

Año 6  
NÚMERO 9  
JULIO  
DE 2016

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA  
**DEFENSA PÚBLICA**  
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



**PATRIMONIO CULTURAL  
EN LA CIUDAD DE  
BUENOS AIRES**

**DERECHOS CULTURALES,  
CULTURA DEL DERECHO.**

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA  
**DEFENSA PÚBLICA**  
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Publicación propiedad del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina. Edificio Dr. Arturo Enrique Sampay, México 890 (1097) CABA.

El contenido y las opiniones vertidas en cada uno de los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.



Año 6  
NÚMERO 9  
JULIO  
DE 2016

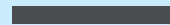
REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

**DIRECTOR**

DR. HORACIO CORTI

**COORDINADORA DEL NÚMERO**

DRA. MARIANA BEATRIZ PUCCIARELLO



**Defensor General**

Dr. Horacio Corti

**Defensora General Adjunta****Fuero Contencioso Administrativo y Tributario**

Dra. Graciela Elena Christe

**Defensor General Adjunto****Penal, Contravencional y de Faltas**

Dr. Luis Esteban Duacastella Arbizu

**Fuero Contencioso Administrativo y Tributario****Defensoría ante la Cámara de Apelaciones N° 1**

Dr. Fernando Lodeiro Martínez

**Defensoría ante la Cámara de Apelaciones N° 2**

Dra. Mariana Beatriz Pucciarello

**Primera Instancia****Defensoría N° 1**

Dra. Alejandra Lorena Lampolio

**Defensoría N° 2**

Dr. Pablo A. De Giovanni (I)

**Defensoría N° 3**

Dra. María Lorena González Castro Feijóo

**Defensoría N° 4**

Dra. Cecilia Gonzalez de los Santos

**Defensoría N° 5**

Dr. Ramiro Joaquín Dos Santos Freire

**Defensoría N° 6**

Dr. Javier Indalecio Barraza

**Fuero Penal, Contravencional y de Faltas****Defensoría ante la Cámara de Apelaciones N° 1**

Dr. Gustavo Eduardo Aboso

**Defensoría ante la Cámara de Apelaciones N° 2**

Dr. Emilio Antonio Cappuccio

**Primera Instancia****Defensoría N° 1**

Dra. Patricia Beatriz López

**Defensoría N° 2**

Dra. Silvina Noemí Nápoli

**Defensoría N° 3**

Dra. María Andrea Piesco

**Defensoría N° 4**

Dr. Sebastián Zanazzi

**Defensoría N° 5**

Dr. Francisco J. Malini Larbeigt

**Defensoría N° 6**

Dra. Marcela María Amelia Paz

**Defensoría N° 7**

Dr. Marcelino N. Civitillo

**Defensoría N° 8**

Dr. Matías Becerra (I)

**Defensoría N° 9**

Dra. Andrea Demarco (I)

**Defensoría N° 10**

Dra. María Florencia Zapata

**Defensoría N° 11**

Dra. Mariana Salduna

**Defensoría N° 12**

Dr. Federico Enrique Stolte

**Defensoría N° 13**

Dra. Paula Lagos

**Defensoría N° 14**

Dr. Sergio J. Pistone

**Defensoría N° 15**

Dr. Miguel Talento Bianchi

**Defensoría N° 16**

Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin

**Defensoría N° 17**

Dr. Diego Calo Maiza (I)

**Defensoría N° 18**

Dr. Juan Ignacio Cafiero

**Defensoría N° 19**

Dra. Bibiana Marys Birriel Moreira

**Defensoría N° 20**

Dra. Marina Recabarra

**Defensoría N° 21**

Dra. María Lousteau

**Defensoría N° 22**

Dr. Christian Federico Brandoni Nonell

**Defensoría N° 23**

Dra. Claudia Analía Rodríguez

**Defensoría N° 24**

Dra. María Laura Giusepucci

**Secretaría General de Acceso a la Justicia**

Dr. Mauro Riano

**Secretaría General de Administración**

Lic. Jorge Costales

**Secretaría General de Coordinación Técnica**

Dr. Javier José Telías

**Secretaría General de Asistencia a la Defensa**

Dra. Marcela Millán

**Secretaría General de Planificación**

Dr. Francisco M. Talento

## ÍNDICE

- 7**            **EDITORIAL**
- ARTÍCULOS**
- 13**            **LOS BIENES CULTURALES COMO BIENES JURÍDICOS Y SU PROTECCIÓN**  
Mariana Pucciarello
- 35**            **HACIA UNA PRAGMÁTICA DE LOS DERECHOS CULTURALES: CUESTIONES DE MARCOS.**  
Laura Clérico y Martín Aldao
- 73**            **LOS NUEVOS ABORDAJES DE LA CUESTIÓN PATRIMONIAL Y SU INCIDENCIA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**  
Mónica S. Capano
- 101**           **APUNTES EN TORNO AL REPARTO DE COMPETENCIAS AMBIENTALES Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO URBANÍSTICO**  
Guillermo F. Treacy
- 123**           **PATRIMONIO CULTURAL, GOBIERNOS LOCALES Y SOCIEDAD CIVIL.**  
Pedro Delheye
- 133**           **EL PATRIMONIO HISTÓRICO CULTURAL COMO CONDICIONANTE SOCIAL DE LA SALUD MENTAL**  
Alejandra Petrella y María Julia Feierherd
- 141**           **MEMORIA Y VIDA DEMOCRÁTICA**  
Angela Rosalía Mora y Víctor Rodolfo Trionfetti
- 153**           **APUNTES SOBRE LA PARTICIPACIÓN BARRIAL EN EL CUIDADO DEL PATRIMONIO**  
Ricardo Castañeda
- 167**           **DE LOS DERECHOS CULTURALES A LA LEY DE CENTROS CULTURALES**  
Diego Fidel
- 179**           **EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO EN LAS CIUDADES**  
Sandra Guillermo
- 189**           **LA PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES: PROCESOS COLECTIVOS BRASILEÑOS.**  
Ada Pellegrini Grinover

- 199** LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL: EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.  
Mariana Pucciarello
- 209** APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL EMPEDRADO PORTEÑO  
Guillermo Scheibler
- 225** LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL. ANTECEDENTES DE LA LEY NACIONAL Nº 25743. ROL ACTIVO DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: RESOLUCIÓN PGN Nº 81/10.  
Eduardo R. Taiano y Eliana A. Carballo
- 245** RELEVAMIENTO DE CAUSAS JUDICIALES RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA CABA  
Catalina Crespo y María Victoria Alonso
- 293** REFLEXIONES EN TORNO A LA JUDICIALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA CABA  
María Victoria Alonso

ANEXO

- 313** GALERÍA FOTOGRÁFICA
- 329** PROGRAMA DE BIENES CULTURALES -MPD CABA-
- 333** RESOLUCIÓN DG Nº 1002-15

---

Laura Clérico y Martín Aldao\*

---

# Hacia una pragmática de los derechos culturales: cuestiones de marcos.\*\*

## I. Introducción

---

Los derechos culturales son frecuentemente pronunciados cuando se apela a la combinación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, en comparación se encuentran subdesarrollados. Este subdesarrollo reconoce varios motivos.<sup>1</sup> No es objeto de este trabajo explorar las razones o sinrazones de este subdesarrollo. El objetivo es trazar algunas líneas desde las que se puede desarrollar una pragmática de los derechos culturales que contiene: a) la estructura de los derechos culturales, b) los tipos de obligaciones que generan esos derechos, c) los exámenes para evaluar el cumplimiento de esas obligaciones y, determinar, en su caso, una violación a un derecho cultural.

Como en la “Teoría de los Derechos Fundamentales” interpretamos que la discusión sobre problemas referidos a los derechos, en este caso, los derechos culturales, supone trabajar con los elementos estructurantes que exponemos en el cuadro siguiente. La teoría estructural de los derechos fundamentales persigue, por lo menos, dos objetivos. Por un lado, se trata de clarificar

\* **Laura Clérico**

Docente universitaria (UBA), Investigadora del Conicet.

**Martín Aldao**

Docente universitario (UBA, Universidad Nacional de Avellaneda), Investigador del Conicet.

\*\*Agradecemos a Mariana Pucciarello por habernos entusiasmado a escribir sobre el tema y a Federico De Fazio por la lectura, comentarios, críticas y sugerencias.

---

1- Ver, por ejemplo, Symonides, ‘Cultural Rights: A Neglected Category of Human Rights’, 158 *Int'l Social Science J* (1998) 595; Stamatopoulou, Elsa, *Cultural Rights in International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.



los conceptos de los derechos. Por el otro, sirve para estructurar el propio argumento sobre derechos. Esta teoría ofrece una estructura en la cual tiene lugar una discusión sobre la sustancia de los derechos fundamentales.<sup>2</sup> **Por las razones que exponemos en relación con las disputas sobre el concepto de lo “cultural”, “cultura”, nos parece que una teoría estructural de los derechos es la más adecuada para encarar los desafíos necesariamente deliberativos y abiertos que requiere la disputa sobre el contenido de los derechos culturales.**

## II. Estructura de los derechos culturales

Cuando hablamos de un “derecho a algo”, entonces, en más o menos, presuponemos cuatro elementos estructurantes:<sup>3</sup>

el titular o los titulares (a)	el o los destinatarios o sujetos obligados (b)
el objeto-prestación de los derechos (C)	
las garantías de protección (G)	

Cuadro Nº 1. Elaboración propia.

