sostuvo que ello no significa que la cobertura de las contingencias sociales deban estar exclusivamente a cargo del estado y financiada por éste. En lo que respecta a la competencia nacional o provincial sobre la materia, cabe coincidir con lo sostenido por Bidart Campos (I-431/432) en el sentido de que el dictado del Código de Seguridad Social le corresponde al Congreso de la Nación (art. 75 inc. 12) y que, en principio, cabe interpretar que la legislación provincial sobre la materia está vinculada con las relaciones de empleo público local. Y finalmente, que la creación de Cajas Previsionales correspondientes a las profesiones liberales le corresponde a las provincias en ejercicio de su poder de policía sobre la mismas. (CSJN - Sánchez Marcelino - 21-08-1973; SCJBA - Luqui Juan Carlos - B-52.226-28-12-1990). Este es el criterio adoptado por el Art. 40 de la Constitución de la Provincia de Bs. As. que vincula el régimen de seguridad social a la relación de empleo público provincial, y que la provincia reconoce la existencia de cajas y sistemas de seguridad social de profesionales. Y por el art. 125 de la C.N reformado en 1994, que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y para los profesionales.

Jubilaciones y pensiones móviles. La **jubilación** es un beneficio que se otorga a una persona como consecuencia de la tarea desarrollada por ésta, ya sea en relación de dependencia o en su carácter de autónomo. La **pensión** es un derecho derivado de la jubilación, a favor del causahabiente de la persona jubilada o con derecho a la jubilación, fallecida. La **movilidad** representa el derecho de ajuste del haber frente a la pérdida de su poder adquisitivo. Tradicionalmente la jurisprudencia de la CSJN había establecido como pauta de razonabilidad del haber jubilatorio, que éste guardará un determinado valor porcentual (que oscilaba entre el 70 y el 82 por ciento) entre el haber en actividad y el haber de retiro, y un derecho de actualización futura del haber inicial conforme dichas pautas. Asimismo, si bien había admitido la posibilidad de reducción del haber afectando, en tal actualización, el porcentual indicado, lo hizo admitiendo una afectación no mayor del 10%, como regla. Ello

se modificó drásticamente, primero con la declaración de emergencia previsional (Dec. 2196/86); con los criterios jurisprudenciales de la CSJN mediante los cuales se admitía la reducción del haber en la medida en que éste no resultara confiscatorio o arbitrariamente desproporcionado (Fallos-312-194 "Maine"). Y finalmente, con la sanción de la ley 24.463 que eliminó el criterio de proporcionalidad, limitó el cumplimiento de las sentencias a los recursos disponibles, habilitó el pago de deudas con bonos de consolidación y remitió el reajuste de haberes (su aumento) a la decisión legislativa del Congreso Nacional. Por otra parte generó un trámite complejo, administrativo y de revisión judicial posterior, que difiere en la práctica la resolución de los conflictos previsionales, a largos años de litigio. (Recientemente, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del art. 19 que obligaba al ente previsional a interponer recurso ordinario ante dicho tribunal, contra las sentencias de la Cámara Federal de Seguridad Social (única en el país) que le eran adversas). Dicha norma no responde a los principios constitucionales sobre la materia. (Sagüés -II-567). En fallo reciente, la CSJN ha retornado a la buena doctrina, abandonando la precedente "Chocobar", y resolviendo la vigencia y aplicación del art. 53 de la ley 18.037, a los fines de la actualización del haber jubilatorio, por el período comprendido entre la entrada en vigencia de la ley de convertibilidad (23.928) y la fecha de su derogación por ley 24.463 (30-03-1995), entre otros fundamentos, por aplicación del principio de progresividad y de que no surge del texto de la ley 23.928 intención derogatoria del régimen reglamentario del art. 14 bis de la Constitución Nacional. ("Sánchez María del Carmen" - 17-05-2005- en DJ-26-05-05, págs. 254/256).

La protección integral de la familia; la defensa del bien de familia y la compensación económica familiar. El tema será abordado más adelante en este Módulo.

El acceso a la vivienda digna. Nos remitimos a lo expresado más arriba.

Por su parte, el art. 75 inc. 23, conforme ya lo recordamos, refiere al dictado de 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 y el tiempo de lactancia.

Por su parte en relación a los **tratados constitucionalmente jerarquizados**, cabe referir el tratamiento del tema en los siguientes:

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art.16); Declaración universal de Derechos humanos (art. 22); Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 9); La Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.e); Convención Sobre Derechos del Niño (art. 26). En particular hacen referencia a dicho derecho a fin de que proteja a toda persona contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad, que por causa ajena a su voluntad le imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia, e incluyendo el seguro social.

Que finalmente, el art. 9 del Protocolo Facultativo de San Salvador, refiere también a los casos de nacimiento, accidentes de trabajo, fallecimiento y enfermedades profesionales, dentro del concepto de seguridad social.

Derecho a trabajar y derechos en el trabajo

Conforme lo estableció originariamente la Organización Internacional del Trabajo, en el preámbulo de su carta Constitutiva (1919) la paz universal y duradera sólo es posible sobre la base de la justicia social, (párrafo 1º); de allí que condicionen injustas de trabajo o que un número importante de personas se vean privados de él, constituye una amenaza a la paz y a la armonía mundial (Párrafo 2). Pero además, dicha organización, en su Declaración de Filadelfia de 1944, además, consideró al trabajo en el contexto de la libertad y dignidad personal, al reafirmar el derecho de cada persona, a través del trabajo, de lograr su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, con seguridad económica e igualdad de oportunidades.

Los derechos económicos, en relación, especialmente, con el problema de la tenencia y explotación de la tierra, tienen en América Latina, en general, y en la Revolución Mexicana, en particular, un protagonista central, de su evolución histórica (Ver Módulo III), materializada en la Constitución Mexicana de 1917.

Por su parte en la Argentina, y debido, en gran medida, al impulso legislativo de Alfredo L. Palacios, se sancionaron: La ley 4661 de Descanso hebdomadario (1904); la ley 5291, Reglamentaria del trabajo de niños y mujeres (1907); la ley 9040 de Vigilancia e inspección permanente de establecimientos comerciales e industriales (1912); la ley 9143 sobre la trata de blancas; la ley 9688 de Accidentes de trabajo (1915); la ley 9511 de Inembargabilidad de sueldos pequeños y de préstamo a empleados (1915), entre otras.

Por otra parte cabe recordar que se debe a Joaquín V. González, la iniciativa del primer Proyecto de Ley Nacional del Trabajo, presentado en 1904, reflejo del "progresismo" conservador, que regulaba el contrato de trabajo, prevenía el preaviso, fijaba las causales de rescisión a favor del empresario y del trabajador, la indemnización por accidentes de trabajo, o licencias por enfermedad de breve plazo; pero que a su vez limitaba el ejercicio del derecho a huelga y habilitaba la intervención Estatal de los sindicatos y que, como era de prever generó tanto críticas desde los sectores obreros sindicalizados (socialistas y anarquistas) como de los sectores conservadores (Estanislao Zeballos, p. ej.), el que finalmente no fue aprobado. (Un análisis más detallado en Roldan Darío-Joaquín V. González, a propósito del pensamiento político liberal (1880-1920). CEAL, págs- 72/92, Cap. III).

