

## LA JUSTICIA SOCIAL Y SU PROTECCIÓN JURISDICCIONAL. CONSIDERACIONES CON OCASIÓN DE UN CASO JUDICIAL

por Mariano G. Morelli

---

«Existen en el ámbito del derecho constitucional ciertas corrientes que tienen con la pobreza una relación traumática, digna de ser analizada desde el complejo de culpa. Piqueteros, familias indigentes, niños desnutridos, ancianos desvalidos, etc., son vistos desde una óptica que permanentemente ignora qué es tan esencial para la vida, expresarse libremente como tener satisfechas las necesidades básicas. Para poder elegir a los representantes primero hay que poder acceder a un nivel de vida adecuado. Seremos intelectuales autócratas por perseguir la plena vigencia de los derechos sociales: es preferible ser un justificador de las actividades de las corporaciones que tienen como objeto empresarial la expresión»<sup>1</sup>.

### 1. Introducción<sup>2</sup>

Siglo XV. El complejo régimen político medieval, con poder disperso y gobiernos limitados, llegaba a su fin y en su lugar se fundaba el estado moderno, "soberano", de la mano del absolutismo de los monarcas. Poco a poco fue concentrando el poder territorial, político, militar, económico, e incluso religioso. El movimiento constitucional del siglo XIX se desarrolla, en algún sentido, como reacción frente a él. Buscó poner límites al poder del estado. Dividió el poder para intentar su control y dispersión. Declaró derechos y estableció garantías a fin de evitar que el gobernante se extralimitara, abusara de su poder, invadiera esferas reservadas a la libertad.

Pero sobrevino la revolución industrial. Ese estado limitado, parálitico, inmovilizado, fue testigo de la explotación del hombre por el hombre. Y nuevas cosmovisiones replantearon los roles sociales y estatales, y la pretendida

---

<sup>1</sup> Gil Domínguez, Andrés, *Un fallo sobre la vigencia de los derechos económicos. Cuando los jueces son más Kelsen y menos Schmitt*, en revista de Derecho de Familia, Buenos Aires, número 25, 2003, página 184

<sup>2</sup> Este trabajo se confeccionó sobre la base de la exposición del autor en el panel sobre Juicios de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad para la defensa de los derechos sociales, con especial referencia a la causa "Ortega" (Paraná), *Segundas Jornadas Nacionales y Terceras Jornadas Puntanas de Derecho Natural*, San Luis, setiembre del 2003.

abstención gubernamental en materia socioeconómica. Pero el constitucionalismo ya estaba fundado y su base constitutiva se organizó para asegurar que el estado no haga lo que no debe, y no para garantizar que tanto él como los demás grupos sociales cumplan con lo que deben... «Hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como “crisis de la capacidad regulativa del derecho”, a veces, aplastando al ser humano más débil en su más propia expresión, que es la dignidad»<sup>3</sup>.

El objeto de este trabajo es poner de manifiesto, a través de un caso judicial, las dificultades que presenta, constitutivamente, el derecho constitucional clásico para dar solución razonable a las exigencias más básicas de la justicia social y en tal sentido, la necesidad de pensar un nuevo derecho constitucional construido no con la intención obsesiva de poner límites a la autoridad sino de asegurar que contribuya al verdadero bien común, el respeto por los derechos fundamentales de todos los hombres y el cumplimiento de sus respectivos deberes.

## 2. El caso

El caso que nos ocupa posee un interés académico innegable<sup>4</sup>. Pone en juego arduas cuestiones técnicas. Pero solo una mirada superficial puede

---

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Edit. Trotta, Madrid, 1999, página 30

<sup>4</sup> La resolución que fijó la medida cautelar puede consultarse en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2002, página 7, J.Menores Nro. 2, Paraná, 28/6/02,

concebir que estas cuestiones técnicas son las únicas comprometidas. El caso tiene la virtud de comprometer y por ello poner de manifiesto valoraciones profundas que justamente dan sentido a todo el ordenamiento, y que se debaten en él<sup>5</sup>.

Tres niños morían de hambre. Sus padres, residentes en la ciudad de Paraná, habían intentado infructuosamente procurarles alimento, buscando trabajo, mendigando ayuda y planes sociales. Inician, a través del Defensor de Menores, una acción de amparo contra el gobierno provincial para que los incluye en algún programa alimentario. El tribunal acogió la demanda y como medida cautelar resolvió ordenar la provisión de alimentos mínimos para el grupo familiar a través de un supermercado cuyo costo podría descontar de sus obligaciones impositivas frente a la provincia, si esta no abonaba los alimentos dentro de un plazo preestablecido. Además ofició a la Cámara de la Construcción para que invite a las empresas a dar trabajo al padre de la familia. La decisión confirmada por el Superior Tribunal de la Provincia. El hecho de que el juez interino que dictó la medida cautelar iba a ser y fue reemplazado en el cargo pocos días después del fallo<sup>6</sup>, podría merecer otras consideraciones de las que no podemos ocuparnos aquí.

Detengámonos un momento en los hechos del caso.

Tres niños morían de hambre. ¿Por qué? Porque su familia no podía alimentarlos ni obtener ayuda para hacerlo. Por la crisis económica, se dirá... no alcanza... Viene aquí a cuento una ilustradora semblanza del presidente ecuatoriano Gabriel García Moreno, asesinado por la masonería cuando había sido electo por tercera vez: «Una tarde, pasando por Guayaquil, visitó el hospital, como solía hacerlo cada vez que llegaba a una ciudad. Aquél día se encontró con un espectáculo vergonzoso: los enfermos estaban tendidos en el

---

*Defensor del Superior Tribunal de Justicia c/Provincia de Entre Ríos y en La Ley Litoral*, 2002, página 847. El expediente completo puede consultarse en [www.defensapropia.org.ar](http://www.defensapropia.org.ar)

<sup>5</sup> Aunque no coincidimos con la cosmovisión social y antropológica que los sustenta, sobre la relación entre la economía y el derecho familiar puede consultarse el volumen 22 de la revista de Derecho de Familia, Buenos Aires, 2003; y en particular los artículos de Corti, Horacio, *Presupuesto, familia y carácter expansivo de los derechos humanos*, página 17, Wainerman, Catalina, *Empleo y desempleo desde la perspectiva del género*, página 114 y Herrera, *Políticas sociales destinadas a madres jefas de hogar*, página 29.