El sujeto titular del derecho es un individuo o un conjunto de individuos, que podría ser un colectivo. En los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos se encuentra el sujeto titular bajo el enunciado “toda persona”. En

2-Por ello, algunos autores prefieren caracterizarla como una “teoría marco”, v. MÖLLER, K., “Balancing and the structure of constitutional rights” I•CON, Volume 5, Number 3, 2007, pp. 453-468.

3-ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1994. [Alexy, R. (2007), *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. (trad. Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales]. Madrid, 1994.

forma explícita el Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité de DESC) confirma que se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo.<sup>4</sup>

El sujeto obligado es múltiple, es el Estado nacional, el Estado provincial, el Estado municipal, una persona de derecho público (b). En el ámbito de protección interna de los derechos podría ser el sujeto obligado incluso una empresa, una fundación, un particular.

El objeto del derecho es el contenido o materia del derecho. Del contenido de ese derecho surgen para el sujeto obligado dos tipos de obligaciones, las obligaciones de no-intervención (obligaciones negativas) y las obligaciones de hacer (obligaciones positivas) (C).

Para prevenir el incumplimiento de las obligaciones o para reparar la violación al derecho en caso de incumplimiento entran en juego las garantías. Es decir, los medios de protección del derecho, en el caso, la acción de amparo, la medida cautelar, la acción de hábeas data, el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad, entre otros (G). Las garantías reparadoras y/o preventivas pueden ser también garantías políticas, sociales, económicas y culturales. Sin embargo, lo que no puede faltar es la existencia de garantías administrativas y judiciales eficaces. Estas garantías se pueden resumir bajo el rótulo “acceso a la justicia”.<sup>5</sup> Hasta aquí, la estructura de los derechos culturales.

4- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 21 (2009), párr. 9: “En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo.”

5- Esta tutela judicial hay que pensarla en su dimensión individual y en su dimensión colectiva. Advertimos que tanto en el ámbito interno como regional (Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en adelante SIDH) se encuentran desarrollos “de estándares sobre los mecanismos de tutela judicial tendientes a garantizar el litigio colectivo y especialmente, en relación con

### III. La determinación del contenido de los derechos culturales: sobre las definiciones. Cinco elementos para pensar el contenido de los derechos culturales.

Existen diversas usinas de producción de contenidos sobre los derechos culturales, sobre la “cultura”. Una de esas usinas, que combina lo que surge de la filosofía política y las traducciones que de ello hacen las dogmáticas de los Derechos Humanos y los Comités y Relatores de Naciones Unidas, sostiene que “cultura” no solo abarca la protección de las expresiones culturales como expresiones artísticas, literarias, etc., sino que también abarca la cultura como forma o estilo de vida.

Otra usina de producción son las interpretaciones que surgen del texto de las diversas normas sobre los derechos culturales. Las fuentes normativas son variadas. Los contenidos pueden surgir en forma expresa o implícita de los textos constitucionales (nacionales, provinciales), normas nacionales, provinciales, locales; de los estatutos de entidades civiles, etc.

---

el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo” [Comisión Interamericana de Derecho Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2007, párr. 328]. No es objeto de este trabajo explorar esta doble dimensión del acceso a la justicia en materia de derechos culturales. Sin embargo, es fundamental pensar, por ejemplo, la suficiencia de los servicios de acceso a la justicia para aquellos sectores de la sociedad que se encuentran en situaciones estructurales de desigualdad respecto del acceso a la justicia. En estos casos, “la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela” [Id., párr. 9]. En el ámbito local, la misión del Ministerio Público de la Defensa y la Asesoría Tutelar debe interpretarse en clave de posibilitar el acceso real a la justicia para exigibilidad de los derechos culturales de los colectivos en situación de desigualdad estructural.

Por ejemplo, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), se refiere al derecho de toda persona a participar o tomar parte en la vida cultural. Este derecho es caracterizado como un derecho “inclusivo”<sup>6</sup> e “interdependiente”<sup>7</sup> de otros derechos. Contiene tres componentes principales interrelacionados: a) la participación en la vida cultural;<sup>8</sup> b) el acceso a la vida cultural,<sup>9</sup> y c) la contribución a la vida cultural.<sup>10</sup>

Lo característico de este derecho es que en mayor o menor medida siempre nos toparemos con alguna referencia a la “cultura”, la “vida cultural”, la “participación cultural”, entre otros. Ocurre que la norma aplicable al caso puede llegar a incluir enunciados referidos a qué se entiende por “cultural”, “patrimonio cultural”, “participación en la vida cultural”, entre otras. Estas definiciones pueden ser arcaicas y responder a lo que “una” comunidad cultural entendía por esos términos y en desmedro, tal vez, de otras comunidades culturales que se vieron excluidas de participar efectivamente en esas disputas. Por ello, es importante mantener la alerta que nos suministra la faz expresiva y participativa de los derechos culturales.

El propio Comité de DESC en la Observación General N° 21 de 2009<sup>11</sup> (en adelante, OG N°

---

6- V. párr. 2 OG, N° 21.

7- OG N° 21, párr. 2.

8- Id. párr. 15.

9- Id. párr. 15.

10- Id. párr. 15.

11- En la Observación General 21, el Comité se refiere específicamente al párrafo 1 a) del artículo 15, participar en la vida cultural, en conjunción con los párrafos 2, 3 y 4, en cuanto se refieren también a la cultura, la actividad creadora y el desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones culturales, respectivamente. En la Observación General N° 17

Cultura es un concepto ...	El concepto de cultura no debe entenderse como ...
<p>“<i>amplio e inclusivo</i> que comprende todas las expresiones de la existencia humana.”</p> <p>“La expresión ‘vida cultural’ hace referencia explícita al carácter de la cultura como un <b>proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo</b>, que tiene un pasado, un presente y un futuro.”</p> <p>“como un <b>proceso interactivo</b> a través del cual los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y sus fines, dan expresión a la cultura de la humanidad. Ese concepto tiene en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social.”</p>	<p>una serie de expresiones aisladas o compartimientos estancos.</p>

Cuadro N° 2. Sobre la base de la OG N° 21 del Comité de DESC.

21) advierte expresamente sobre el carácter dinámico del tema: “se han formulado en el pasado diversas definiciones de ‘cultura’ y en el futuro habrá otras. En todo caso, todas se refieren al contenido polifacético implícito en el concepto de cultura”.<sup>12</sup> Luego se inclina por una doble estrategia, por un lado, bosqueja en sentido amplio lo que interpreta por cultural y, luego, lo que a su entender no debe ser.

A su vez, el Comité no define qué es la cultura, sino lo que comprende: “... entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el

ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades.” En este sentido hay que interpretar que realiza una enumeración no taxativa, meramente ejemplificativa, y se inclina por lo que en la dogmática de los derechos fundamentales se identifica como la teoría amplia del antecedente de hecho del derecho.<sup>13</sup>

Otra forma de desarrollar el contenido de un derecho es pensar en elementos estructurantes. Desde hace un tiempo los Relatores de Naciones Unidas que se dedican a DESC<sup>14</sup> y el Comité de DESC proponen cuatro elementos para el contenido de los derechos: accesibilidad, adaptabilidad, aceptabilidad, disponibilidad; y en forma reciente, se ha agregado otro elemento: idoneidad.

(2005), se refirió al derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora, consagrado en el párrafo 1c) del artículo 15. El Comité fue criticado por haber demorado la producción de una Observación General sobre derechos culturales que recién logra en 2009: Stamatopoulou, Elsa, *Cultural Rights in International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

12- Párrafos 10-12, con referencias a pie de página a diversas definiciones de cultura y a Rodolpho Stavenhagen, “Cultural rights: A social science perspective”, en H. Niec (coord.), *Cultural Rights and Wrongs: a collection of essays in commemoration of the 50th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, París y Leicester, Unesco Publishing e Institute of Art and Law.

13- V. en Alexy, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit.

14- TOMASEVSKY, K. “Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and Adaptable”, en: *Referencias*, Año 6 N° 26, abril 2009.