Pero fue con la Constitución Nacional reformada en 1949 que se ingresó definitivamente en el país en el denominado constitucionalismo social. En el art. 37 se reconocían tanto los derechos del trabajador, incluyendo el derecho de trabajar ("...y proveyendo ocupación a quien la necesite"), como los derechos de la familia: los derechos de la ancianidad; los derechos de la educa-

ción y la cultura, y a partir del art. 38, la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica. El espíritu último de esta reforma puede rescatarse en las siguientes palabras pronunciadas por Arturo Enrique Sampay en la Sesión de la Convención Constituyente del 8 de marzo de 1949:

"Pero el Estado, en la reforma que se propicia, si bien tiene como fin la perfección y la felicidad del hombre que vive en sociedad- la suficiente de vida que el aislamiento haría imposible lograr- abandona la neutralidad liberal que, repito, es intervención a favor del poderoso y participa, dentro de la órbita de las funciones que le son propias, en las cuestiones sociales, económicas, culturales, como poder supletivo e integrador, para afirmar un orden positivo, restituyendo o asegurando al hombre la libertad necesaria a su perfeccionamiento... Lo típico del sesgo constitucional del Siglo XX, confrontado con las declaraciones liberales de la centuria decimonona, es el alargamiento de los derechos personales acompañado de una limitación de los derechos individuales que se consideraban absolutos e intocables, o sea, el derecho de propiedad y la libertad económica, y como consecuencia, una nueva concepción de las relaciones entre los individuos y de estos con la sociedad, al punto que el abuso de la libertad, que equivale a una falta de solidaridad humana, es punido como delito." (Sampay - La Constitución Argentina de 1949 - págs. 35/37).

Esta reforma, fue derogada por un decreto del gobierno de facto ungido al poder en 1955, el que a su vez declaró la necesidad de reforma, también por decreto, y convocó a la Convención Constituyente que, finalmente, produjo la reforma constitucional de 1957, la que incorporó el art. 14 bis, a nuestra constitución nacional vigente.

El referido artículo enumera lo que vamos a denominar **derechos en el trabajo**.

En primer término refiere a la **protección, por las leyes, del trabajo en todas sus formas**. Que refiere a la proyección social del trabajo, y que lo diferencia del derecho individual a trabajar que garantiza el art. 14 de la Constitución Nacional, y que afianza la libertad de elección de un trabajo y el de cambiar el mismo (en relación al grado de operatividad de esta disposición nos remitimos a lo expresado en el comienzo del presente módulo). Por otra parte, entiendo que tal disposición, fulmina por inconstitucional, la práctica y la legislación que permite la sustitución del contrato de trabajo por contratos de servicio, de carácter civil, desnaturalizando la esencia laboral de tales relaciones, y permitiendo burlar así, la totalidad de las previsiones constitucionales aquí garantizadas, desprotegiendo al trabajo en todas sus formas.

Conforme la Constitución se debe asegurar al trabajador:

Condiciones dignas y equitativas de trabajo: Consideramos que ello representa condiciones de labor que no afecten la integridad psico-física del trabajador, ni su seguridad, ni su dignidad como persona. Ello se vincula, con la prohibición de la servidumbre, la trata de mujeres y los trabajos forzados,

establecida en el art. 6 de la C.A.D.H. (Ver Módulo VI), como asimismo, la prohibición de la explotación del hombre por hombre contenida en el art. 21.3 de la C.A.D.H. y la prohibición de la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer la educación, ser nociva para la salud y para el desarrollo físico, psíquico, espiritual, moral o social, del niño (art. 32.1 CDN), con la seguridad y la higiene en el trabajo y con igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad (art. 7.b) y c) PIDESC).

Jornada limitada. La limitación de las horas de trabajo ha sido una ardua conquista de la lucha de los trabajadores y trabajadoras. Justamente el 1º de mayo recuerda el sacrificio de un grupo de mujeres trabajadoras que, en los EE.UU., fueron quemadas vivas en el interior de una fábrica por reclamar la reducción de las horas de trabajo. Esta garantía está íntimamente vinculada con otras (como el salario mínimo, vital y móvil) a fin de obtener su plena efectividad, ya que, como sucede en la práctica actual, los magros salarios tornan ilusoria la misma, ya que se hacen necesarios dos trabajos o el cumplimiento de "horas extras", para asegurar el sustento mínimo necesario, burlándose así la previsión constitucional. De allí que, en la práctica, esta disposición, como otras del presente capítulo, están vinculadas con la manda constitucional del art. 75 inc. 19, primer párrafo, de un desarrollo económico con justicia social.

Descanso y vacaciones pagados. Como bien señala Midón (365) este principio coadyuva a los propósitos que persigue la jornada limitada de trabajo. Como asimismo si bien la práctica es derivar el pago de las vacaciones concluidas las mismas, el espíritu del constituyente fue otro, es decir, que fueran satisfechas con antelación. Que debe tenerse en cuenta además, que conforme la disposición del art. 7.d) del PIDESC, esta relación, entre jornada limitada de trabajo y estos beneficios, surge explícita, y además, el descanso debe estar asociados con el disfrute del tiempo libre, con todo lo que ello implica y con la remuneración de los días festivos. El descanso se vincula con la existencia de un tiempo, dentro de la semana laboral, que no sea laborable y las vacaciones, con la existencia de un período continuo, de relativa extensión que permita darle tal carácter, durante el año laboral.

Retribución justa y salario mínimo, vital y móvil. El carácter descrito de la remuneración está vinculado con la garantía de condiciones dignas de existencia, para el trabajador y su familia (art. 7.a.II del PIDESC), el que a su vez se materializa, con lo dispuesto en el art. 11.1 del mismo, al calificar como nivel de vida adecuado, el que garantiza la alimentación, el vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de las condiciones de existencia. (Conf. art. 7.a) del Protocolo Facultativo de San Salvador). Además, el carácter de mínimo, se relaciona con que no puede existir, en similares condiciones de trabajo, remuneración por debajo de ésta. El carácter de vital, se vincula con la satisfacción de las necesidades básicas que hacen a un nivel de vida adecuado y finalmente, el carácter de móvil, se relaciona con la posibilidad de su modificación, en la medida en que, los indicadores económicos del momento reflejen que su importe es insuficiente para satisfacer el carácter vital

del mismo. El referido salario, reglamentariamente, y como regla en estas últimas décadas, ha estado muy por debajo de la satisfacción de los parámetros constitucionales. Conforme lo antes expresado, debe entenderse que, al menos, el salario de referencia debe permitir al trabajador percibir una remuneración que le permita vivir en condiciones mínimas por sobre el nivel de pobreza. Los niveles pasados, y presente, que están muy por debajo de ello, tornan la misma en inconstitucional. Y generan como consecuencia, en gobiernos que tienen la obligación "de obrar en todo, en conformidad a lo que prescribe esta Constitución" y a "observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina" (arts. 67 y 93 de la C.N.), el deber de adecuar la misma a los niveles que la constitución impone, ya que, de lo contrario, la imposición constitucional resultaría un mero enunciado abstracto, contrario a cualquier interpretación legítima al respecto, máxime que el mismo texto, con la reforma de 1994, en su art. 36, reivindica su imperio, aun frente a los actos de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático.