<sup>6</sup> Cfr. diario La Nación, Buenos Aires, del 12 de julio del 2002

suelo, sobre precarias esteras. Indignado, le dijo al gobernador, que lo acompañaba: -Estos pobres infelices están muy mal acostados, ¿cómo que no se les provee lo necesario? -Señor presidente, carecemos de recursos... -Lo cual, por lo que veo, no impide que usted goce de buena salud y se acueste en buenos colchones, mientras estos desgraciados enfermos tienen que dormir por los suelos. -Le prometo, señor presidente, que dentro de pocas semanas quedarán remediadas sus necesidades. -Bueno, pero no dentro de pocas semanas, porque no tienen tiempo de esperar. Usted se acostará aquí en una estera y en el suelo esta misma noche y todas las que sigan, hasta que cada enfermo de éstos tenga un colchón y su avío decente. Por supuesto, que antes de terminar ese día, hubo camas y colchones para todos los enfermos, y el gobernador pudo dormir tranquilamente en su casa»<sup>7</sup>. Había colchones. Y también hay alimentos para todos. Y si tres niños mueren de hambre, es necesariamente porque no le tocó alimento en el reparto, porque otros tienen su alimento... Todos coincidiremos en que estos tienen derecho al alimento, al menos mínimo, para conservar la vida... Lo exige el derecho natural y multitud de normas del derecho interno e internacional.

¿Quiénes se han quedado con el alimento de estos niños? “Tu eres un verdadero ladrón”, decía San Basilio al cristiano, pues “el pan que no necesitas le pertenece al hambriento. Los vestidos que ya no usas le pertenecen al necesitado. El dinero que gastas en lo que no es necesario es un robo que le estás haciendo al que no tiene con qué comprar lo que necesita”. Si sabemos con los Santos Padres que lo superfluo del rico pertenece al pobre<sup>8</sup>, y con Tomás de Aquino que en caso de necesidad todas las cosas son comunes<sup>9</sup>, hay muchos que tenemos parte de ese alimento... aunque no todos en la misma medida. ¿Cómo no encontrar el dinero necesario para dotarlos de una dieta mínima en las cuantiosas sumas obtenidas por organismos financieros, bancos, propietarios de concesionarios de servicios públicos, dirigentes políticos, sindicales, empresarios, funcionarios públicos, cuyas necesidades básicas no se vieron comprometidas en lo más mínimo por una crisis que sin

<sup>7</sup> Saenz, Alfredo, *El pendón y la aureola*, ed. Gladius, Buenos Aires, 2002, pág. 206

<sup>8</sup> Cfr. *Diccionario social de los Padres de la Iglesia*, editorial Edibesa, Madrid, 1997; Palumbo, Carmelo, *Cuestiones de doctrina social de la Iglesia*, editorial Cruz y Fierro, Buenos Aires, 1982, Cap. III, *Los santos padres y la función social de la propiedad*.

<sup>9</sup> Suma Teológica, II-II, q. 66, a. 7, c.

embargo mata niños y ancianos de hambre y de frío? No en vano Alterini, al elogiar el fallo, recuerda el eterno tema de la deuda externa<sup>10</sup>...

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la pregunta acerca de qué puede hacer el derecho constitucional, y un tribunal a cargo de su funcionamiento, para evitar que otros se sigan quedando con la comida de estos niños.

### **3. La interpretación del caso —insuficiente— desde el derecho constitucional clásico**

Si recurrimos a la doctrina clásica del derecho constitucional, en la mayoría de sus formulaciones, podremos acceder a una lista bastante nutrida de argumentos que servirán para fundamentar la imposibilidad del tribunal de dar una solución rápida y útil a lo requerido por esta familia de indigentes. Vamos a enunciar algunas de ellas:

- 1.- Ausencia de previsión normativa expresa: no hay norma que reconozca en forma expresa y específica recursos judiciales para obtener directamente una prestación ante la violación de derechos sociales por omisión.
- 2.- División de poderes 1: las cuestiones vinculadas con el diseño de la política económica son facultades privativas del Poder Ejecutivo, y el Poder Judicial debe abstenerse de intervenir en las esferas que son privativas de los otros poderes. La autolimitación del poder judicial es indispensable justamente para conservar el poder que tiene.
- 3.- División de poderes 2: las cuestiones socio-económicas ponen en juego criterios político-presupuestarios, arquitectónicos, que van mucho más allá de un caso concreto, que los jueces no están en condiciones de abarcar y que sería peligroso que lo hiciesen por el riesgo de “gobierno de los jueces”. Se trata de cuestiones políticas no judiciales, sujetas a análisis de oportunidad y a consideraciones

---

<sup>10</sup> Alterini, Atilio, *Repensar el papel del estado*, La Nación, Buenos Aires, 11 de julio del 2002

holísticas, que exceden el problema del caso y su legalidad. Más aún cuando tomamos conciencia de que el poder judicial carece de legitimación democrática pues no fue elegido por el voto de la población y consiguientemente es el menos indicado para diseñar políticas.

- 4.- División de poderes 3: las sentencias dictadas contra el estado que comprometen la ejecución de políticas públicas no pueden ser ejecutadas directamente por los tribunales, pues ello significaría colocar al poder judicial en superioridad respecto del ejecutivo y trabar el funcionamiento de la administración.
- 5.- División de poderes 4: el control de constitucionalidad debe reservarse para los actos positivos de los poderes públicos, no a las omisiones, pues si el poder judicial interviene ante una omisión de los otros poderes en rigor los estaría suplantando y no existe norma que los autorice a ello, como tampoco el ejecutivo o el legislativo pueden sustituir al poder judicial si este incumple con actos constitucionalmente debidos.
- 6.- No operatividad de las cláusulas económico-sociales: cuando la constitución o los tratados internacionales consagran derechos socio-económicos, los condicionan a la situación de la economía nacional, presuponiendo el dictado de una legislación y la implementación de políticas acordes. No generan derechos exigibles inmediatamente al estado por cada habitante.

En estos términos, esgrimió el estado de Entre Ríos al contestar la demanda que «la ejecución propiamente dicha, de las acciones programáticas dirigidas a garantizar la protección integral del menor, es atribución propia de los organismos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo. Esta distinción hace a la esencia del gobierno republicano, representativo y es de naturaleza constitucional en su naturaleza tripartita de poderes y en especial en los países en las que su Derecho Constitucional y constitución política se inspira en la corriente

doctrinaria de Locke, Montesquieu y Jefferson (Constituciones de los Estados Unidos de América, México, República Argentina, Brasil y otros) Derecho de Menores, Rafael Sajón, página 407».

Se ha dicho también que las normas programáticas tendrían un contenido que si bien no podría ser alterado por el Congreso y, en ese sentido, son operativas. Pero «los jueces (u otros órganos de aplicación) no pueden aplicarlas mientras ellas no sean reglamentadas o no se dicte el acto normativo que la Constitución prevé (que se reglamente la participación de los obreros en las ganancias de las empresas)»<sup>11</sup>.