Elemento	Contenido ejemplificativo respecto al derecho a participar de la vida cultural
Accesibilidad	“consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas para que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, en las zonas urbanas y en las rurales, sin discriminación. <sup>16</sup> Es fundamental a este respecto dar y facilitar a las personas mayores, a las personas con discapacidad y a quienes viven en la pobreza acceso a esa cultura. Comprende también el derecho de toda persona a buscar, recibir y compartir información sobre todas las manifestaciones de la cultura en el idioma de su elección, así como el acceso de las comunidades a los medios de expresión y difusión.”
Aceptabilidad	“implica que las leyes, políticas, estrategias, programas y medidas adoptadas por el Estado Parte para el disfrute de los derechos culturales deben formularse y aplicarse de tal forma que sean aceptables para las personas y las comunidades de que se trate. A este respecto, se deben celebrar consultas con esas personas y comunidades para que las medidas destinadas a proteger la diversidad cultural les sean aceptables.”
Adaptabilidad	“se refiere a la flexibilidad y la pertinencia de las políticas, los programas y las medidas adoptados por el Estado Parte en cualquier ámbito de la vida cultural, que deben respetar la diversidad cultural de las personas y las comunidades.”
Disponibilidad	“es la presencia de bienes y servicios culturales que todo el mundo pueda disfrutar y aprovechar, en particular bibliotecas, museos, teatros, salas de cine y estadios deportivos; la literatura, incluido el folclore, y las artes en todas sus manifestaciones; espacios abiertos compartidos esenciales para la interacción cultural, como parques, plazas, avenidas y calles; dones de la naturaleza, como mares, lagos, ríos, montañas, bosques y reservas naturales, en particular su flora y su fauna, que dan a los países su carácter y su biodiversidad; bienes culturales intangibles, como lenguas, costumbres, tradiciones, creencias, conocimientos e historia, así como valores, que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y comunidades. De todos los bienes culturales, tiene especial valor la productiva relación intercultural que se establece cuando diversos grupos, minorías y comunidades pueden compartir libremente el mismo territorio.”
Idoneidad	“se refiere a la realización de un determinado Derecho Humano de manera pertinente y apta a un determinado contexto o una determinada modalidad cultural, vale decir, de manera que respete la cultura y los derechos culturales de las personas y las comunidades, con inclusión de las minorías y de los pueblos indígenas. El Comité se ha referido en muchas ocasiones al concepto de idoneidad cultural (o bien aceptabilidad o adecuación cultural) en anteriores observaciones generales, particularmente en relación con los derechos a la alimentación, la salud, el agua, la vivienda y la educación. La forma en que se llevan a la práctica los derechos puede repercutir también en la vida y la diversidad cultural. El Comité desea recalcar a este respecto la necesidad de tener en cuenta, en toda la medida de lo posible, los valores culturales asociados, entre otras cosas, con los alimentos y su consumo, la utilización del agua, la forma en que se prestan los servicios de salud y educación, y la forma en que se diseña y construye la vivienda.”

Cuadro N° 3. Sobre la base de la OG N° 21 del Comité de DESC.<sup>15</sup>


---

15-Véase la Observación General N° 20 (2009).

Hay dos características que merecen ser destacadas desde una perspectiva igualitaria de los derechos. El carácter expresivo-inclusivo y procesual del concepto “cultura”, lo “cultural”. ¿La finalidad? No excluir desde la propia definición de lo cultural aquellos colectivos no pertenecientes a los grupos dominantes desde los que se define “cultura”, lo “cultural”. Con esto queremos decir que el proceso de definición de “cultura” es abierto, plural, diverso. Requiere de una escucha atenta y descentrada de los lugares dominantes desde los que se la define.<sup>16</sup> Para que la “participación” en los derechos culturales se haga carne, entonces los colectivos que reclaman por ese derecho deben tener voz efectiva en la definición de lo que entienden por “cultura”.<sup>17</sup> Y esa escucha debe ser aún más

16- Sobre estudios empíricos acerca de las condiciones de permeabilidad que hacen posible esa apertura, v. CARDINAUX, N.; CLÉRICO, L.; RONCONI, L.; ALDAO, M.; “Hacia la reconstrucción de un perfil de juez/a permeables a las demandas de identidad de género: el caso del contencioso administrativo tributario de la Ciudad de Buenos Aires”, *Revista Ambiente Jurídico*, Manizales (Colombia). 2013; CARDINAUX, N.; VITA, L.; ALDAO, M., CLÉRICO, L.; “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013; y, en general, HOEKEMA, A., “Conflictos Multiculturales y Jueces Nacionales: Una Visión General”, en: *Themis 57. Revista de Derecho*.

17- Aquí subyace implícita la concepción de igualdad como reconocimiento. En otro trabajo sostuvimos que la igualdad como reconocimiento proviene de la filosofía continental, con más precisión de la fenomenología de la conciencia, y busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. De este modo también se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hombre blanco occidental a las instancias de participación política, que, de nuevo, son a su vez las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión

cuidadosa, cuando el reclamo sobre el derecho cultural es realizado por colectivos en situación de desigualdad estructural, comunidades indígenas, afrodescendientes, es necesario que los integrantes de esos colectivos sean escuchados efectivamente.

Esto último se relaciona, a su vez, con el último elemento para pensar los derechos culturales: idoneidad. Accesibilidad se refiere a la proximidad geográfica y financiera para posibilitar el ejercicio real del derecho. Adaptabilidad requiere sensibilidad, permeabilidad al contexto. Aceptabilidad apunta a la inclusión de los colectivos afectados en el proceso de diseño, la toma de decisiones. Disponibilidad apunta a las posibilidades reales en clave de cantidad, lo que incluye generar nuevas posibilidades pero, a su vez, no destruir las existentes. Lo novedoso es la inclusión del elemento de idoneidad. Este se crea a fuerza de interpretaciones que surgen de otras observaciones generales sobre DESC. La idoneidad sugiere que los derechos culturales son asimismo derechos transversales. Son derechos que abren las puertas para las interpretaciones no estereotipadas de otros derechos. Reconoce que existen diversos lugares no-dominantes desde los que se interpreta el derecho al agua, a la alimentación, a la tierra, a la vivienda. Esos lugares son diversos y plurales.

de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales. En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros. A su vez, ven en aquellos grupos de status con menor respeto, estima y prestigio, respecto al resto de la sociedad, el objeto de la afectación, y buscan la solución del problema de la igualdad a través de la revaluación de las valoraciones de status y, en sus versiones más radicales, la puesta en cuestión de los criterios en los que se asientan estas evaluaciones: CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín, *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento*, Revista “Estudios Constitucionales”, julio 2011; FRASER, N. (2006) “Justicia social en la era política de la identidad. En FRASER, N. y HONNETH, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*, Morata, Madrid, 2006.

Acceso a la tierra y territorio no tiene el mismo significado para un varón blanco con trabajo formal de clase media acomodada que reside en un centro urbano que para integrantes de comunidades indígenas que viven en El Impenetrable chaqueño. Esto implica escuchar sus necesidades e intereses desde otros patrones culturales que no responden al dominante del “hombre blanco occidental de clase media”.<sup>18</sup>

Por último, pensar el derecho en clave de estos cinco elementos estructurantes, permite a su vez, pensar en qué parte del contenido del derecho falló el Estado cuando no cumplió con sus obligaciones de no-intervención o de hacer positivo. Ayuda así a delimitar con precisión el problema normativo objeto del reclamo, como también el objeto de la pretensión, la dirección de la línea argumentativa, el decisorio y las medidas reparatorias.

#### **IV. Obligaciones que surgen de los derechos culturales: contenido, modalidad de cumplimiento.**

Los derechos culturales presentan como cualquier otro derecho una doble dimensión en cuanto a su contenido. Son derechos de no-intervención como así también derechos de prestación-positiva. Esta doble dimensión es aún más clara si se tiene en mira el

18- Como advierte la Corte IDH al receptor lo dicho por la Comisión en el caso “Xakmok Kasek”, esto implica escuchar a los representantes de la Comunidad cuando agregan que “[l]a visión mercantilista del valor de las tierras, que es entendida únicamente como medio de producción para generar ‘riquezas’, es inadmisibles e inaplicable cuando se aborda la cuestión indígena, pues supone una visión limitada de la realidad, al no contemplar [la] posibilidad de una concepción distinta a nuestra manera ‘occidental’ de ver las cosas del derecho indígena; sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, significaría hacer ilusoria la definición de que el Paraguay es un Estado pluricultural y multiétnico, echando por tierra los derechos de miles de personas que habitan el Paraguay y [lo] enriquecen con su diversidad”. Caso “Comunidad Xákmok Kásek v. Paraguay”, 2010, párr. 148.

tipo de obligación que genera para el Estado, entre otros sujetos obligados: obligaciones de no-intervención o no-hacer y obligaciones de hacer positivo.

Como derecho de no-intervención es necesario que el Estado se abstenga de hacer algo (por ejemplo, “no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales”). Como derecho de prestación positiva es necesario que el Estado genere las condiciones sociales, económicas, culturales, para que los individuos puedan ejercer los derechos (por ejemplo, “asegurarse que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos”). En el primer caso, el sujeto obligado tiene obligaciones de abstención, con lo que incumple con su obligación si interviene arbitrariamente. En el segundo caso, el Estado tiene obligaciones de hacer positivo, con lo que incumple si omite o realiza algo en forma insuficiente.