Igual remuneración por igual tarea. Corresponde que la norma, al menos, sea interpretada en dos sentidos. En el primero de ellos, que debe existir un correlato entre todas las tareas que puedan calificarse como iguales, y la remuneración correspondiente a las mismas. Fundamentalmente está destinada a proteger la igual remuneración, correspondiente a trabajadores que se encuentran en la misma categoría de la misma actividad laboral, sin que ello impida que, sobre dicha base, se propongan adicionales por antigüedad, eficiencia o productividad. En el segundo de ellos, de prohibir toda forma de discriminación, y en especial, de garantizar la igualdad remunerativa por igual tarea, entre hombres y mujeres. Dicho criterio interpretativo se encuentra reafirmado, tanto por el art. 7.a).I del PIDESC, como por el art. 5.e).I de la CEDR y el art. 11.a).b).c) y d) de la CEDM. En relación con esta última norma, aplicable, además, tanto en lo referente al derecho de acceso al trabajo, al ejercicio de la libertad de elegir un trabajo o cambiarlo, como lo referido a la igualdad de oportunidades de acceso al mismo.

Participación en la ganancia de las empresas. Podemos afirmar que, en el contexto liberal-capitalista, la presente disposición refleja, en grado máximo, la voluntad del constituyente de conciliar los intereses obreros y patronales, al hacerlos partícipes, a los primeros, de las ganancias de los segundos, y para ello, autorizar a los trabajadores a controlar la producción y a colaborar en la conducción de las empresas. Como es de prever, ello jamás se materializó normativamente en la Argentina, confirmando así que, tal anhelo conciliatorio es una estrategia del capitalismo dominante de clase y no un análisis objetivo de la realidad social. Pero aun así, es de afirmar que, existiendo la previsión constitucional, su incumplimiento es violatorio de su texto, y torna inconstitucional el obrar omisivo del Congreso Nacional a dicho respecto, el que puede ser reemplazado por la decisión judicial. (Midón, 368).

Que si bien, por otra parte, es acertado sostener que el precepto constitucional formula un criterio participativo con relación a las ganancias, y no respecto a las pérdidas, diferenciándolo del contrato de sociedad (Midón, 369); es dable expresar que, a tenor del espíritu que emerge de la misma, ello

no enerva que sean los propios trabajadores, a través de su gestión, quienes generen tales ganancias, y por ende, resulte constitucionalmente legítimo, el régimen de "Fabricas Recuperadas" por los trabajadores, a fin de garantizar, con su continuidad, el derecho a trabajar y a proveerse de un nivel de vida adecuado, asegurando la continuidad productiva y la del esfuerzo obrero en su realización, fijando plazos suficientemente prolongados para ello, (diez a veinte años, por ejemplo) frente al abandono productivo de sus propietarios, y sin que ello represente privar de la propiedad a sus titulares, y condicionando, por iguales razones, los derechos de los acreedores, en los casos de quiebras o concursos comerciales, lo que entendemos se encuentra amparado por lo dispuesto en el art. 21.1 de la CADH que habilita la subordinación de su uso y goce al interés social. Ello sin excluir la vía expropiatoria como alternativa a lo expuesto.

Protección contra el despido arbitrario. En primer lugar, cabe expresar que se trata de la protección frente al despido incausado, es decir, cuando no se configura ninguna de las razones, por las que, la propia ley, habilita al empleador para despedir. Ahora bien, frente a las posibles formas de tal protección, la legislación argentina ha optado por el de la estabilidad impropia, es decir, si el despido es sin causa, le corresponde al trabajador una indemnización, consecuencia de ese obrar del empleador. La otra forma doctrinariamente admitida, es la que sostiene que frente al despido incausado, debe primar el principio de estabilidad absoluta en el empleo, es decir, la recuperación del puesto de trabajo.

A dicho respecto me permito reflexionar lo siguiente. En primer lugar que, aun admitido el despido en algunas de sus formas, ello no necesariamente, en los términos de la constitución, puede llevar a afirmar, con carácter absoluto, que ninguna forma de protección de la estabilidad propia sea posible, ello en el contexto de la reglamentación razonable que impone el art. 28 de la C.N. Razonablemente, como la ley lo prevé, tanto por razones vinculadas con la conducta propia atribuida al empleado, como por razones de carácter económico o productivo, puede habilitarse el ejercicio del derecho a despedir por el empleador, o la de limitar sus consecuencias indemnizatorias. Pero, ahora bien, frente al despido arbitrario, entendido éste como el ausente de toda razón o fundamento legítimo, y ante situaciones de crisis de empleo, (altos índices de desocupación), que el Congreso, razonablemente, opte, como el medio menos gravoso, por la alternativa de la estabilidad propia. (En vez de optar, como lo hizo, por la duplicación de los topes indemnizatorios). (Que dicho criterio se compadece además, con los términos del art. 7.d) del Protocolo Facultativo de San Salvador, que admite, frente al despido injustificado, el derecho a una indemnización o el derecho a la readmisión del empleo, conforme las previsiones de la ley nacional).

Asimismo, debe tenerse en cuenta especialmente la prohibición del despido por razones de maternidad o en razón del estado civil contenida en el art. 11.2.a de la CEDM.

Por otra parte, entiendo que las condiciones de precarización laboral, desarrolladas por la ley 24.013, limitando los efectos indemnizatorios de los

despidos incausados, y la estabilidad, aun impropia, respecto a determinadas contrataciones laborales, resultan, en principio, inconstitucionales. En primer lugar, porque contradice el claro espíritu protectorio de la relación de empleo, a favor de los derechos e intereses del trabajador, que el contexto de la disposición constitucional deja traslucir. Y, en segundo lugar, porque resulta irrazonable, conforme la propia experiencia lo demostró, pretender combatir la desocupación y el desempleo, debilitando la relación laboral, en vez de procurar fortalecerla, frente a las situaciones de crisis.

La estabilidad en el empleo público. Aquí, al igual que al referirse a los representantes gremiales, la constitución garantiza la estabilidad propia o absoluta. Con lo cual, en el caso de la relación de empleo público, exige que, a los fines de la exoneración o cesantía, ello sólo sea posible, previo sumario administrativo que garantice los derechos de defensa en juicio y debido proceso. Además ello permite que el trabajador mantenga relaciones judiciales controvertidas (por diferencias salariales, p. ej.) con el Estado, sin que ello implique riesgo a su continuidad laboral. Sin perjuicio de ello, y desnaturalizando los alcances del precepto, la CSJN ha afirmado que frente al despido el empleado público, tan solo tiene derecho a ser indemnizado (Fallos-307-878). Por otra parte, las denominadas leyes, de prescindibilidad, que permiten la cesantía del empleado público, y de emergencia, que permiten las designaciones en comisión, agregado ello a la generalización, por parte del Estado, de la contratación de servicios, de naturaleza civil, y la creación, por ley, de categorías de trabajadores públicos, cuya situación frente a la estabilidad es diversa (Planta Permanente- Planta Temporaria- y otras), verdaderamente han "pulverizado" la efectividad de tal garantía constitucional, de la relación de empleo público. Y por supuesto, muchas veces ello está asociado a motivos persecutorios de diversa índole, o a la necesidad de "copar políticamente" la administración pública por el partido que triunfa en las elecciones o "devolver favores", considerados políticamente correctos y necesarios. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que esta violación sistemática de la garantía de estabilidad propia, además, ha sido uno de los "coladores necesarios" para que la corrupción administrativa continúe gozando de buena salud. La obligación de los poderes públicos de cumplir con la constitución impone revertir esta práctica institucional y legislativa, notoria e incuestionablemente inconstitucional.