En síntesis, se trata de temas que cargan sobre el estado obligaciones de dar o de hacer; pero que se reconocen bajo una terminología programática y están sujetas para su funcionamiento a que se creen estructuras materiales que permitan su funcionamiento.

7.- Ni que hablar respecto de la solución cautelar de imponer a un tercero, supermercadista, la provisión de alimentos con cargo al fisco, que violaría la relatividad de la cosa juzgada, la defensa en juicio, impondría a un sujeto una obligación que no se deriva de las leyes vulnerando el artículo 19 de la Constitución, y lesionaría el derecho de propiedad queriendo compensar una cosa con un crédito frente al estado.

En una causa en la que la actora demandaba al estado una cuota alimentaria mínima, rechazada en voto dividido en marzo del año 2002 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, encontramos estos párrafos<sup>12</sup>:

«En cuanto al reclamo de suministro —a cargo del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente y de la Provincia de Buenos Aires— de una "concreta, efectiva, continua y mensual cuota alimentaria", que sea suficiente para cubrir la totalidad de las

---

<sup>11</sup> Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional*, ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1978, pág. 139.

<sup>12</sup> Autos R. 1012. XXXVI Originario - "R., Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo" - CSJN - 12/03/2002

necesidades básicas del grupo familiar de la señora R. (alimentación, vestido, vivienda, transporte, etc.), semejante pretensión importa transferir a las autoridades públicas el cumplimiento de una obligación que tiene su origen en las relaciones de parentesco (arts. 367 y sgtes. del Código Civil) —cuya exigencia específica a sus responsables descarta a priori— enderezando por esta vía un reclamo judicial liminarmente improcedente».

«El desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (Fallos: 300:1282 y 301:771), ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del Art. 75, incs. 18 y 32 (conf. arg. Fallos: 251:53)».

Muchas de estas tesis han sido enseñadas y sostenidas por la doctrina constitucional y recogidas por los tribunales. No deja de ser extraño cuando muchas de ellas no surgen expresamente del texto constitucional. Sin embargo, tampoco carecen de algún sustento normativo. Veamos.

En el artículo 14 bis., por ejemplo, la Constitución, en lugar de enunciar sin más el derecho a una remuneración justa, la participación en las ganancias o la vivienda digna, expresa la obligación estatal de proteger el trabajo a través de leyes que aseguren tales beneficios. Parece subordinar su goce a la legislación que se dicte en protección del trabajo.

En la misma línea, las medidas positivas para la promoción de la igualdad de oportunidades prevista en el artículo 75 inciso 23 se reconocen no como un derecho subjetivo sino como una atribución del Congreso.

En sentido parecido, la Convención Americana de Derechos Humanos, en vez de enumerar categóricamente los derechos económico-sociales, los



remite a un Protocolo Adicional, no sin aclarar que «los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura» (el subrayado nos pertenece). Vemos la paradoja: un país podría encontrar dificultades para reconocer plenamente y de inmediato la vigencia de garantías como la libertad de prensa, de expresión, la inmunidad de arresto, el sistema carcelario, u otras; sin embargo, el Pacto no dice que solo existe la obligación de lograrlos progresivamente, como lo hace con los derechos socio-económicos.

Se ha dicho con acierto que «de este modo, hay derechos enunciados claramente en la constitución cuya vigencia queda supeditada a la buena gana del intérprete. Hay un derecho al salario mínimo vital móvil que, gracias a esta interpretación, se ha transformado en la práctica en un salario mínimo “mortal e inmóvil”. Hay un derecho a la “retribución justa” que, en la práctica, queda librado a la suerte de la negociación colectiva; a juzgar por las grillas salariales así aprobadas, en su mayor parte distan de ser justas y, en muchos casos, siquiera llega a ser vital. También hay un derecho a participar de las ganancias de la empresa que, gracias a esa interpretación, carece de vigencia práctica y ha sido reglamentado in pejus, obligando al trabajador a participar de las pérdidas de la empresa, con suspensiones no pagas y despidos reducidos por “fuerza mayor” o “falta o disminución de trabajo”. Hay un derecho a la seguridad social que convive con la diaria realidad de un gran sector desprotegido, sin empleo, sin beneficios sociales, sin posibilidad de inserción a medios de vida dignos (la realidad del empleo mal remunerado, el subempleo, el desempleo, los cartoneros, los cortes de rutas y piquetes exigiendo planes sociales, el crecimiento de los leprosarios sociales de la exclusión y el desamparo)»<sup>13</sup>.

En síntesis, la teoría constitucional clásica brinda numerosos argumentos para rechazar la demanda de alimento de los niños. Sin embargo,

---

<sup>13</sup> Mansueti, Hugo Roberto, *Un punto de vista operativo del art. 14 bis.*, elDial.com, editorial Albremática, Buenos Aires, 2003

como dijimos, ellos no surgen expresamente de los textos constitucionales sino de un modo de entenderlos en consonancia con principios jurídicos y políticos que se presuponen sobre las mismas normas. Ello confirma el aserto de que es el derecho natural, sea como sea concebido, el que da sentido y fundamento a las normas, incluso las constitucionales<sup>14</sup>.

A nadie escapará que la razón de esta posición negatoria de la acción en tutela del derecho a la alimentación radica en el trasfondo individualista liberal que descansa en el origen del movimiento constitucional y del que no puede sacudirse ni siquiera con los intentos, bastante incoherentes, del constitucionalismo social<sup>15</sup>. La comunidad política es vista como enemiga del individuo, y la constitución dirigida a poner una valla que impida a aquélla proceder contra la propiedad o la libertad. Por eso, los individuos se defienden a través de la constitución, que debilita el gobierno instituyendo la división de poderes, y fortalece al individuo a través del reconocimiento de sus libertades<sup>16</sup>. Todos los derechos son concebidos así como ejercicios de determinadas libertades: políticas, civiles, económicas, etc. Se trata de dar libertad al individuo frente a agresiones activas de la autoridad, no frente a sus omisiones.

---

<sup>14</sup> Cfr. Hernández, Héctor, *Interpretación, principios y derecho natural*, conferencia inaugural de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Natural y Bioética, San Luis, p. 20 y 21 del original, acápite 33 «¿Todos somos iusnaturalistas?», publicada en *Bioética y Derecho*, San Luis - Argentina, 1998, página 71.