##### **IV.1. Contenidos de las obligaciones (hacer, no-hacer), obligaciones reforzadas. Modelo para completar.**

En el lenguaje de las Observaciones Generales sobre DESC, se habla de obligación de respeto, obligación de protección y obligación de realización o cumplimiento. El criterio de clasificación tiene en cuenta el contenido de la obligación: hacer (obligación positiva) o no-hacer (obligación negativa). En algunas constelaciones de casos las obligaciones, por ejemplo, de respetar y de proteger aparecen interrelacionadas, con lo que es difícil pensarlas de manera estática como formas puras de obligaciones de no-intervención y obligaciones de hacer, respectivamente. Al respecto, sirve nuevamente como ejemplo la Observación General N° 21 del Comité de DESC. Veamos:

Tipo de obligaciones	Ejemplos de obligaciones a la luz de los contenidos de los derechos culturales
La obligación de <i>respetar</i> requiere que los Estados partes se abstengan de interferir, directa o indirectamente en el derecho.	<p>No obstar al ejercicio del derecho a elegir libremente la propia identidad cultural, pertenecer o no a una comunidad y que la elección sea respetada. Queda incluido el derecho a no ser objeto de forma alguna de discriminación basada en la identidad cultural, de exclusión o de asimilación forzada, así como el derecho de toda persona a expresar libremente su identidad cultural, realizar sus prácticas culturales y llevar su forma de vida.<sup>19</sup></p> <p>No obstaculizar el acceso al Patrimonio Cultural y lingüístico y al de otras personas.</p> <p>No obstaculizar o intervenir en la participación de los individuos o colectivos en los procesos importantes de adopción de decisiones que puedan repercutir en su forma de vida y en los derechos culturales.</p>
La obligación de <i>proteger</i> exige que los Estados adopten medidas para impedir que otros actores (terceros) interfieran con el derecho. En varios casos, las obligaciones de respetar y proteger las libertades, el Patrimonio Cultural y la diversidad están interrelacionadas.	<p>Respetar y proteger el Patrimonio Cultural en todas sus formas, en tiempos de paz o de guerra, e incluso frente a desastres naturales.<sup>20</sup></p> <p>Respetar y proteger en las políticas y los programas medioambientales y de desarrollo económico el Patrimonio Cultural de todos los grupos y comunidades, en particular de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados.<sup>21</sup></p> <p>Respetar y proteger la producción cultural de los pueblos indígenas, con inclusión de sus conocimientos tradicionales, medicamentos naturales, folklore, rituales u otras formas de expresión.<sup>22</sup></p> <p>Promulgar y hacer cumplir leyes que prohíban la discriminación sobre la base de la identidad cultural, así como la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, teniendo en cuenta los artículos 19 y 20 del PIDCyP y el artículo 4º del Pidesc.</p> <p>Regular la responsabilidad que recae sobre el sector empresarial y otros actores no estatales en cuanto al respeto de ese derecho.<sup>23</sup></p>
La obligación de <i>cumplir</i> <sup>24</sup> requiere que los Estados Partes adopten las medidas adecuadas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias, de promoción y de otra índole, destinadas a la plena realización del derecho. <sup>25</sup>	<p>Obligación de facilitar el derecho de toda persona a participar en la vida cultural tomando una gran variedad de medidas positivas, entre otras, de tipo financiero, que contribuyan a la realización de este derecho.<sup>26</sup></p> <p>Para cumplir con la obligación de promover, los Estados deben adoptar medidas eficaces a los efectos de una enseñanza y toma de conciencia adecuadas con respecto al derecho de participar en la vida cultural, especialmente en las zonas rurales o en las zonas urbanas pobres o en relación con la situación concreta de las minorías y los pueblos indígenas, entre otros.</p> <p>La obligación de cumplir exige a los Estados Partes disponer todo lo necesario para hacer realidad el derecho a participar en la vida cultural cuando los individuos o las comunidades, por razones que estén fuera de su alcance, no puedan hacerlo por sí mismos con los medios de que disponen.<sup>27</sup></p> <p>Deben establecer en sus estrategias y políticas nacionales, indicadores y parámetros apropiados, con estadísticas desglosadas y cronogramas, que les permitan supervisar eficazmente la implementación del derecho de toda persona a participar en la vida cultural, así como evaluar el avance progresivo hacia la plena realización de ese derecho.<sup>28</sup></p> <p>En su calidad de miembros de organizaciones internacionales tales como la Unesco, la OMPI, la OIT, la FAO, la OMS y la OMC, los Estados Partes tienen la obligación de adoptar todas las medidas posibles para asegurar que las políticas y decisiones de esas organizaciones en el campo de la cultura y en ámbitos conexos sean compatibles con las obligaciones que les impone el Pacto.<sup>29</sup></p>

Cuadro Nº 4. Sobre la base de la OG Nº 21 del Comité de DESC.

---

19-Esto implica, por ejemplo, la obligación de “abolir la censura de actividades culturales que hubieran impuesto a las artes y otras formas de expresión. Abolir las barreras u obstáculos puestos al acceso a diversos intercambios de información y a participar en ellos, así como a tener acceso a los bienes y servicios culturales”.

20-Párr. 50: el Comité enumera en forma no-taxativa obligaciones que “incluyen el cuidado, la preservación y la restauración de sitios históricos, monumentos, obras de arte y obras literarias, entre otras cosas”.

21-Párr. 50: el cumplimiento de esta obligación requiere prestar “especial atención a las consecuencias adversas de la globalización, la excesiva en la privatización de bienes y servicios y la desregulación en el derecho a participar en la vida cultural”. V., al respecto, Fraser, N., Escalas de justicia. Barcelona, Herder, 2008; en: <http://w2.bcn.cat/bcnmetropolis/arxiu/es/page69f.html?id=21&ui=181>; y recientemente el *Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas para los Derechos Culturales* que alerta sobre la lógica mercantilista de la globalización económica en la determinación de los patrones culturales de las niñas y los niños y los jóvenes a través de la publicidad comercial en las escuelas. Justifica que los Estados deben cumplir con la obligación de garantizar y regular (limitar) el ingreso de publicidad en las escuelas públicas y privadas, v. Relatora Especial en la esfera de los derechos culturales, octavo informe temático (A/69/286), [www.ohchr.org/SP/Issues/derechosoculturales/Paginas/SRCulturalRightsIndex.aspx](http://www.ohchr.org/SP/Issues/derechosoculturales/Paginas/SRCulturalRightsIndex.aspx)

22-En este sentido el Comité precisa que esta obligación incluye la de protegerlos de que entidades estatales o privadas o empresas transnacionales exploten ilícita o injustamente sus tierras, territorios y recursos. La jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos de las comunidades indígenas puede ser leída asimismo a la luz de esta obligación.

23-Párr. 73.

24-La obligación de cumplir se suele subdividir en las obligaciones de facilitar, promover y proporcionar, párr. 51.

25-Véanse las Observaciones Generales N° 13 (1990), párrs. 46 y 47; N° 14 (2000), párr. 33; N° 17 (2005), párr. 28, y N° 18 (2005), párr. 22.

26-El Comité suministra en el párr. 52 una larga lista de ejemplos de cómo se concretiza las obligaciones de facilitar, entre otros: “a) adoptar políticas para la protección y promoción de la diversidad cultural y facilitar el acceso a una variedad rica y diversificada de expresiones culturales mediante, entre otras cosas, medidas que apunten a establecer y apoyar instituciones públicas y la infraestructura cultural necesaria para la aplicación de dichas políticas, así como medidas encaminadas a lograr una mayor diversidad mediante la radiodifusión pública en lenguas regionales y minoritarias; b) adoptar políticas que permitan a quienes pertenecen a diversas comunidades culturales dedicarse con libertad y sin discriminación a sus propias prácticas culturales y las de otras personas y elegir libremente su forma de vida; c) promover el ejercicio del derecho de asociación de las minorías culturales y lingüísticas en pro del desarrollo de sus derechos culturales y lingüísticos; d) otorgar ayuda financiera o de otro tipo a artistas y organizaciones públicas y privadas, como academias científicas, asociaciones culturales, sindicatos y otras personas e instituciones dedicadas a actividades científicas y creativas; e) estimular la participación de científicos, artistas y otras personas en actividades internacionales de investigación científica o cultural, como simposios, conferencias, seminarios y talleres; f) adoptar medidas o establecer programas adecuados para apoyar a las minorías o a otras comunidades, entre otras, las comunidades de migrantes, en sus intentos por preservar su cultura; g) tomar medidas adecuadas para corregir las formas estructurales de discriminación, a fin de que la representación insuficiente de ciertas comunidades en la vida pública no menoscabe su derecho a participar en la vida cultural; h) adoptar medidas adecuadas para crear las condiciones que permitan una relación intercultural constructiva entre personas y grupos sobre la base de la comprensión, la tolerancia y el respeto mutuos; i) tomar medidas adecuadas para realizar campañas públicas a través de los medios de difusión, las instituciones educacionales y otros medios disponibles, con miras a erradicar todo tipo de prejuicios contra personas o comunidades en razón de su identidad cultural.”