Los derechos gremiales

Organización sindical libre y democrática, reconocidas por la simple inscripción en un registro especial. Primeramente, hay que señalar que, conforme lo disponen el art. 8.1.a) del PIDESC y el art. 8.1.a) y 3 del Protocolo Facultativo de San Salvador, se garantiza a los trabajadores: el derecho a organizar sindicatos para la promoción y la protección de sus intereses, a afiliarse libremente a los mismos y a no ser obligado a pertenecer a un sindicato. Es una de las formas particulares de ejercicio del derecho de asociación (art. 14 C.N.). Por otra parte, se garantiza a dichas organizaciones gremiales el derecho a constituir federaciones o confederaciones nacionales, y a éstas a formar

organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a ellas (art. 8.b del PIDESC), sin perjuicio de lo cual, cabe señalar que, conforme los términos del art. 8.1.a del Protocolo Facultativo de San Salvador, este último derecho, también le estaría reconocido a los sindicatos. Debemos indicar, asimismo, que conforme lo dispone el art. 8.c del PIDESC y el art. 8.1.a y 2 del Protocolo Facultativo de San Salvador, se debe garantizar su libre funcionamiento, estando sometido exclusivamente a las restricciones impuestas por ley, necesarios para salvaguardar el orden público, proteger la salud y la moral pública y en derecho de terceros, siempre que tales restricciones y limitaciones sean propias de una sociedad democrática. Finalmente, se autoriza su especial restricción respecto a las Fuerzas Armadas y de policía, al igual que a otros servicios públicos esenciales. Respecto a los dos primeros me remito a la crítica formulada al referirme al Derecho de Asociación, Módulo VII); Respecto al último cabe expresar que tal reglamentación no puede alterar el derecho de que se trata, conforme las disposiciones del art. 28 de la C.N. (Nos remitimos, en general, al Módulo V).

Es claro que, estando consagrado en forma expresa, tanto en el art. 8.b) del PIDESC, como en el art. 8.1.a) del Protocolo Facultativo de San Salvador, el derecho de los sindicatos a constituir federaciones o confederaciones nacionales, que la ley nacional que establece la existencia de una confederación nacional única de trabajadores es inconstitucional, máxime si consideramos que tal restricción, de modo alguno, responde a necesidades propias de una sociedad democrática.

Por otra parte, la distinción que la ley reglamentaria efectúa entre gremios con inscripción gremial y gremios con personería gremial, también entiendo resulta inconstitucional, en la medida en que el art. 14 bis dispone su reconocimiento como tales por su sola inscripción en un registro especial de carácter general, cumplido lo cual, no pueden establecerse categorías diferenciadas entre los gremios así reconocidos, conforme distintos tipos de registración, máxime cuando las mismas son concedidas por el propio Estado, cuando la constitución no las admite expresamente, y si garantiza el pleno ejercicio de determinados derechos. Además entiendo que el término "simple" pone un claro límite al poder reglamentario del Estado, que impide el establecimiento de exigencias múltiples y engorrosas para su obtención, y toda forma de control ideológico o político.

Y que a este respecto debe coincidir con lo sostenido por Midón (372) en el sentido de que "Innegablemente resulta que el entrecruzamiento de estas cuestiones conduce al partidismo del gremio y el partidismo es la desnaturalización de los propósitos que hacen a su existencia".

Garantía a los gremios de concertar convenios colectivos de trabajo y de recurrir a la conciliación y al arbitraje. La celebración de Convenios Colectivos de trabajo, está referida a la potestad que tienen las organizaciones gremiales de acordar, con la parte patronal, sea ésta privada o pública, la celebración de condiciones generales y particulares de trabajo, conforme las características propias de la actividad de que se trate. Su fundamento último está

dado en la debilidad individual del trabajador, en la relación de trabajo, que pretende equilibrarse a partir de una negociación de carácter colectivo. Pero a su vez exige, una auténtica representación de los intereses obreros en las organizaciones gremiales, a fin de que estos no terminen transformándose en acuerdos de superestructura, de tono perjudicial. La historia reciente de la Argentina de las últimas décadas ha reflejado que, muchos de los retrocesos legislativos y convencionales, en relación con la protección efectiva de los derechos obreros, han contado con la complacencia y el acompañamiento de las organizaciones gremiales, o de gremialistas devenidos en legisladores nacionales, transformándose en voceros autorizados de los proyectos de ajuste impulsados por el sistema económico dominante.

De igual modo, si bien los gremios pueden, conforme la constitución, recurrir a la conciliación y el arbitraje, a los fines de dirimir los conflictos con la parte patronal, la regulación legislativa de la denominada conciliación obligatoria es, al menos, de dudosa constitucionalidad, ya que la misma habilita al Estado a recurrir a tal conciliación, en forma imperativa, lo que desnaturaliza, el carácter opcional, que tiene en la constitución a favor de los gremios.

El derecho de huelga. El mismo se constituye en la única herramienta constitucionalmente válida de resistencia y defensa de los derechos e intereses obreros. De allí la importancia de la habilitación de su ejercicio efectivo. Como surge del art. 14 bis, y del art. 8.1.d del PIDESC y del art. 8.1.b del Protocolo Facultativo de San Salvador, dicho derecho está reconocido, en principio, a los gremios o como derecho sindical. Como todo derecho está sujeto a reglamentación y no es de carácter absoluto, pero la misma debe responder a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y opción de los medios menos gravosos. En ese contexto, si bien es admisible su reglamentación frente a servicios públicos de carácter esencial (art. 8.2 del Protocolo Facultativo de San Salvador) ello no debe impedir o reducir notoriamente la viabilidad de su realización; como también, debe tenerse en cuenta que, la provisión de tales servicios esenciales, como la responsabilidad de la medida por el incumplimiento efectivo de los derechos de los trabajadores constitucionalmente garantizados, también recaen en el Estado, el que, de modo alguno, pueda hacer responsables exclusivos de su afectación a los trabajadores, conforme es de estilo. Que por otra parte, en lo que se refiere a la potestad Estatal reglamentaria, de decretar la ilegalidad de la huelga, ello debe ser ejercido con extrema prudencia, y en los casos en que la misma resulte un ejercicio manifiestamente arbitrario del derecho, ya que de lo contrario, se daría al Estado la posibilidad concreta de neutralizar su realización o de manipular la misma, conforme los intereses políticos en juego. Por otra parte, estando este derecho, en principio, reconocido a los gremios, su ejercicio por los denominados sindicatos de base no puede estar sujeto, al acuerdo o conformidad de organizaciones gremiales de segundo o tercer grado. Finalmente, como bien sostiene Bidart Campos (1-417) el hecho de que el constituyente de 1957 haya reconocido el derecho de huelga a los gremios, de modo alguno enerva el derecho que, por aplicación del art. 33 de la C.N., y la práctica anteriormente vigente, que se entiende el constituyente no puede haber des-

mejorado o perjudicado, también se le reconozca implícitamente a otros titulares no mencionados explícitamente, como sujetos habilitados a declararla y conducirla, por cuya razón las normas que limitan los sujetos habilitados a ello devienen en inconstitucionales. (En contra Midón-374).