<sup>15</sup> La incoherencia deriva muchas veces de mantener el postulado del estado como protector de derechos individuales, solo que agregando derechos económicos. Leemos, por ejemplo, que «el estado cuando recauda mediante la percepción de impuestos lo hace para cumplir un mandato constitucional: la satisfacción y efectividad de los derechos fundamentales» (Gil Domínguez, Andrés, *Un fallo sobre la vigencia de los derechos económicos. Cuando los jueces son más Kelsen y menos Schmitt*, en revista de Derecho de Familia, Buenos Aires, número 25, 2003, página 184). El estado recauda para promover el bienestar general, proveer a la defensa común, administrar justicia, etc. (cfr. El preámbulo de la Constitución), y para el logro de los objetivos comunes ordena razonablemente los intereses individuales. El mismo autor, partidario del fallo y crítico del estado de derecho liberal burgués, afirma sin embargo que los derechos fundamentales «son límites a su accionar [del estado] que emergen como consecuencia de largas luchas sociales», haciéndose eco imperceptiblemente de los mismos postulados que objeta. Los derechos no deben ser concebidos como límites al estado, sino como parte integrante del bien común, objetivo o finalidad de éste. Como dijimos, aquí hace falta un estado que intervenga, no que se abstenga sintiéndose limitado. Agreguemos que el título del comentario y la conclusión final, invocando el Magisterio de Hans Kelsen, nos parecen desacertados. Kelsen postula una concepción del derecho desvinculada de la realidad social y de las valoraciones de justicia (por eso llamó a su teoría "pura"), y una interpretación de las normas en las que el operador jurídico tiene jurídicamente hablando absoluta discrecionalidad para entenderlas cómo desee siempre que no se aparte de su letra. No creo que una concepción así sea apta para garantizar que estos niños, o cualquier niño, reciba el mínimo alimento que necesita.

<sup>16</sup> Cfr. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1987

«El objetivo fundamental de las normas constitucionales desde los albores de la civilización occidental hasta plasmar, a fines del siglo XVIII y en todo el siglo XIX, en el movimiento denominado constitucionalismo clásico, fue siempre — claro que con éxito diverso— confinar, apresar, aherrojar al poder estatal»<sup>17</sup>. Por supuesto que ninguna Constitución garantiza la impunidad de los funcionarios, y sus cómplices privados, a quienes se confió el destino del país y que sumieron a gran parte de su población en la miseria. Sin embargo, a juzgar por los hechos, es la garantía de facto más efectiva que ha existido en la historia constitucional.

No nos extraña entonces que esta doctrina constitucional deba rechazar la pretensión de tres niños que necesitan no un estado débil sino uno presente, y que impone al estado no una omisión sino una acción positiva. Aquél estado “ausente o aún fugitivo”, como lo calificara Atilio Alterini<sup>18</sup>, será cómplice de la injusticia.

Al hilo de nuestra descripción debemos destacar la llamativa pobreza argumental de la contestación de demanda del estado de Entre Ríos frente al amparo alimentario.

Se funda en la falta de legitimación del defensor y la ausencia de ilegalidad manifiesta del acto del estado, pero en realidad, bajo estos dos títulos, hace otros planteos que sintetizaremos a continuación.

Muchas de las defensas tienen carácter técnico, aunque en el fondo remiten a los problemas que citamos. La ley de amparo entrerriana no prevé medidas cautelares (ante la necesaria celeridad del trámite); la cautelar en este caso sería de naturaleza distinta a la pretensión principal; violaría la ley de contabilidad (que no prevé que los jueces puedan contratar, ni mucho menos realizar una compra directa, sin partida presupuestaria); violaría el código fiscal (que no prevé esta compensación de las deudas con el fisco). En la misma línea, se atacó la legitimación procesal del defensor para demandar en nombre de menores que continúan bajo la patria potestad de los padres.

---

<sup>17</sup> Ekmekdjian, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, editorial Depalma, Bs. As, 1993, Tomo 1, página 114.

<sup>18</sup> Alterini, Atilio, *Repensar el papel del estado*, La Nación, Buenos Aires, 11 de julio del 2002

Se incluyeron también defensas más sustanciales. Se cuestiona indirectamente el monto de la cautelar, pues a juzgar por los alimentos que deberían proveerse, los mismos costarían más de \$ 800 mensuales y no existe contraprestación<sup>19</sup>, como sí ocurre con otros planes sociales. Indicó el representante del estado: «¿Como construiremos la cultura del trabajo en la Argentina si a un menor de 23 años con su esposa de 20, y tres hijas de 4 años, 2 años y algunos meses la restante, se les asegura por un juez \$ 800 mensuales de provisión de mercadería, el PAF de \$ 25, la asistencia a los comedores donde concurren, entre otros tantos beneficios?». Alega también que no había pruebas de que se hubiese iniciado la tramitación para obtener planes sociales vigentes, que no se realizó reclamo previo ante el Consejo Provincial del Menor ni ante la Municipalidad de Paraná que gestiona los planes jefes y jefas de hogar.

Se sostuvo además que admitir una acción como esta expondría al estado a innumerables acciones de personas que tienen necesidades básicas insatisfechas<sup>20</sup>.

Llamativamente, no negó que asista a los menores el derecho a la alimentación que reclamaba, y según lo denuncia el Superior Tribunal, tampoco asistió a la audiencia de conciliación que se había fijado para encontrar una salida al problema.

Ahora bien, cabe formular la pregunta, ¿tendría sentido una constitución que implicara que un tribunal debe permanecer impasible frente a tres niños que mueren de hambre?

---

<sup>19</sup> Para que el lector se ubique temporal y geográficamente, en ese momento la canasta de alimentos básicos ascendía a los \$ 370 aproximadamente, y los planes sociales para familias sin ingresos eran de \$ 150 con una contraprestación -no siempre cumplida- de 4 hs. diarias de lunes a viernes.

<sup>20</sup> Son numerosos los casos en los que el estado alega imposibilidad presupuestaria de atender a lo requerido en la demanda, sin que siquiera ofrezca prueba de tal imposibilidad. Más tarde, al ejecutarse las medidas cautelares dispuestas, se demuestra siempre que tal imposibilidad no existe. Cfr. Durante, Alfredo, *El deber estatal y social de ayudar al prójimo desamparado (la pobreza, la indigencia y la obligación de reradicalarlas o de morigerarlas, en un fallo sin precedentes)*, en revista La Ley Litoral, tomo 2002, Buenos Aires, página 859 y Durante, Alfredo, *Cuestión constitucional y cuestión social*, en La Ley, Buenos Aires, tomo 1996-C, página 522

No podemos detenernos en este trabajo a analizar cada una de las cuestiones planteadas. Nos vamos a limitar a algunas de ellas.