27-Esta obligación implica, entre otras: “a) La promulgación de legislación adecuada y el establecimiento de mecanismos efectivos que permitan a las personas, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o grupo, participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones, reivindicar la protección de su derecho a participar en la vida cultural, y reclamar y obtener una indemnización si se han infringido sus derechos; b) programas destinados a preservar y restablecer el patrimonio cultural; c) la incorporación de la educación cultural en los programas de estudios de todos los ciclos, con inclusión de historia, literatura, música y la historia de otras culturas, en consulta con todos aquellos a quienes concierne; d) el acceso garantizado de todos, sin discriminación por motivos de posición económica o cualquier otra condición social, a museos, bibliotecas, cines y teatros, y a actividades, servicios y eventos culturales.”

28-Párr. 71.

29-Párr. 75.



La enumeración ejemplificativa del contenido de las obligaciones refuerza la idea central de este apartado. Las obligaciones son, en suma, de dos tipos: de hacer positivo y de no hacer.

Asimismo, el detalle de las obligaciones surge de diagnósticos que recoge el Comité de DESC a fuerza de discusión de los informes que presentan los Estados. Esos diagnósticos revelan que existen colectivos, poblaciones, que no se encuentran en igualdad de condiciones para el ejercicio de los derechos culturales. Esto implica que el Estado debe prestar especial consideración a cómo sus acciones u omisiones —y/o de los particulares— impactan en esas situaciones de desigualdad. Entonces cuando respeta, protege, cumple, promueve, garantiza, favorece, debe considerar en qué situación o estado se encuentran las mujeres, los niños, las personas de edad avanzada, las personas con discapacidad, las minorías, los migrantes, los pueblos o comunidades indígenas, las personas que viven en la pobreza.<sup>30</sup>

30-Este diagnóstico no fue ajeno para el constituyente del 94. Los constituyentes de 1994 receptaron —en forma expresa o implícita— diagnósticos en varias partes de la Constitución reformada. En este trabajo identificamos, por lo menos, dos. Del juego interpretativo de los incisos 23 y 17 del artículo 75 CN surge que no existe igualdad real de oportunidades para el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los IIDH, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos, las personas con discapacidad y los pueblos o comunidades indígenas. Para solucionar esta desigualdad que opera de hecho, determina que el Congreso Nacional debe legislar y promover medidas de acción positiva. Dos conclusiones intermedias: primero, el carácter abstracto con que suelen ser reconocidos los derechos (piénsese por caso en el encabezado del art. 14 CN “todos los habitantes”) es martillado por la desigualdad de hecho del art. 75 inc. 23 CN. Si bien todos los habitantes tienen derechos culturales, los colectivos del art. 75 inc. 23 se encuentran en peores condiciones para gozarlos de forma efectiva. Segundo, el diagnóstico es la desigualdad fáctica en el goce efectivo de los derechos. La Constitución local es aún más enfática en la determinación de colectivos que se encuentran en desigualdad de condiciones para el ejercicio de los derechos. Todo ello permite sostener que las obligaciones de

Por último, la enumeración de ejemplos de obligaciones como respetar, proteger y cumplir fue realizada a la luz de la interpretación que el Comité de DESC realiza sobre los derechos culturales y como fruto de su experiencia, lo que le permite tener una visión panorámica. Esta enumeración ejemplificativa debe ser interpretada en el ámbito interno (nacional, provincial, local) *como un piso y no como un techo*. El cuadro *requiere ser complementado* con las obligaciones más específicas en materia de derechos culturales que surgen de normas de fuente interna (CN, normas federales y nacionales, constituciones provinciales y de la CABA, normas provinciales y locales, entre otras).

#### IV.2. Modalidad de cumplimiento de las obligaciones que surgen de los derechos

Si tenemos en cuenta el momento en el cual se deben cumplir las obligaciones de hacer positivo y de no intervención (en suma, de respetar, proteger y cumplir), y si leemos el artículo 2.1. del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, podemos distinguir dos tipos de obligaciones:

- a. Las que son imposterables y de cumplimiento inmediato (para ponerlas

respetar, proteger y cumplir implican obligaciones estatales reforzadas, cuando los colectivos afectados se encuentran en una situación de desigualdad estructural [sobre la inclusión de la desigualdad estructural en el examen de igualdad, ver entre otras, Añón, Ma. José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, en: *Isonomía*, México, 2013]. El constituyente bosquejó un diagnóstico e identificó el camino por donde deben transitar las soluciones: las medidas de acción positiva. En suma, las obligaciones estatales que surgen de los derechos culturales requieren ser leídas desde la perspectiva de los colectivos que se encuentran en desigualdad de hecho [ALDAO, M.; CLÉRICO, L.; “La igualdad desenmarcada: a 20 años de la reforma constitucional argentina de 1994”, en: *Revista Electrónica del Instituto Gioja*, año VIII, N°13, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2014].

en términos llanos, *obligaciones ya*, que no pueden esperar). En palabras del Comité, por ejemplo, “el Pacto impone a los Estados partes la obligación inmediata de garantizar que el derecho conferido en el párrafo 1 a) del artículo 15 sea ejercido sin discriminación, de reconocer las prácticas culturales y de abstenerse de injerirse en su disfrute y realización”.<sup>31</sup>

- b. Las obligaciones de cumplimiento progresivo, que implican, a su vez, la prohibición de no-regresión. Es decir, las obligaciones expresas y continuas de adoptar medidas deliberadas y concretas destinadas a la plena realización del derecho de toda persona a participar en la vida cultural”.<sup>32</sup> Implican un empezar a andar, la continuación de ese andar, la no-interrupción y regresión de ese andar, lo que requiere —sin demora— adoptar medidas concretas para la adecuada protección y el pleno ejercicio de los derechos culturales. El carácter vinculante de las obligaciones de desarrollo progresivo surge claramente de su contracara, es decir, cuáles son los efectos si el Estado incumple con esa obligación por aplicar medidas regresivas. Como sostiene por ejemplo, el Comité: “al igual que en el caso de los demás derechos reconocidos en el Pacto, no es posible tomar medidas regresivas en relación con el derecho de toda persona a participar en la vida cultural”.<sup>33</sup>

31-Véase la Observación General N° 20 (2009).

32- Párr. 45 con referencias a las Observaciones Generales N° 3 (1990), párr. 9; N° 13 (1999), párr. 44; N° 14 (2000), párr. 31; N° 17 (2005), párr. 26, y N° 18 (2005), párr. 20; y a los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 21.

33- Párr. 46 con referencias a las Observaciones Generales N° 3 (1990), párr. 9; N° 13 (1999), párr. 45; N° 14 (2000), párr. 32; N° 17 (2005), párr. 27, y N° 18 (2005), párr. 21.

Esta clasificación arroja, por lo menos, dos interrogantes. El primero se refiere a las razones de esta clasificación, a su surgimiento. El segundo, a un problema epistemológico, como establecer si una norma sobre derechos constitucionales contiene una obligación de cumplimiento inmediato o de cumplimiento de desarrollo progresivo.

Respecto del primer interrogante, la respuesta se encuentra en la historia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la disputa por su exigibilidad. Esta disputa se trasladó en algún sentido a la interpretación del Pacto Internacional de DESC. Varios Estados pugaban por la interpretación del Pacto en un sentido no-vinculante. Es decir, el Pacto reconoce derechos pero de ahí no se seguirían obligaciones para el Estado sino solo indicaciones para el desarrollo de políticas públicas. En suma, esos Estados eran presa del aguijón de la programaticidad con la que se predicaba la validez devuelta de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Otros Estados escaparon a ese aguijón, sin embargo, sostenían una postura intermedia. El Pacto solo obliga a los Estados a cumplir con las obligaciones que surgen de los contenidos mínimos de los DESC, más allá de eso depende de las políticas discrecionales de los Estados. La tercera postura es la que sostiene el Comité de DESC y la dominante en la dogmática actual de los DESC, pues se basa sobre una interpretación de buena fe del DESC: todas las obligaciones del pacto son vinculantes. La posición se divide en los siguientes pasos argumentativos, de elaboración propia:<sup>34</sup>

34- A los efectos de este trabajo alcanza con la enumeración de estos pasos. Cada paso requiere ser justificado y ha generado una abundante cantidad de trabajos que tienen en común sostener los DESC como derechos vinculantes que generan obligaciones exigibles en sede administrativa o judicial aunque difieran en otros puntos, entre otros, v. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

- a. El Pacto de DESC genera obligaciones para los Estados.
- b. Esas obligaciones tienen como contenido obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir.
- c. Los Estados tienen la obligación de cumplirlas (es decir, el Pacto es vinculante en sentido fuerte).
- d. Algunas de esas obligaciones son de incumplimiento inmediato.
- e. Otras obligaciones son de cumplimiento progresivo.
- f. Todas las obligaciones del pacto son vinculantes y exigibles aunque difieran en cuanto al momento del cumplimiento.