Garantías de los representantes gremiales. A los fines de asegurar la gestión de los representantes gremiales, que entiendo no sólo incluye a los integrantes de la Comisión Directiva o Consejo Directivo del Sindicato, sino también, a los delegados de base, la constitución garantiza genéricamente las garantías necesarias para ello, y específicamente, la estabilidad en el empleo. Si bien se ha entendido en sentido estricto que ello se encuentra garantizado por el derecho a licencia para el ejercicio del cargo, como por su estabilidad en el puesto laboral, mientras dure la representación gremial, y durante un lapso posterior a su cese (Midón-375), ello implica, además, las garantías necesarias para realizar las asambleas de trabajadores en los propios lugares de trabajo, con la participación de los delegados o representantes gremiales, y a su convocatoria, en condiciones de razonabilidad. O la permanencia en los lugares de trabajo, en los casos de amenaza cierta de "vaciamiento empresarial" o "cierre definitivo" de la actividad productiva o de servicios, que puedan tornar abstracta la gestión gremial emprendida.

El derecho a trabajar. Que conforme lo dispone el art. 6.1 del PIDESC, los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y el inc. 2 obliga al Estado parte a tomar medidas adecuadas para garantizar este derecho, hasta el logro progresivo del pleno empleo. Por su parte el art. 6.1 y 2 del Protocolo Facultativo de San Salvador también afirma el Derecho al Trabajo, en términos similares y haciendo especial mención a la situación de los minusválidos y de la mujer para acceder al mismo.

El Comité de UN de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha sostenido que "El derecho comprende tanto el derecho a un empleo como el derecho a no ser privado injustamente del mismo. Los Estados Partes deben aplicar los principios básicos establecidos en el art. 2 para garantizar la plena efectividad del derecho a trabajar". (Boletín Informativo N° 16 (Rev. 1).

Por ende, el derecho a trabajar se encuentra expresamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y corresponde al Estado Nacional, a los fines de ir progresivamente arribando a su plena efectividad, en los términos del art. 2 del PIDESC (sobre su alcance general remitidos a lo expuesto en Módulo II), a cuyo fin debe tomar las medidas legislativas, técnicas, programáticas y/o de otra naturaleza, tendientes a tal fin.

Derecho a la educación

En principio, nuestra Constitución Nacional, en su art. 14, consagra el derecho a enseñar y aprender, entendido como el derecho a poder elegir qué

estudiar y dónde estudiar; y la de los padres de tener el derecho de optar por una enseñanza alternativa a la oficial para sus hijos, o de procurar que sus hijos reciban una educación acorde a su orientación religiosa; y por otro lado, el de enseñar, que comprende el derecho a ejercer la actividad docente, la de crear, organizar y dirigir instituciones educativas conforme las leyes; y de decidir, aun dentro de marcos programáticos generales, sobre sus contenidos, de lo cual es reflejo, en el ámbito universitario, del derecho a la libertad de cátedra. (Ello sin perjuicio de su asociación con otros derechos consagrados como el Derecho a la Información). Es decir, el derecho a la educación como un derecho individual.

La reforma constitucional de 1994, en primer lugar, incluyó, en el art. 75 inc. 19, tercer párrafo, y dentro de la facultad legislativa del Congreso Nacional de dictar leyes de organización y de base sobre el tema, una serie de pautas generales en la materia, propias, como ya advertimos anteriormente, de la parte dogmática de la Constitución.

Pasaremos a analizar sus contenidos:

Sancionar leyes de organización y de base de la educación: A este respecto debe tenerse en cuenta que, conforme lo dispone el art. 5 de la C.N., la enseñanza primaria, corresponde sea asegurada por las Provincias; la que, por imperio de los arts. XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 13.2.a) del PIDESC y 13.3.a) del Protocolo Facultativo de San Salvador, debe ser gratuita. A lo que debe sumársele, a partir de la reforma, el rol en materia educativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme su propia organización Estatutaria (art. 129 C.N.) Y tenerse en cuenta, asimismo, que los servicios educativos secundarios, técnicos, artísticos y profesionales, a cargo originariamente del Gobierno Federal, actualmente se encuentran transferidos a las Provincias. Por último, cabe relacionar las disposiciones del art. 75 inc. 18 y 19 referidas a las atribuciones del Congreso Nacional en la materia y lo establecido en el art. 125 "in fine" que refiere a la misma facultad, pero a cargo de las Provincias. Del conjunto de tales normas, en principio, cabe coincidir con Sagüés (II-178). que estamos ante una competencia concurrente entre la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Que el carácter de leyes de organización y de base, dan a las mismas el carácter de más generales a éstas, quedando a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Bs. As., la regulación más específica o particular sobre la materia. Y que en caso de colisión entre normas provinciales, de la Ciudad Autónoma o Nacionales, deberán primar estas últimas si existe un interés federal razonable en las mismas. Finalmente, y coincidiendo aquí con Gelli (507), dicha generalidad debe ser tal de no diluir el federalismo y la autonomía de las Provincias (Y de la Ciudad Autónoma de Bs.As.) en materia de educación. Que a los fines de interpretar el interés federal primario en estas normas generales del Congreso, debemos remitirnos a lo que establece la Constitución en el art. 75 inc. 19, tercer párrafo, al referirse a la "Consolidación de la unidad nacional, respetando las particularidades provinciales y locales".

A continuación, el constituyente, señala aquello que dichas leyes de organización y de base sobre la educación deben asegurar. A saber:

La responsabilidad indelegable del Estado. En principio, frente a un sistema educativo como el nuestro en que, conviven, además, un servicio público y un servicio privado, el constituyente reafirma el carácter principal, de responsabilidad ineludible del Estado, del servicio público educativo, y el carácter subsidiario o complementario del servicio privado. Es decir, fulmina de inconstitucionalidad, todo intento legislativo que pretenda "privatizar la enseñanza" en términos, más o menos, generales y ni hablar, con carácter absoluto. Ello implica, además, el control por parte del Estado de los servicios privados educativos y la ayuda financiera a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Bs. As., a fin de mantener la prestación del servicio y la calidad educativa. (Que a su vez reafirma el art. 75 inc. 3 en lo referente a la transferencia de competencias, servicios o funciones).