#### 4. Análisis de la doctrina constitucional<sup>21</sup>

Ya ha anunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estando en juego derechos sociales, las disposiciones legales sobre cautelares en amparos deben ser interpretadas extensivamente para asegurar una cautela adecuada a la urgencia y la necesidad del caso. Y ha admitido la intervención judicial ante omisiones del poder ejecutivo, aunque en casos muy particulares: los vinculados a la mora en actualizar los salarios de los magistrados para mantener su intangibilidad. En efecto, la omisión del Poder Ejecutivo de aumentar los salarios de los jueces cuyo valor adquisitivo se había deteriorado merced a la inflación, dio lugar a recursos de amparo que admitió el Supremo Tribunal, integrada por conjueces entre los que había constitucionalistas de renombre, y que procedieron a dicha actualización<sup>22</sup>. Lástima que el Supremo Tribunal no ha seguido el mismo criterio cuando se trata del salario de trabajadores que no ganan de cinco a quince mil pesos, sino de diez a cien veces menos.

La doctrina constitucional viene recogiendo algunos criterios que permiten fundar la protección alimentaria del niño. Ha considerado también la distinción entre cláusulas más operativas y otras más programáticas no significa dotar sólo a las primeras de efectos jurídicos<sup>23</sup>. Además de nulificar normas que contradigan sus fines y obligaciones, las cláusulas programáticas exigen su reglamentación normativa dentro de plazos razonables que de no ser

---

<sup>21</sup> «El control judicial del comportamiento omisivo del Poder Legislativo (y en su caso, del Poder Ejecutivo) en la instrumentación de las cláusulas programáticas, deviene cada vez más procedente en un auténtico estado constitucional de derecho. Lo indicado servirá, nos parece, tanto para que parlamentarios perezosos cumplan con su deber constitucional, como para que el legislador constituyente modere sus promesas programáticas, o reexamine la Constitución y la ajuste al modelo de la Constitución contrato. También, obviamente, para concluir con la tesis que exime al Estado de toda responsabilidad por el incumplimiento de sus ofertas constitucionales programáticas, y que convalida esta inadmisibles declaración: "Yo te aseguro tal cosa; pero si no lo hago, ¡Aguántate!"» (Sagüés, Néstor P., *Inconstitucionalidad por omisión*, en *El Derecho*, Buenos Aires, tomo 124, página 959)

<sup>22</sup> Cfr. Bazán, Víctor, *Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva*, en *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, página 199 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. Mansueti, Hugo Roberto, *Un punto de vista operativo del art. 14 bis.*, elDial.com, editorial Albremática, Buenos Aires, 2003

cumplidas deberá ser suplida por los tribunales<sup>24</sup>, al menos en situaciones de extrema necesidad. Es decir, no solo existen acciones positivas inconstitucionales, sino también omisiones inconstitucionales que legitiman la intervención supletoria judicial, si es posible, o al menos la indemnización del perjuicio. Así lo hizo la Corte Suprema, en materia de la acción de réplica, en el leading case *Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo s/Amparo*<sup>25</sup>, haciendo lugar a la acción pese a no existir reglamentación legal. Lo mismo podría pensarse respecto de derechos socio-económicos.

«Recientemente, Alberto A. Spota ha reafirmado las ideas de Bidart Campos, subrayando que todas las cláusulas programáticas, sin excepción, deben en el ámbito jurídico convertirse en operativas, por intermedio del quehacer del Poder Judicial, cuando los poderes políticos omitieron aquel incumplimiento. Eso lo exige, sostiene, el principio de supremacía constitucional... En definitiva, el Poder Judicial se debe convertir —para cada caso concreto— en el órgano sucedáneo o suplente de creación de la norma instrumentadora del artículo constitucional programático» (Alberto A. Spota, *Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Operatividad de las cláusulas incumplidas*)<sup>26</sup>.

En el mismo sentido, se ha sostenido que si la Constitución imperativamente carga sobre los hombros del parlamento el dictado de una norma para efectivizar cierto enunciado constitucional programático, y el poder legislativo no cumple tal misión, aparece inexorablemente la inconstitucionalidad por omisión en el enunciado de una regla general, que importa un agravio constitucional al perjudicado por la inacción legisferante, que exige algún tipo de remedio jurídico. El órgano judicial debería comprobar la mora, declarar su inconstitucionalidad, intimar al órgano moroso para que dicte la norma faltante en un plazo determinado. Para el caso de

---

<sup>24</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires 1989, Tomo 1 pág. 402

<sup>25</sup> CSJN, 7/7/92, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Boletín del 29/7/92, página 27 y ss.

<sup>26</sup> Citado por Sagüés, Néstor, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 186

incumplimiento, el tribunal debe suplir la carencia normativa<sup>27</sup>, en el caso concreto. Las particularidades que vendrán de acuerdo a las circunstancias del caso<sup>28</sup>, que dado nuestro sistema constitucionalmente disperso puede originar soluciones judiciales diversas. Cosa preferible, sin embargo, al incumplimiento de la constitución<sup>29</sup>. En caso de no poder suplir la omisión, el tribunal deberá conformarse con fijar una indemnización a cargo del órgano incumplidor.

En relación específica con el art. 14 bis., se omite recurrir a sus antecedentes históricos para interpretarlo. Un tema de debate no menor en el seno de la Convención, fue el de si se debía aprobar un nuevo artículo o si bastaba con agregarle los derechos sociales al art. 14. Finalmente se optó por un artículo nuevo, separado del art. 14. El informe de la comisión que redactó el convencional Luis María Jaureguiberry, fundamentó la inclusión de un artículo nuevo, separado del art. 14, en la necesidad de resguardar su operatividad inmediata y no dejarlo condicionado a la expresión “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” contenida en la primer parte del art. 14. No habría imaginado, seguramente, que tribunales y doctrinarios le darían la interpretación contraria.

«Se nos ha dicho que la enunciación de derechos sociales en la fórmula del referido art. 14 y con la modalidad que el mismo especifica, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, importa supeditar al legislador del futuro lo que nosotros entendemos que debe ser la fórmula constitucional, principio directivo, que desde el momento que se sanciona obliga, como derecho vigente, a los demás poderes del Estado. Nosotros no queremos librar una letra en

---

<sup>27</sup> La solución, expuesta por Germán Bidart Campos, es recogida por otros constitucionalistas. Ver, por ejemplo, Jiménez, Eduardo, *Derecho Constitucional Argentino*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, tomo II, página 412

<sup>28</sup> Distintos supuestos pueden consultarse en Sagüés, Néstor P., *Inconstitucionalidad por omisión*, en *El Derecho*, tomo 124, página 950. También es útil ver Sagüés, Néstor P., *Las cláusulas programáticas sociales de la Constitución Nacional y su eficacia jurídica*, en *El Derecho*, Buenos Aires, tomo 108, página 949.