El segundo interrogante se refiere a cómo identificar si una norma sobre derechos culturales establece una obligación de cumplimiento inmediato o de cumplimiento progresivo. Esta es una tarea de interpretación y de justificación de la interpretación. El punto de partida es la interpretación del texto de la ley (aunque el argumento semántico no sea excluyente de otros), el argumento de los precedentes, de la dogmática juega un papel importante como así también todos los otros cánones de la interpretación.<sup>35</sup> En especial, en el ámbito de los Derechos Humanos, juega la interpretación dinámica (que concibe la Convención como un “instrumento vivo”), un papel preponderante, como así también, la interpretación de acuerdo con el objeto y fin del Tratado, la interpretación que busca darle un “efecto útil” al Tratado.<sup>36</sup>

35- V. AGUILÓ, REGLA, J., “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en: HENAO, Juan Carlos, *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, Univ. del Externado, Bogotá, 2013, pp. 217-249 (224).

36- Ver al respecto, Burgorgue-Larsen, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, Universidad de Talca,

Desde hace varios años, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha levantado el guante de la misión interpretativa de su mandato a través de sus *Observaciones Generales*. Estas son el fruto de “abundante experiencia sobre el tema examinando informes y dialogando con Estados partes” y con “representantes de organizaciones internacionales y de la sociedad civil a fin de preparar la presente Observación General”.<sup>37</sup> Nuevamente aquí debemos hacer una advertencia. El Comité está realizando interpretación de las normas del PIDESC. Está estableciendo pisos y no techos. Esto quiere decir que en el ámbito interno quien emprenda la tarea de interpretar las obligaciones debe tener a la OG N° 21 como piso y no techo. En el caso de Argentina, existen obligaciones inmediatas que exceden al piso fijado por el Comité. Estas son exigibles, los Estados (nacionales, provinciales, locales), no se pueden amparar en la OG N° 21 para limitar la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones. Deben cumplir con las obligaciones del Pacto y con las más precisas que surgen de las normas de fuente interna. Un claro ejemplo se encuentra en el artículo sobre educación de la Constitución de la CABA.<sup>38</sup> Se establece una obligación de cumplimiento inmediato que consiste en garantizar educación a partir de los 45 días de vida. Esta obligación supera la contenida en el PIDESC. Esta última no es un argumento válido para incumplir con la obligación precisa que surge de la Constitución de la CABA.

Chile, 2014, pp. 105-161.

37- Párr. 5. Así estas interpretaciones no son el mero resultado de un ejercicio intelectual que el Comité realiza entre sus miembros, sino también el fruto de un proceso dialógico con diversos actores relevantes que operan en la esfera internacional y de cara a las realidades en materia de DESC que le toca evaluar.

38- Ver, referencias al caso sobre vacantes para el nivel inicial, en el apartado V.1 de este trabajo.

Para el Comité las obligaciones que son de cumplimiento inmediato en materia de derechos culturales tienen que ver con posibilitar los niveles mínimos esenciales de cada DESC,<sup>39</sup> en términos generales son, según OG N° 3:

- La obligación de garantizar que los derechos serán ejercidos sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2 del PIDESC).
- La obligación de empezar a andar, de dar pasos: la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2 PIDESC) en aras de la plena realización de los derechos.
- La obligación de garantizar vías institucionales de exigibilidad: la provisión de recursos administrativos, judiciales efectivos.
- La obligación de garantizar niveles esenciales o mínimos para cada uno de los derechos.

Ese mínimo es definido en la OG N° 21, primero, con una fórmula general:

“Así, pues, de conformidad con el Pacto y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos y de protección de la diversidad cultural, el Comité considera que el párrafo 1 a) del artículo 15 del Pacto conlleva, por lo menos, *la obligación de crear y promover* un entorno en el que toda persona, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o grupo, pueda participar en la cultura de su elección.”<sup>40</sup>

39- Existen acaloradas disputas acerca de cómo determinar el contenido mínimo o esencial o central de los derechos. V. el análisis de YOUNG, K., “*The Minimum Core of Economic and Social Rights*”, 33 *YALE J. INT. LAW* 113, 2008, YOUNG, K., *Constituting Economic and Social Rights*, OUP, Oxford, 2012.

40- Párrafos. 55, 23 y refuerzo en párr. 67: “Los Estados Partes deben tomar sin demora las medidas necesarias para garantizar, en forma inmediata, al menos el contenido mínimo de las obligaciones básicas ... Muchas de estas medidas, como las destinadas a garantizar la no discriminación *de jure*, no requieren necesariamente

Y luego, con ejemplos desagregados de las obligaciones que este implica, “lo cual incluye las siguientes obligaciones básicas de aplicación inmediata”, según OG N° 21, párr. 55:

- a. **Tomar medidas** legislativas y cualesquiera otras que fueren necesarias para garantizar la no discriminación<sup>41</sup> y la igualdad entre los géneros en el disfrute del derecho de toda persona a participar en la vida cultural.
- b. **Respetar** el derecho de toda persona a identificarse o no con una o varias comunidades y el derecho a cambiar de idea.
- c. **Respetar y proteger** el derecho de toda persona a ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites que supone el respeto de los Derechos Humanos, lo que implica, en particular, respetar la libertad de pensamiento, creencia y religión; la libertad de opinión y expresión; la libertad de emplear la lengua de su preferencia; la libertad de asociación y reunión pacífica; y la libertad de escoger y establecer instituciones educativas.
- d. **Eliminar las barreras u obstáculos** que inhiben o limitan el acceso de la persona a su propia cultura o a otras culturas,

recursos financieros. Aunque puede haber otras para las cuales se necesiten recursos, estas medidas son en todo caso esenciales para cumplir el contenido mínimo. Dichas medidas no son estáticas, por lo que los Estados partes están obligados a avanzar progresivamente hacia la plena realización de los derechos contemplados en el Pacto y, en lo que concierne a la presente observación general, del derecho consagrado en el párrafo 1a) del artículo 15”.

41- El Pacto impone a los Estados Partes la obligación inmediata de garantizar que el derecho conferido en el párrafo 1 a) del artículo 15 sea ejercido sin discriminación, de reconocer las prácticas culturales y de abstenerse de injerirse en su disfrute y realización. Y esto se ve reforzado porque el Estado no puede alegar margen de discrecionalidad alguno para el cumplimiento de esta obligación inmediata: Los Estados Partes, (...), deben adoptar en forma inmediata las destinadas a garantizar el acceso sin discriminación de toda persona a esa vida (párr. 66).

sin discriminación y sin consideración de fronteras de ningún tipo.

- e. **Permitir y promover** la participación de personas pertenecientes a minorías, pueblos indígenas u otras comunidades en la formulación y aplicación de las leyes y las políticas que les conciernan. En particular, los Estados Partes **deben obtener su consentimiento previo libre e informado** cuando corra peligro la preservación de sus recursos culturales, especialmente aquellos asociados con su forma de vida y expresión cultural.

Una lectura detenida de la enumeración de obligaciones de cumplimiento inmediato arroja como resultado que no se trata solo de obligaciones de respeto (no-intervención), sino de obligaciones de protección y de cumplir, fomentar, garantizar (obligaciones de hacer positivo). A esta enumeración que surge de la interpretación de la norma de fuente internacional, hay que agregar, como se insistió arriba, las que surgen de la interpretación de normas de carácter interno.<sup>42</sup>

Más allá de las obligaciones de cumplimiento inmediato, los Estados siguen teniendo obligaciones vinculantes y exigibles (que surgen de los derechos culturales): obligaciones de desarrollo progresivo. El lenguaje del Comité de DESC habla de obligaciones que no admiten demoras, de obligaciones que requieren de medidas necesarias para permitir el ejercicio de los derechos, de obligaciones de desarrollo progresivo. Esto nos conecta con el punto siguiente de este trabajo, cómo se aplican las normas de derechos culturales que establecen obligaciones de cumplimiento inmediato por un lado y, por el otro, cómo se

aplican las que establecen obligaciones de desarrollo progresivo.

## V. Las normas sobre derechos culturales como reglas y principios

Los derechos culturales están expresados en enunciados normativos. Es importante recordar este punto.<sup>43</sup> De lo contrario se pierde de vista que se está trabajando con normas. ¿Cuál es la estructura de las normas sobre los derechos culturales? La respuesta a este interrogante nos permite distinguir cuando hablamos de una obligación de ejecución inmediata en comparación con la de una obligación de desarrollo progresivo. Esta pregunta es, asimismo, de suma importancia para determinar la forma de aplicación de las normas de los derechos culturales. Asimismo, ayuda para determinar la forma de evaluación de una violación al cumplimiento de una obligación que surge de una norma de derechos culturales. No podemos obviar el tema. Las normas de Derechos Humanos presentan una doble estructura: en parte son reglas y en la otra parte son principios.<sup>44</sup> En ambos casos son exigibles. Difieren en cuanto al modo de su aplicación.