La participación de la familia y de la sociedad. Se reafirma el proceso educativo, como interacción colectiva, ya que en él se encuentran implicados, no sólo los derechos e intereses propios y exclusivos de los alumnos y de los docentes, sino también la de los padres, y la de la sociedad toda, en la medida en que la educación, no sólo es pilar de la realización del proyecto de vida personal, sino también del proyecto general de país que involucra a toda la sociedad. Además constituye una puerta más que abre nuestra constitución reformada hacia una democracia participativa.

La promoción de los valores democráticos. Ello se inscribe, en primer término, en la relación Democracia-Derechos Humanos y en la defensa del orden institucional y del sistema democrático. Y luego, en el rescate de valores tales como la solidaridad, el compromiso, la participación, la justicia social, el interés general y el bien común. Para por último referir a la comprensión de un sistema de convivencia, basado en las necesidades de una sociedad democrática.

La igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. Con ello, el constituyente reafirma la aplicación del principio de igualdad material en materia de educación, y que por ende, no pueden ser las diferencias económicas o sociales, razones que impidan, el acceso a los diversos niveles de la educación, como asimismo, el cumplimiento de las exigencias curriculares. Y asimismo, impide realizar distinciones discriminatorias en el ámbito educativo, que obstaculicen el ingreso al sistema o su permanencia en el mismo.

Y a su vez, dichas leyes de organización y de base deben garantizar:

Los principios de equidad y gratuidad de la educación pública estatal. Al respecto se han formulado diversas posturas, que sintetizaremos del modo que siguen:

Que los conceptos de gratuidad y equidad se complementan, en el sentido de que, con la equidad, el Estado asume la obligación de proveer a los

habitantes los medios suficientes para acceder a la educación gratuita. Es decir que prevalece la gratuidad y que la equidad viene en auxilio de la insuficiencia de la primera, si no resulta suficiente para garantizar el acceso y permanencia en el sistema educativo (Sagüés -II-180).

Que la directiva constitucional es flexible, que implica la aplicación pragmática de los principios de solidaridad y justicia social, es decir que la gratuidad funcionará en la medida en que sea equitativa. Es decir que no impone con carácter absoluto que la educación que proporcione el Estado en todos los niveles deba ser gratuita, sino que podrá establecer contraprestaciones en forma directa o indirecta, según la situación particular del titular del derecho a aprender (Dromi-Menem-187).

Que por aplicación de los principios constitucionales de solidaridad consagrados en el art. 75 inc. 3 y 19 y de igualdad material establecida en el art. 75 inc. 23 el principio de equidad fortalece el principio de gratuidad pero no lo convierte en un principio absoluto. Ello permite que políticas de arancelamiento parcial de los estudios universitarios pueden hacer más igualitario y equitativo el acceso a quienes no cuentan con los medios necesarios e impide que los estudiantes y familias con recursos sean financiados por los contribuyentes más necesitados (Gelli-508/509).

Por último, hay que señalar que la Ley de Educación Superior actualmente vigente 24.521 (en aparente proceso de reforma) como la jurisprudencia de la CSJN, adoptaron, en general, el criterio expuesto en segundo término. (Que hemos citado en el Módulo II).

Mi opinión personal sobre el tema. En primer lugar, conforme lo señalamos al inicio del presente tema la enseñanza primaria, se impone como gratuita, por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos Jerarquizados Constitucionalmente o ratificados por la Argentina. En segundo lugar, el principio de progresividad hacia la gratuidad plena de la enseñanza, en los restantes niveles educativos, incluyendo el universitario, surge de lo dispuesto por el art. 13.2.b) y c) del PIDESC y el art. 13.3.b) y c) del Protocolo Facultativo de San Salvador. Como ya insistimos en forma reiterada el principio de progresividad es un camino hacia la plena satisfacción del derecho consagrado, y no un justificativo para el indefinido no logro de su plenitud. (Módulo II). Por otra parte, conforme reglas interpretativas de los tratados de derechos humanos jerarquizados, los mismos no pueden serlo en el sentido de admitir restricciones o menoscabos de los derechos humanos reconocidos y vigentes en un país, ya sea por leyes internas, convenciones internacionales, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el Pacto o Convención de que se trate lo reconoce en menor grado (art. 5.2 del PIDESC; art. 4 del Protocolo Facultativo de San Salvador, entre otros). Ahora bien, al aprobarse la reforma constitucional de 1994 ¿Cuál era la situación de la enseñanza universitaria pública en relación a la gratuidad? Era plenamente gratuita, particularmente en la enseñanza de grado. Es decir que la obligación progresiva impuesta por los tratados antes mencionados, y que en el caso del PIDESC regía en el derecho

argentino, previo a su jerarquización constitucional, desde 1986, se había efectivizado plenamente. Con lo cual el principio de equidad *no puede ser interpretado en el sentido de menoscabar o limitar el principio de gratuidad* cuya plena efectividad estaba lograda al momento de la reforma constitucional, en cumplimiento de obligaciones internacionales preexistentes y que se reafirmaron con la reforma. Por ende, consideramos que la interpretación correcta es aquella que, respetando la plena realización de la gratuidad alcanzada en los distintos niveles de la enseñanza, complementa ella con la aplicación del principio de equidad, en los casos en que tal gratuidad resulta insuficiente para garantizar el acceso y la permanencia en el sistema educativo, por ejemplo, a través de becas.

La autonomía y autarquía de las universidades nacionales

El precedente constitucional de la autonomía universitaria como "derecho a gobernarse con autonomía dentro de los límites de una ley especial que reglamentará su organización y funcionamiento". Lo hallamos en el art. 37, Capítulo IV, punto 4 de la Constitución Nacional de 1949.

Juan María Gutiérrez, rector de la Universidad de Buenos Aires, en 1872, definía la autonomía universitaria del modo que sigue: "La universidad se gobierna a sí misma; dicta sus reglamentos, establece sus programas, elige y destituye a sus empleados, profesores y funcionarios, con arreglo a sus leyes internas que deben ser claras, precisas y conocidas del público y aprobadas por la legislatura". (En Sánchez Viamonte-159). En términos generales, podemos señalar que la autonomía se vincula con la actividad institucional de la universidad, sin interferencias del PEN, y la autarquía, (económica y financiera) con la administración de los recursos económicos que le provee principalmente, el Poder Ejecutivo Nacional. Coincidimos con Gelli (510) que el alcance máximo de la autonomía universitaria se expresa en la libertad académica para enseñar y aprender, para lo cual no debe haber imposiciones ni de los poderes del Estado ni de las propias autoridades universitarias.

Pero ello no implica que se trata de un poder soberano dentro del Estado. Sus decisiones están sujetas al control judicial, tanto en lo referente a sus conflictos jurídico-institucionales, como en la medida en que puedan afectarse derechos constitucionalmente consagrados de terceros, y sus actividades, a la reglamentación del Congreso Nacional, quien puede, conforme el art. 75 inc. 19 dictar leyes de organización y de base, respetando tanto su autarquía como su autonomía. De igual modo, también está sujeta a control, la administración que haga de los recursos públicos que se les transfieren.