<sup>29</sup> Sagüés, Néstor P., *Teoría de la constitución*, editorial Astrea, Buenos Aires 2001, págs. 268 y ss. Bidart Campos, por su parte, propone distinguir aquellas cláusulas que expresamente habilitan un retardo de los poderes constituidos (ej. cuando se establezca la institución del jurado en la República), de otras que no lo hacen. Bidart Campos, Germán J., *Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis*, Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires, Tomo VIII-1981, pág. 486

blanco para que el legislador del futuro, por más sabio y prudente que fuera, reglamente el ejercicio de estos derechos quizás bien quizás desnaturalizándolos. No confiamos en la hermenéutica y por eso enumeramos derechos, sin que ello implique que esta enumeración sea taxativa. Con la técnica del artículo nuevo se llega también al enunciado de estos derechos con el criterio de protección legislativa»<sup>30</sup>.

En el derecho constitucional extranjero hay disposiciones expresas sobre la temática. La Constitución de Brasil, en su artículo 5, establece que «Las normas definitorias de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata». La del Paraguay que «la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía» (artículo 45). Y todavía con más claridad la de Uruguay, al prever que «los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas» (artículo 332).

Pero más clara es la Constitución de la Provincia de Río Negro, al disponer que el Superior Tribunal debe fijar al órgano en mora un término para subsanar la omisión, y si persiste el incumplimiento, «integrar el ordenamiento normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determinar el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite» (artículo 106).

Tampoco carece de una rica virtualidad jurídica la cláusula del desarrollo progresivo de los derechos socio-económicos, si se la interpreta desde una lectura no individualista. Aunque indudablemente obsta a un reclamo inmediato y completo de aquéllos, serían viables acciones judiciales tendientes a: a) declarar inconstitucionales normas que reducen beneficios socio-económicos:

---

<sup>30</sup> Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, año 1957, Buenos Aires, 1958, T° 2 página 1219.



progresividad significa que deben ser incrementados gradualmente, no disminuidos. b) garantizar la mínima cobertura manifiestamente viable: el incremento progresivo debe comenzar por reconocer el mínimo, y su falta de reconocimiento debe hacer viable acciones judiciales. c) exigir una justificación suficiente para cualquier medida regresiva<sup>31</sup>, que gozará de una fuerte presunción de inconstitucionalidad. d) requerir judicialmente, una vez pasado un plazo razonable, una distribución de recursos que privilegie el cumplimiento de las obligaciones asumidas constitucionalmente<sup>32</sup>. «Sucede que si las normas no pueden obligar –y de hecho no lo hacen- a un Estado a disponer de recursos para poner en práctica un programa de salud o de educación, sí pueden obligarlo –y lo hacen- a discernir prioridades en el manejo de sus recursos propios y de los que pueda obtener de la ayuda o cooperación internacional»<sup>33</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su decisión del 19-11-1999, concluyó que «no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. ... La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe por definición fuera de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables».

En síntesis, cabe reconocer una identidad esencial entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, que impide hacer separaciones

---

<sup>31</sup> Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General 3, #2, HRI/GEN/1/rev.1, p. 59

<sup>32</sup> En cambio, el voto del Juez Piza en la Opinión Consultiva Nro. 4, 19/01/84, Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo contempla como consecuencias de «derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, exigibles indirectamente, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que les otorgue con discriminación» (Cfr. Wlasik, Juan Carlos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editorial Juris, Rosario, 1998.

<sup>33</sup> Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, página 53.

tajantes para reservar la protección judicial únicamente a los primeros<sup>34</sup>. Lo que se reconoce a aquellos debe extenderse, razonablemente, a éstos<sup>35</sup>.

Y si nos referimos a normas internacionales, debemos entender que los estados no podrían alegar la falta de reglamentación en su derecho interno, ya que ello implicaría un obrar contrario a lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

Mucha operatividad parece surgir de la redacción de algunos de los textos internacionales. «Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño» (art. 6.2), dice la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 75, inciso 22, C.N.). Y ello luego de haber dejado claro que «los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional» (artículo 4).

Respecto de los argumentos sustentados en la idea de la división de poderes, anotemos que cualquier interpretación realista del derecho reconoce la absoluta imposibilidad, e incluso la inconveniencia, de que la teoría de la división de poderes se plantee como una total independencia de los poderes. No solo intervienen recíprocamente en el nombramiento y remoción de los órganos de los otros poderes, sino incluso en la gestación y efectivización de sus respectivos productos (leyes, sentencias, actos administrados). Que en una situación de extrema gravedad y necesidad un tribunal prive al fisco de una parte mínima de sus tributos a devengarse, cuando la administración no quiso

---

<sup>34</sup> «La distinción entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica entre unos y otros» (voto del Juez Piza en la Opinión Consultiva Nro. 4, 19/01/84, Corte Interamericana de Derechos Humanos)

<sup>35</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán, *Control constitucional de los derechos económicos*, en *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, página 105

diseñar un remedio alternativo, no parece una invasión de la esfera de otro poder siquiera equivalente al veto de una ley o a la declaración de inconstitucionalidad de normas, actos e incluso de procedimientos como el Juicio Político. El Poder Judicial tiene escasa legitimación democrática (de hecho, también es escasa la legitimación democrática real de los otros poderes), pero aquí no se trata de diseñar políticas nuevas sino de exigir el respeto por las pautas constitucionalmente fijadas.

En cuanto al tema de las cuestiones políticas no judiciales, avanza permanentemente la doctrina constitucional que entiende, en cambio, que toda cuestión tiene alguna dimensión judicializable y que la existencia de normas internacionales y constitucionales que expresamente reconocen derechos socioeconómicos impiden que pueda excluirse la temática del control de los tribunales.

Enseñaba Goldschmidt que en las situaciones extremas no sirven los límites que se reconocen a las órdenes generales. La necesidad no tiene ley. Por eso la próxima muerte de niños por desnutrición lleva a admitir soluciones que técnicamente pueden no ser las más aceptables entre las alternativas posibles. Y si tales soluciones vulneran disposiciones legales o reglamentarias, las mismas deberán ser declaradas también inconstitucionales. Si una norma lleva a que un niño muera de hambre, debe desconocerse esa norma.

Así como la administración goza de cierta discrecionalidad para diseñar políticas públicas siendo algunas mejores que otras, también la judicatura, a la hora de tener que sustituir la omisión inexcusable de aquella, se encuentra con alternativas entre las cuáles debe elegir con criterios que, mientras no resulten arbitrarios, no pueden ser tachados de ilegítimos. Respetuosa, en este sentido, es la demanda de amparo pues se dirige en su pretensión principal a reclamar al estado la inclusión del grupo familiar en un programa social sin indicar cuál, sujetando la elección a la decisión política de la administración. En este sentido ha dicho el Superior Tribunal al confirmar el fallo de primera instancia que «No cabe dudar sobre la eventualidad de haber otras alternativas, quizá mejores que la adoptada por el "a quo", para contrarrestar la cobertura a las necesidades básicas insatisfechas de los amparistas. Pero ello no enerva el

hecho de que la dispuesta en el fallo tenga una aptitud indiscutible para superar el hambre de las amparistas, es más, se impone puntualizar muy especialmente que la demandada ni siquiera ha ofrecido la mutación ni de la medida cautelar oportunamente dispuesta en primera instancia ni de la adoptada por el pronunciamiento en crisis, proponiendo que ella sea sustituida por cualquiera otra que tenga servibilidad para satisfacer el fin propuesto; la cobertura del riesgo nutricional en juego. Además el propio fallo establece un remedio efímero, ya que su duración lo será solamente hasta que el Estado encuentre una solución a través de sus planes específicos»<sup>36</sup>.