43-Ver esta advertencia en, DE FAZIO, F., "Sistemas Normativos y Conflictos Constitucionales: ¿Es Posible Aplicar Derechos Fundamentales Sin Ponderar?", en: *ISONOMÍA* N° 40, abril 2014, pp. 197-226, <http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia40/num40/40.%208.pdf>; DE FAZIO, F.; ALDAO, M. "Los derechos sociales fundamentales en Nino: Una línea fértil para la metodología jurídica", en: *DOXA*, N° 38, 2015, pp. 301-318.

44- La justificación de la distinción entre reglas y principios puede verse en: ALEXY, R., *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, en: *Rechtstheorie, Beiheft 1*, Berlín, 1979; DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Nueva York, , 1997, Cap. II; SIECKMANN, J., *Regelmodell und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos Baden-Baden, 1990.

42-Ver por ejemplo, este ejercicio en relación con el derecho a la salud, en: RONCONI, Liliána M., "Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos", en *Salud colectiva*, 8(2), Universidad de Lanús, Provincia de Buenos Aires, (2012), pp.131-149.

### V.1 Los derechos culturales como reglas. Modo de aplicación: subsunción.

Las reglas establecen lo que debe ser (solución normativa) y lo que se debe hacer (norma para la acción) en el supuesto que se dé el caso genérico descrito en la primera parte de la norma. Por ejemplo, la regla que establece la obligación de los conductores de vehículos de circular por la derecha en la carretera, fija que si se está circulando con un vehículo, se lo debe hacer por la derecha. Esta regla da una solución normativa definitiva para todos los supuestos que caigan en la descripción del caso genérico que contiene la norma. Lo que diferencia a las reglas<sup>45</sup> de los principios es que las primeras son normas que establecen sus condiciones de aplicación de manera cerrada en su supuesto de hecho. Si se da en el caso el supuesto de hecho (vehículo que circula por la calle) se sigue la consecuencia (conducir por el lado derecho de la carretera). Las reglas se aplican de modo de “todo o nada” siempre y cuando sus supuestos de hecho estén dados. Si existe una norma en el ordenamiento jurídico que obligue a circular por el lado derecho de la carretera; y al mismo tiempo existe otra que obligue a circular por la izquierda, la resolución del conflicto de reglas arroja como resultado que una de las dos no es válida, en nuestro caso la que obliga a circular por la izquierda.<sup>46</sup>

45- Una norma se comporta como regla cuando presenta un contenido determinado para decidir el caso. Esto ocurre cuando en la norma aparece determinada la conducta que está ordenada, prohibida o permitida en forma definitiva. ALEXY, R, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/Main, Suhrkamp Verlag, 1986, cap. 1 [en español, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, *op. cit.*].

46- Los ejemplos de normas de Derechos Humanos que son reglas y de aplicación absoluta son: la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud, de servidumbre, trabajo forzado y trata de personas, la prohibición de desaparición forzada de personas. La regla contenida

En relación con los derechos culturales una clara violación del cumplimiento de una obligación de observación o de ejecución inmediata está dada en el caso “Sarayaku c. Ecuador” resuelto por la Corte IDH.<sup>47</sup> El caso se puede reconstruir bajo la discusión del cumplimiento o no de la obligación inmediata “permitir y promover la participación de personas pertenecientes a minorías, pueblos indígenas u otras comunidades en la formulación y aplicación de las leyes y las políticas que les conciernan. En particular, los Estados partes deben obtener su consentimiento previo libre e informado cuando corra peligro la preservación de sus recursos culturales, especialmente aquellos asociados con su forma de vida y expresión cultural.” En el caso la Corte IDH condena a Ecuador porque, con la aquiescencia y protección del Estado, una empresa petrolera realizó el desbroce de senderos y sembró cerca de 1400 kg de explosivo pentolita en el bloque 23, que incluye el territorio Sarayaku. El caso se refiere a la

en el Art. 1 de la Conv. Internacional sobre Protección contra la Desaparición Forzada de Personas establece [1. Nadie será sometido a una desaparición forzada], fija que cualquier acción que implique desaparición forzada [Art. 2. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley], está definitiva y estrictamente prohibida. Esto implica que la prohibición es absoluta y en ningún caso se admite excepciones [Art. 1.2: “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada de los conductores de vehículos de circular por la derecha en la carretera”]. Esta regla da una solución normativa definitiva para todos los supuestos que caigan en la descripción del caso genérico que contiene la norma.

47- Corte IDH, Caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, 27/6/2012, párrs. 245 y 248.

responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. Por un lado, da por comprobado un riesgo claro, que correspondía al Estado desactivar, con lo que se trata de una violación al derecho a la vida e integridad de las personas.<sup>48</sup> Por el otro, se violó la obligación de consulta previa. La Corte IDH estableció que para que la explotación o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (...), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones. (...) La Corte sostiene que “la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene, en general, un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que (...) deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (...), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad

48- Id. párr. 248.

pluralista, multicultural y democrática”.<sup>49</sup> La Corte IDH concluyó que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio: los actos de la empresa petrolera no cumplen con los elementos mínimos de una consulta previa. En definitiva, el Pueblo Sarayaku no fue consultado por el Estado antes de que se realizaran actividades propias de la exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectaran sitios de especial valor cultural. Por último consideró que **la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su Patrimonio Cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.**<sup>50</sup>

Otra norma de derechos culturales que tiene carácter de regla es la referida a la provisión de medios administrativos y judiciales efectivos para la exigibilidad del derecho. La omisión del Estado al respecto configura una clara violación al derecho. Otra norma —esta vez relacionada con el acceso a la educación—, es la referida a garantizar educación inicial a partir de los 45 días de vida en el ámbito local. El trabajo con esta norma con carácter de regla, permite ilustrar el método de la subsunción por el que se aplican las reglas. La subsunción consiste en encastrar el caso particular en una pauta general. Aplicar el derecho consistiría en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia

49- Id. párr. 159 y ss.

50- Id. párr. 220, el resaltado nos pertenece.

normativa para el caso individual en debate. La estrategia argumentativa del actor se describiría en las siguientes etapas:

- a. Reconstruir cuál es la situación (incluye hechos, datos, historias de vida) objeto del relamo.
- b. Identificar la norma aplicable, interpretarla y justificar por qué es adecuada para dar respuesta a la situación planteada.
- c. Argumentar que la situación reclamada encaja en la descripción que hace la norma.
- d. Y, entonces, se sigue la conclusión que prevé la norma.

La subsunción no es un acto mecánico y cada una de las etapas argumentativas requiere ser justificada. Precisamente en la justificación de estas etapas radica, en parte, la solvencia de la estrategia argumentativa. En el caso de exigibilidad de vacantes<sup>51</sup> para el nivel inicial a partir de los 45 días de vida de la niña o niño en el ámbito de la CABA, el art. 24 de la Constitución local establece: “[l]a Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal, laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad, o el período mayor que la legislación determine [...]”. Así el art. 24 de la Constitución de la CABA establece con claridad las condiciones de aplicación de la norma: si se trata de niñas y niños a partir de los 45 días de vida (agregamos cuyos padres o tutores quieran enviarlos al jardín maternal), entonces la norma establece la obligación expresa e indelegable del Gobierno de la CABA de asegurar y financiar la educación pública, laica y gratuita.

51- “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, EXP. 23.360/0, Juzgado N° 3 del CAyT de la CABA, Juez G. Treacy.

El carácter de regla del derecho a tener vacantes se fortalece si se realiza una interpretación del art. 24 de la Constitución de la CABA en relación con el plexo normativo en el que se encuentra inserto (argumento sistemático, de coherencia normativa). La norma constitucional aparece complementada por la Ley N° 114, cuyos artículos 27, 28 y 29 se refieren específicamente al derecho a la educación. Entre otros aspectos de ese derecho, el Gobierno de la Ciudad se compromete a garantizar el acceso gratuito a los establecimientos educativos de todos los niveles (art. 27 inc. a). Para el fortalecimiento del carácter de regla de la norma se suma un argumento de igualdad: la falta de cumplimiento de esta obligación para el nivel inicial afecta a niñas y niños provenientes de familias en estado de pobreza e indigencia provocando (o aumentando) la exclusión por razones socioeconómicas (en violación a la manda de los arts. 75 inc. 23 CN y 11.2 de la CCBA). “En efecto, la carencia de establecimientos de educación inicial en número suficiente para satisfacer la demanda educativa, perjudica más a las familias de escasos recursos, que previsiblemente no contarán con los medios para enviar a sus niños a otro tipo de establecimientos pagos”.<sup>52</sup>

Así, la norma del art. 24 de la CCABA es regla. Y dimos muy buenas razones de por qué lo es: un argumento que toma en cuenta la letra de la norma, otro argumento que posiciona la norma en similares (coherencia), otro que considera cómo impacta la falta de cumplimiento de la obligación estatal en forma adecuada y suficiente para aquellas personas que se encuentran en las peores condiciones (argumento de igualdad).