La cuestión discutible gira en torno de la razonabilidad reglamentaria de la actividad universitaria, y el adecuado respeto de su autonomía y autarquía. La ley 24.521 generó diversas resistencias, al margen de la ya referida a la relación entre gratuidad y equidad de la enseñanza universitaria que la ley adoptaba, (CSJN_ Ministerio de Educación de la Nación-DJ-1999-3-375-23-05-1999-Voto de la Mayoría y votos en disidencia de los Dres. Fayt, Petracchi

y Bossert), sino en lo referente a la delimitación de la integración de los órganos de la universidad (CSJN-Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad de Luján-27-05-1999-DJ-1999-3-522-Voto de la mayoría y disidencia del Dr. Fayt) o vinculado con la inclusión del personal no docente en el órgano máximo universitario (CSJN-Ministerio de Cultura y Educación-31-05-1999-DJ-2000-I-827) o el vinculado con la potestad otorgada a las facultades de más de 50.000 alumnos a fijar sus propias pautas de admisión, más allá, de la decisión adoptada en general por la autoridad universitaria competente. (CSJN-Monges Analía-1996-LL-1997-C-143, voto de la mayoría y disidencia). En general, comparto el temperamento de los votos minoritarios: Considero que la cuestiones esencialmente políticas de la Universidad, que tienen que ver con la constitución de sus órganos de gobierno y las normas generales de funcionamiento, son propias de la Autonomía Universitaria, en la medida en que se garantice, ya sea a través de su Asamblea Universitaria, de su Consejo Superior o los respectivos Consejos Académicos, formas democráticas de elección de sus integrantes y funcionamiento. Y que, corresponde al Estado nacional elaborar leyes de organización y de base que estén destinadas, prioritariamente, a insertar la actividad universitaria dentro de un proyecto general educativo y de desarrollo económico y social para el país, que creo, lamentablemente, aún está ausente. Con ello estimo se garantiza más adecuadamente, el ejercicio de las atribuciones constitucionales, en el marco de la debida independencia de la Universidad de la influencia del Poder Ejecutivo Nacional.

La educación en los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados y ratificados por el estado argentino.

Deseamos destacar aquí algunas referencias que los referidos instrumentos contienen respecto a los contenidos de la educación. A dicho respecto cabe citar el art. 13.1 del PIDESC: Capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre; favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. El art. 10.c) de la CEDM que refiere a la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de la enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo, y en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza. El art. 29 de la CDN, que entre otros señala: Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas; inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y de sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que es originario y de las civilizaciones distintas de la suya; Preparar al niño para asegurar una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos, amistades entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; inculcar al niño el respeto al medio ambiente natural. Y por su parte, el art. 13.2 del Protocolo Facultativo de San

Salvador dice que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. La educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr la subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz.

Atento el rango constitucional de los tratados citados, o el carácter superior que las leyes (En el caso particular del Protocolo Facultativo de San Salvador), consideramos que tales contenidos son obligatorios, y por ende, si las leyes, programas o iniciativas educativas los vulneran son inconstitucionales.

Las actividades a favor de la paz, el respeto a la multiculturalidad, la educación para la democracia y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, o la igualdad entre los sexos, entre otros, son de total y absoluta actualidad, y necesaria implementación, en las currículas educativas de todos los niveles.

Por último cabe destacar que, con relación a las comunidades indígenas en particular, y con respecto a las minorías, en general, la constitución garantiza una educación bilingüe e intercultural (art. 75 inc. 17, segundo párrafo y art. 75 inc. 22 y art. 27 del PIDCP) con el fin de equilibrar el interés del Estado en la Educación, sea éste nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Bs. As., y el de las propias comunidades indígenas y de las minorías.

La protección integral a la familia

La Constitución Nacional, en su parte dogmática, reconoce la protección integral de la familia, inicialmente en el art. 14 bis. A los fines de dicha protección enumera tres modos particulares de la misma, a saber:

La defensa del bien de familia: El "Bien de familia" se encuentra expresamente protegido por la ley 14.394 (art. 34 y sigtes.). La referida norma lo define como el bien inmueble urbano o rural, cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de la familia. Sus efectos se producen a partir de la inscripción del bien, con tal carácter, en el Registro Inmobiliario correspondiente. Ellos son la innembargabilidad e inejecutabilidad del mismo, por deudas de su o sus titulares, con el fin de preservarlo como asiento del hogar familiar, es decir, la vivienda única familiar. Como consecuencia de ello, tal inmueble no es aceptado como garantía. Como derivación de tales características, por ejemplo, se ha rechazado la posibilidad de inscribir más de un inmueble en tal carácter, por un mismo titular y grupo familiar, o los terrenos baldíos. Además, como sus efectos se producen a partir de su inscripción, las deudas adquiridas con antelación a tal inscripción no se encuentran sujetas a los límites de embargo y ejecución que la norma dispone.

La compensación económica familiar. Legislativamente, ello se encuentra reglamentado a través del denominado "Salario familiar", que incluye el beneficio a favor de todo trabajador en relación de dependencia, de cobrar una asignación por esposa o esposo, e hijo o hijos, por familia numerosa, nacimiento, matrimonio o apoyo escolar. La aplicación de dicha norma, ha tomado en la práctica, insignificantes muchas de las estimaciones económicas correspondientes a tales rubros, como asimismo, limitado su procedencia conforme el monto total bruto percibido en concepto de remuneración por el trabajador, desvirtuando, y neutralizando los efectos, del mandato constitucional, constituyéndose en una verdadera alteración del mismo, prohibida por el art. 28.

El acceso a la vivienda digna: El punto lo hemos desarrollado en particular en el presente Módulo, a lo cual, nos remitimos.

Diversas disposiciones introducidas por la reforma de 1994, y a las que nos hemos ya referido, al abordar temas como el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a trabajar y en el trabajo y el derecho a la educación, complementan estas disposiciones analizadas. Por otra parte, y con especial referencia a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos Jerarquizados, cabe tener presente lo que expusimos al referirnos al derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo el derecho a alimentarse.

Analizaremos a continuación las disposiciones de los instrumentos internacionales de DD.HH. jerarquizados constitucionalmente, que en particular, abordan la cuestión.

El art. 10 del PIDESC reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad. Establece que el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. (Dichas disposiciones se complementan con lo dispuesto por el art. 16 de la DUDH que reconoce el derecho a casarse y a fundar una familia, sin discriminaciones por razones de raza, nacionalidad o religión, y a disfrutar de iguales derechos, de hombres y mujeres, en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio, esto último, además, reforzado por las disposiciones particulares de la CEDM (art. 16)).

Ello se complementa con la obligación estatal de protección de la madre antes, durante y después de parto por un tiempo razonable y de los niños y adolescentes, con medidas de protección y asistencia. Criterio confirmado por nuestra constitución en el art. 75 inc. 23. Por otra parte, dichos principios generales se encuentran confirmados y ampliados por los arts. 9, 18, 20, 32, 33, 34, 35 y 36 de la CDN, que protegen ampliamente el derecho del niño a conservar y mantener sus relaciones familiares, la igualdad de derechos y obligaciones de ambos padres con relación a sus hijos, y la obligación Estatal de protegerlo de toda forma de explotación.