En lo que hace a la afectación del derecho de propiedad del supermercado, además de la función social que debe reconocérsele<sup>37</sup>, debemos tener presente que si el artículo 17 de la Constitución admite privar de la propiedad en virtud de sentencia fundada en ley, mucho más debe admitirse el limitar la propiedad en virtud de sentencia fundada en tratados internacionales. Sin olvidar que como decía Tomás de Aquino, «si la necesidad es tan evidente y urgente que sea manifiesta e inminente la precisión de socorrerla, entonces puede cualquiera lícitamente socorrer su necesidad con las cosas ajenas, quitándolas ya manifiesta ya ocultamente». Se advierte también que la limitación de la libre determinación sobre la propiedad no es tan grave pues se limita aun caso concreto, se trata de una medida transitoria, respecto de mercadería de escaso valor en comparación con el volumen de venta y existe una contraprestación<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Sentencia del 9 de abril del 2003.

<sup>37</sup> Cfr. los comentarios al caso de Germán Bidart Campos, *Una sentencia que supo dar curso efectivo a los derechos sociales, encontrar al sujeto pasivo y determinar su obligación*, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2002, página 7 y de Miguel Angel Ciuro Caldani, *Un pronunciamiento con amplias proyecciones problemáticas (notas de una filosofía de la propiedad)*, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2002, página 9. También Cárdenas, José, *Felonía casi consumada*, La Nación, Buenos Aires, 12 de julio del 2002 y Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, editorial Trotta, Madrid, 2002

<sup>38</sup> Gil Domínguez, Andrés, *Un fallo sobre la vigencia de los derechos económicos. Cuando los jueces son más Kelsen y menos Schmitt*, en revista de Derecho de Familia, Buenos Aires, número 25, 2003, página 185, agrega algo que nos parece interesante: el titular del supermercado es una persona jurídica, no física, y por tanto el imponerle obligaciones coactivamente no asume la complejidad que tiene cuando se trata de personas de existencia visible.

Y respecto al derecho a la relatividad de la cosa juzgada y la inviolabilidad de la defensa, debe considerarse que en el caso el supermercadista no apeló la medida, y además que el tribunal se buscó un comerciante muy particular: el supermercado estaba inscripto en el padrón de proveedores del estado entrerriano con mora en el pago de impuestos, y por ello autorizado a entregar mercaderías al estado como forma de pago de aquellos. Este mecanismo establecido por la administración, que según nos dijera verbalmente el defensor accionante busca encubrir una vulneración de las reglas sobre la licitación pública en la selección de proveedores, fue aprovechado por el tribunal para resolver la dramática situación de la familia.

De todos modos, resulta evidente que es complejo obtener recursos técnicos que permitan canalizar constitucionalmente las exigencias de la justicia social. Porque cuando abandonamos los casos de vida o muerte, como este, empiezan a entrar en juego razones políticas, económicas y presupuestarias difíciles de contemplar procesalmente.

Algunos criterios y principios podrían, sin embargo, señalarse. Por ejemplo:

- Colocar la carga de la prueba en cabeza del estado cuando alega imposibilidad de asegurar la satisfacción de un derecho socio-económico básico.
- Asegurar constitucionalmente un mínimo judicialmente exigible en cada uno de los ámbitos, con un criterio de movilidad automático que impida que se utilice a la inflación como válvula de escape.

## **5. Hacia un nuevo derecho constitucional**

Claro que los canales procesales disponibles para los interesados no son suficientes para dar cabida al conjunto de cuestiones que encierran las exigencias de la justicia social y que requieren de otros recursos técnicos, como podrían ser:

- Responsabilizar personalmente, tanto patrimonial como penalmente, a los funcionarios públicos por las omisiones inconstitucionales. En este orden, establecer mecanismos de repetición de las sumas que deba erogar el estado por sus incumplimientos.
- Fijar constitucionalmente porcentajes presupuestarios mínimos para la atención de necesidades socio-económicas.
- Asegurar la intervención de la población en la fijación del presupuesto. No puede ser que una de las únicas materias que la Reforma Constitucional excluyó de la iniciativa popular es la tributaria y presupuestaria (artículo 39). Como si los convencionales hubiesen dicho que la democracia está bien, siempre que no les toquen la bolsa...

Por supuesto que las causas de las crisis económicas son mucho más profundas. No en vano Mariano Fraguero, al redactar el Estatuto para la Organización de la Hacienda y Crédito Público aprobado por la Convención Constituyente de 1853, y violado sistemáticamente desde 1854, descartaba los empréstitos exteriores y prohibía el "negocio del dinero" (usura) a los particulares negándoles la respectiva acción judicial, considerando que era justamente el mercado del dinero el que subyugaba a los pueblos.

La solución judicial frente a una acción del necesitado será siempre limitada e incompleta. Por tal razón, probablemente, debería reservarse la solución para situaciones de extrema gravedad. De otro modo, podría caerse en un círculo vicioso<sup>39</sup>: demandan los hambrientos y los jueces les dan el

---

<sup>39</sup> Fuera de tales situaciones extremas, cobrarían fuerza muchas dudas que plantean fallos como éste: «Si el Poder Judicial asume ese rol de garante último de los derechos constitucionales, debe combatir los efectos deletéreos de la pobreza en virtud de las claras mandas más arriba transcritas pero, ¿discrecionalmente?... ¿La protección reclamada para el que no tiene nada debe ser mayor o igual a la que le hubiera correspondido de haber accedido al sistema de protección contra el desempleo o a un empleo con ingresos escasos? En otros términos, si se interviene porque el estado no lo hace, ¿se debe asegurar las prestaciones mínimas que este entregaría de hacerlo o ese no es techo alguno? Si se critican los planes sociales por fomentar el clientelismo político y la haraganería, contraviniendo las costumbres productivas y laborales, ¿serán susceptibles de reproche los fallos judiciales que otorguen beneficios cuantitativamente superiores sin exigir esfuerzo particular a los beneficiarios mayores de edad?... ¿Las respuestas se deben buscar dentro del sistema de atención a los carenciados (programas estatales) o la protección de derechos constitucionales elementales justifica la intromisión judicial en las órbitas de facultades de otros poderes que incumplieron u omitieron?... ¿Formalmente el Poder Judicial ejercería funciones propias del Poder Ejecutivo y

alimento... a costa de los enfermos... Demandan los enfermos, y los jueces les dan medicinas... a costa de los trabajadores... Demandan los trabajadores y los jueces les reconocen remuneraciones... a costa de los hambrientos... Y volvería el círculo. La solución profunda y definitiva a una cuestión como la de la injusticia económica estructural no pasará por demandas judiciales concretas<sup>40</sup>.

En la solución integral de la temática no debería soslayarse la exigencia del principio de subsidiariedad: la principal responsabilidad en la cobertura de las necesidades humanas básicas las tiene la persona, su núcleo familiar, su comunidad laboral, luego el municipio, la Provincia y la Nación, debiendo acudir los grupos superiores en subsidio de los inferiores cuando éstos no estén en condiciones de proveerlas por sí mismas. Ello va en contra de lo que habitualmente se sostiene, erigiendo los derechos sociales directa y primariamente contra el estado, y sosteniendo, en el mejor de los casos, que después del estado es toda la sociedad la responsable del cuidado de estas necesidades. «Los principales obligados a desarrollar los derechos económicos, sociales y culturales son los poderes políticos»<sup>41</sup>. Se ha dicho con razón que «la tesis según la cuál es el Estado quien —exclusiva o principalmente— debe cumplir las prestaciones que permitan el efectivo goce de los derechos a que se refiere el punto tercero del artículo 14 bis., es

---

del Poder Legislativo?... ¿Existió un corrimiento de roles institucionales? ¿Es sano para el funcionamiento de las instituciones» (Jáuregui, Rodolfo Guillermo, *Hambre, amparo y anticipo de tutela jurisdiccional*, en La Ley Litoral, Buenos Aires, tomo 2002, página 847).

<sup>40</sup> Quizás la reiteración de demandas de este tipo sirvan sí para influir sobre los otros poderes a fin de que encuentren una solución razonable y equitativa al problema. Cfr. Cárdenas, Eduardo José, *Reflexiones sobre un fallo de los que florecen breve y aisladamente en los países dependientes*, en revista La Ley, Buenos Aires, 2002-D, página 1457. Germán Bidart Campos había propuesto incluso la posibilidad del control judicial de la ejecución del presupuesto en orden a la atención de los derechos fundamentales (Bidart Campos, Germán, *Familia y Derechos Humanos*, en su exposición al X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998, Libro de Profesores Invitados, p. 16). En el mismo sentido Arsenio Mendoza, el defensor que accionó en la causa que nos ocupa, propone el control judicial de la ejecución del presupuesto (*El juez de las políticas públicas*, revista de Minoridad y Familia, Delta Editora nro. 9, Paraná, 1999, página 14). Creemos que es importante ser equilibrados y razonables en planteos como éstos para evitar desorganización en el ejercicio de los poderes, y que si bien es necesario el control de la ejecución del presupuesto, no son los jueces los más indicados para realizarlo sino órganos ajenos al gobierno con clara y directa representación popular.

<sup>41</sup> Gil Domínguez, Andrés, *Un fallo sobre la vigencia de los derechos económicos. Cuando los jueces son más Kelsen y menos Schmitt*, en revista de Derecho de Familia, Buenos Aires, número 25, 2003, página 184

inconveniente y hasta peligrosa»<sup>42</sup>. Desde el caso Kot la Corte Suprema ha admitido las acciones de amparo contra particulares, y en esta vía deberían los tribunales, siguiendo el hilo del principio de subsidiariedad, exigir coactivamente a los grupos sociales y políticos el cumplimiento de sus responsabilidades en el orden que les compete. Lamentablemente, el individualismo liberal radical del constitucionalismo es sumamente parco a la hora de referir a los derechos y obligaciones de los grupos sociales. Pareciera como si bancos, empresas, sindicatos y partidos no tuvieran obligaciones constitucionales en materia de justicia social, sino solo el estado. Peor aún cuando justamente son los mismos estados las víctimas de saqueos rapaces desde dentro y desde fuera.

Algo de razón tuvo la Corte Suprema cuando al rechazar una demanda de alimentos contra el estado sostuvo que ello era querer transferir al estado la obligación de alimentos que el Código Civil pone en cabeza de los otros miembros de la familia<sup>43</sup>. Olvidó, pequeño olvido, que se trataba de una familia de indigentes. En este sentido, acierta especialmente la demanda y el fallo de la causa Ortega al centrarse en la obligación del estado de brindar protección y asistencia a la familia, responsable primera y directa de la crianza de los hijos, en lugar de contemplar a los menores como desintegrados de su núcleo familiar.

Aunque es admitido que los tratados sobre derechos humanos que forman parte del derecho argentino obligan no solo al estado nacional sino también a las provincias, e indirectamente a los municipios, cualquiera sea su rango jerárquico (artículo 31 de la Constitución), y algunos tratados expresamente prevén la situación de estados de estructura federal (el Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), sin embargo, desgraciadamente, el constitucionalismo liberal que hemos heredado desconoce este principio y no trae reglas para distribuir competencias y

---

<sup>42</sup> Padilla, Miguel, *Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, Tomo II, página 249.

<sup>43</sup> Autos citados, R. 1012. XXXVI Originario - "R., Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo" - CSJN - 12/03/2002



responsabilidades entre los grupos sociales, asignándoles los deberes que les corresponden, planteando en cambio la dicotomía exclusiva estado-individuo.

Claro que no resulta fácil atender al principio de subsidiariedad frente a la concentración económica, tributaria, política y demográfica de nuestros días.

Pensemos en lo que de hecho ocurrirá en casos como el que nos ocupa. Estos tres niños tendrán su alimento. Algunos cientos de pesos dejarán de ingresar a las arcas del estado provincial. Y, como dijimos, serán pesos menos para atender a la salud, a la educación, a la vivienda y al alimento de muchos habitantes de Entre Ríos. ¿Cómo lograr que no sean los enfermos, los alumnos y docentes, los sin techo y los indigentes de la Provincia los que terminen pagando el alimento de estos tres niños y los ingresos merecidos de esa familia?

Desgraciadamente, el movimiento constitucional no surgió con la intención de asegurar que paguen quienes realmente se han quedado con el alimento de estos niños. Si así fuera no se hubiese preocupado desde el principio de declarar "sagrado" el derecho de propiedad, como lo hizo la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución Francesa. Probablemente haya que repensar el derecho constitucional desde el principio.