Por su parte el art. 17 de la CADH, además de reafirmar estos principios y obligaciones generales, consagra el deber de la ley de reconocer la igualdad

de derechos tanto de los hijos nacidos dentro del matrimonio como los nacidos fuera de él (inc. 5).

A su vez, como tratado ratificado con superior jerarquía que las leyes, el **Protocolo Facultativo de San Salvador** hace referencia, en su art. 15.d, a la obligación del Estado parte de ejecutar programas de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Corresponde referirnos, en el contexto del derecho de toda persona a constituir una familia y de casarse, si la **unión civil de parejas homosexuales**, es constitucional. A dicho respecto me pronuncio favorablemente por los siguientes fundamentos generales: La homosexualidad es una opción sexual y no una patología sexual. Los derechos en análisis deben poderse ejercer sin discriminación alguna, la que incluye la fundada en razones de sexo o de condición social de cualquier tipo. Se respeta en su materialización el libre y pleno consentimiento de quienes participan de tal unión. Constituye una reglamentación razonable de tales derechos, para la situación particular, la que, a su vez, no altera el derecho a casarse y constituir una familia de las personas heterosexuales. No impide el ejercicio de la libertad de conciencia y de religión, ni a sus participantes, ni la de terceros. El concepto de familia, su integración, las características de las relaciones interpersonales que genera, en definitiva, su práctica, son construcciones culturales que van modificándose con el tiempo. La incorporación en el derecho del concepto de familia extendida; o del divorcio vincular; o de la igualdad del hombre y de la mujer dentro del matrimonio; o del reconocimiento de la existencia de las "Jefas de Hogar", por ejemplo, en mucho, se deben a modificaciones culturales y prácticas sociales que, en definitiva, el derecho no puede ignorar, en la medida en que no constituyen "per se" violaciones a derechos constitucionales consagrados. Por otra, frente a la habilitación del matrimonio de parejas homosexuales, en la legislación comparada, considero que, en la medida en que la misma constituye una opción sexual, y que, conforme lo dispone el art. 1.1. y 24 de la C.A.D.H., la prohibición de discriminar por razones de sexo, y la garantía del principio de igualdad ante la ley sin discriminaciones, entiendo que, en el contexto de nuestro sistema constitucional, ello no se encontraría vedado.

Con respecto al derecho a adoptar por parte de personas o matrimonios homosexuales, la cuestión pasa, a mi entender, por la demostración científica (y que por supuesto no le corresponde al derecho) de que la relación de un niño adoptado con una persona o un matrimonio homosexual, por sí misma, es decir de una forma directa, inmediata e ineludible, genera perjuicios a la integridad física, psíquica y/o moral del niño (aclarando, sobre este último tópico, que la aceptación de la homosexualidad no constituye una inmoralidad). Si ello no es así, o existe duda al respecto, considero que no hay impedimento constitucional a su aceptación. (Por los fundamentos generales que he expuesto más arriba). Ya que la probabilidad de tal lesión, está también presente en los matrimonios heterosexuales (Violencia familiar; explo-

tación del niño; incumplimiento de los deberes básicos de manutención; impedimento de contacto, abandono, etc. etc. etc.), incluyendo, que estos, desde una visión prejuiciosa de la homosexualidad, tampoco son escudo de indemnidad, frente a la posible homosexualidad de sus hijos. Y ello nos podría llevar, desde otro extremo, a prohibir, a los matrimonios heterosexuales, como forma de proteger la integridad del niño, que tengan hijos.

Que finalmente, en torno a la protección integral de la familia, debe tenerse en cuenta leyes particulares vinculadas con el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, la violencia familiar y el impedimento de contacto; y de tratados internacionales tendientes a garantizar la efectividad del vínculo de los hijos con ambos padres o de hacer efectivos los deberes alimentarios, aun fuera de las fronteras del Estado Parte.

Los derechos culturales

En la constitución Argentina de 1949, encontramos el precedente constitucional, tanto en lo referente al fomento y desarrollo de las ciencias y de las bellas artes, y a su libre ejercicio, a la función de formación de post-grado de las Academias, y la protección de las riquezas históricas artísticas e históricas, así como el paisaje natural, como patrimonio cultural de la Nación, sujetándola a expropiación y a impedir su exportación o enajenación, y asegurar su conservación (art. 37, Capítulo IV, puntos 5 y 7).

Los derechos culturales de toda persona, aparecen consagrados, en nuestra constitución vigente, de modos diversos.

Como derecho colectivo a la preservación del patrimonio cultural y natural. Establecido ello en el art. 41 de la C.N. Ello implica, tanto el derecho al efectivo ejercicio de la memoria colectiva, a través de la preservación del patrimonio cultural pasado y presente; como el de poder acceder y disfrutar del patrimonio natural, tendiendo a su preservación, a fin de impedir su pérdida, su destrucción, o su desnaturalización a partir de modificaciones urbanísticas que alteren su entorno.

Como derecho de las minorías a través de disposiciones como el art. 75 inc. 17 de la C.N. que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y su derecho a una educación bilingüe e intercultural, o como en el art. 27 del PIDCP, al reconocimiento de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a tener su propia vida cultural. (Nos remitimos además a lo desarrollado sobre el tema en Módulo IV-Diversidad cultural y Universalidad).

Como derecho de toda persona al facultar la C.N. en su art. 75 inc. 19, "in fine" al Congreso de la Nación a dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales. Y en el inc. 19 "primer párrafo" al establecer que el Congreso Nacional debe proveer lo conducente a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Ello se condice con las disposiciones del art. 15 del PIDESC. En la medida en que éste garantiza el derecho de toda persona a "Participar en la vida cultural", lo que significa poder gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones; y de la protección de sus intereses morales y materiales, a los autores de obras artísticas y científicas. Al igual que respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. Que asimismo, el art. 14.2 del Protocolo Facultativo de San Salvador, hace expresa referencia a la obligación Estatal de adoptar las medidas necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte, vinculando en este último caso, los derechos culturales con el derecho a la información.

Que por supuesto, tales derechos y libertades, deben poder ser gozados sin discriminación alguna.

Otras obras consultadas y/o citadas

Constitución Argentina de 1949, Editada para la IIª Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Buenos Aires, 1953.

Código Civil Argentino.

EIDE, ASBJORN y OTROS, *"Economic, social and cultural rights"*, a Textbook, Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 1995.

GROISMAN, CECILIA, *"Los derechos del niño en la familia"*, en estudios sobre la reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, 1995.

PALACIOS, ALFREDO, *"La defensa del valor humano"*, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1939.

ROLDÁN, DARÍO, JOAQUÍN, V., GONZÁLEZ, *"A propósito del pensamiento político liberal (1880-1920)"*, Biblioteca Política Argentina, N° 408, Ed. Ceal, Buenos Aires, 1993.

SAMPAY, ARTURO, ENRIQUE, *"La constitución argentina de 1949"*, Ediciones Revelo, Buenos Aires, 1963.