Por ello, a renglón seguido el actor debe argumentar por qué los hechos, la situación de

52- “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA”, Considerando 7 de la sentencia.



falta de vacantes, encajan bajo las condiciones de aplicación de la norma del art. 24 CCABA. La norma (reconstruida) establece que: si se trata de niños y niñas a partir de los 45 días de vida, que quieran asistir al nivel inicial, tiene que haber vacantes suficientes en establecimientos públicos. Entonces, alcanza con alegar y demostrar casos puntuales de niños y niñas que aún no tienen vacantes y que tienen más de 45 días de vida. Aquí también se podría trabajar el caso en clave estructural. Por ejemplo, identificar la cantidad de jardines maternos públicos y contrastarlos con la cantidad de niñas y niños de la CABA hasta 3 años de edad. No todos asistirán al jardín maternal pues esto depende del plan de vida de los padres. Sin embargo, la prueba debe seguir con informes que demuestren varios aspectos. Primero, la lista de niñas y niños de esas edades que esperan vacantes. Estas pueden surgir de la propia Secretaría de Educación del Gobierno de la CABA, de un relevamiento del actor luego de haber consultado las escuelas que tienen jardines para la primera infancia, que arroje como resultado la cantidad de niñas y niños en lista de espera. Asimismo, se podría trabajar con los datos del censo respecto de la cantidad de niños entre 45 días y 3 años que viven en la CABA. Segundo, se presentan informes acerca de la cantidad de jardines maternos privados arancelados existentes en la CABA. Esto demuestra que existe una práctica de enviar a los niños al jardín maternal (por razones múltiples, entre otras, laborales de los padres); con lo que de existir los jardines maternos públicos estos también generarían las condiciones para satisfacer el derecho a la vacante de las niñas y los niños en la primera infancia. Tercero, se podrían agregar historias de vida de parejas, mujeres o varones jefas y jefes de hogar que relatan con sus palabras “cómo se las arreglan” para dejar a las niñas y niños bajo el cuidado de alguna persona mientras salen a trabajar, y

cómo la posibilidad de vacantes suficientes cambiaría para mejorar sus vidas y la de sus niñas y niños. El relato es un recurso potente pues permite recuperar las voces concretas de las afectadas y afectados desde sus lugares cotidianos de vivencia. Cuarto, se trata de presentar informes de variada procedencia (organismos gubernamentales, organismos de protección internacional de los derechos de las niñas y los niños, entre otros), que demuestren las ventajas en términos cognitivos y sociales de aquellos que asistieron desde temprana edad a centros educativos.

Una vez presentada la situación y justificado el encastre, el juez debe interpretar si los hechos son o no subsumibles bajo el art. 24 CCABA. Esto es lo que ocurrió en el caso de las vacantes para el nivel inicial. Por ello, el juez concluyó en su sentencia que se violó la obligación de garantizar educación para ese nivel.<sup>53</sup> Así, se sigue que el Estado de la CABA debe hacer algo para cumplir de forma adecuada y suficiente con su obligación. En este lugar adquiere relevancia todo el trabajo relacionado con los “remedios” para lograr determinar los medios para que el Estado local cumpla de manera adecuada y suficiente con sus obligaciones. Es decir, genere las vacantes en establecimientos públicos.

Así, la estrategia argumentativa del actor sostiene que cuando se trata de garantizar el derecho a la educación de las niñas y los niños a partir de los 45 días de vida, ese derecho es regla y no acepta consideraciones de otros principios que admitan la falta de cumplimiento de la obligación de garantía de vacantes suficientes. La omisión o insuficiencia de acción estatal que implica insuficiencia de vacantes para el jardín maternal está prohibida y en forma definitiva.

53- “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, EXP. 23.360/0, Juzgado N° 3 del CAyT de la CABA, Juez G. Treacy.

La regla contiene, en este caso, una obligación definitiva, esto quiere decir, que en el contenido de esta regla ya se han tenido en cuenta las razones que podrían haber jugado en contra de lo ordenado por el Derecho Humano en cuestión (el argumento de dar prioridad condicionada a otros derechos, etc.) y, por lo tanto, ya es un deber definitivo (no admite ponderación alguna), que debe ser aplicado mediante el juego del encastre.

## V.2. Los derechos culturales como principios. Modo de aplicación: la ponderación.

La exigibilidad de las obligaciones que surgen de los derechos culturales no se agota en cuanto a su exigibilidad porque en parte sean de desarrollo progresivo. Como sostuvimos a lo largo de este trabajo, las normas sobre derechos culturales presentan en parte la estructura de principios, más allá de su contenido como reglas. “Principio” como norma exigible, que genera para los sujetos obligaciones vinculantes.<sup>54</sup>

54- COURTIS, C. (comp.) *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Del Puerto, Buenos Aires, 2006. El Comité de DESC habla de la obligación de desarrollo progresivo de los derechos culturales. Por un lado, se refiere a que la realización “progresiva” de los derechos consagrados en el PIDESC “impone a los Estados partes la obligación expresa y continua de adoptar medidas deliberadas y concretas destinadas a la plena realización del derecho de toda persona a participar en la vida cultural.” La obligación de desarrollo progresivo no implica discrecionalidad estatal para determinar cuándo empezar, tampoco admite la interrupción arbitraria, impone la obligación de la adecuación de las medidas hacia la realización de los derechos culturales. Por el otro lado, advierte sobre la contracara de la progresión: la regresión. Aquí podemos hablar de un estándar consolidado para evaluar el cumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo: la prohibición de regresión arbitraria. Por último, la obligación estatal que surge de los derechos culturales implica en el caso concreto evaluar si ese accionar estatal es o no suficiente para permitir la realización del derecho.

Si se trata de evaluar una violación que cae en el contenido de los derechos culturales como principio, entonces se aplica el examen de proporcionalidad.<sup>55</sup> Por fin llegamos así al objeto precisado de este apartado: dar pistas acerca de cómo evaluar si la afectación a los derechos culturales implica o no una violación cuando el contenido en cuestión se encuentra más allá del umbral de su contenido básico o central.<sup>56</sup> Dicho examen contiene criterios para determinar si en el caso concreto se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.

- En la primera etapa se examina si las medidas adoptadas por el Estado son idóneas para fomentar el fin estatal legítimo (*test* de idoneidad).
- En la segunda etapa se pregunta si la restricción pudo haber sido evitada; es decir, si se pudo haber logrado el mismo estado de cosas perseguido pero por medios menos restrictivos a los derechos en cuestión (*test* de necesidad o de medios alternativos).
- En la tercera etapa se examina la relación entre la intensidad a la restricción al derecho y la importancia de la satisfacción de los derechos que el Estado persigue a

55- En el contexto del examen de proporcionalidad ver ALDAO, M. “La ponderación en el contexto del Estado Constitucional de Derecho”, en BEADE, G. y CLÉRICO, L. *Desafíos a la Ponderación*. Externado, Bogotá, 2011; BERNAL PULIDO, C. “La racionalidad de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°77; y CLÉRICO, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

56- Sobre el contenido básico o central, v. CLÉRICO, L., Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural, *op. cit.*; y RONCONI, L., “El derecho a la salud: entre reglas y principios”; PARRA VERA, O., “El contenido esencial del derecho a la salud: algunas propuestas y debates”, en Clérico/Ronconi/Aldao, *Tratado de Derecho a la Salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

través de la medida que fue atacada por falta de justificación (*test* de proporcionalidad en sentido estricto).<sup>57</sup>

Estos tres (sub)exámenes permiten establecer si una restricción a un derecho cultural — por acción u omisión— está o no justificada en forma suficiente a la luz del derecho vigente. Para ello nos detendremos primero en la preparación de los elementos del examen de proporcionalidad. Luego, el trabajo se bifurcará en tres caminos paralelos: el examen de proporcionalidad cuando la violación se produce por exceso de intervención (prohibición de exceso); el examen de proporcionalidad cuando la violación se produce por omisión o acción insuficiente (prohibición de insuficiencia); el examen de proporcionalidad cuando la violación se produce por retroceso en un contenido del derecho ganado (prohibición de retroceso).<sup>58</sup> La prohibición de regresión arbitraria es un supuesto del conocido examen de proporcionalidad. Los otros supuestos se refieren al examen de proporcionalidad como prohibición de exceso y al examen de proporcionalidad como prohibición de insuficiencia u omisión.

57- S. el examen de proporcionalidad (*Untermassverbot*) cuando la restricción al derecho se produce por omisión o insuficiencia: Arango, 2001; Clérico, 2007; 2011; Florián 2013.

58- Con todo, la bifurcación podría incluir otro camino: la afectación a los derechos culturales debe ser evaluada también a través del prisma de la igualdad. Este punto no será tratado en este trabajo pues encuentra su desarrollo en: CLÉRICO, L.; ALDAO, M. (2011): “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago/Chile, julio 2011 y en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>

### V.2.1. El examen de proporcionalidad como prohibición de exceso.

La discusión sobre los principios<sup>59</sup> ha adquirido especial relevancia desde mediados del siglo XX por varias razones. Aquí nos limitamos a señalar una que se refiere al objeto de nuestro trabajo. El reconocimiento robusto de derechos en las Constituciones, que aumenta la potencialidad de los conflictos entre derechos, siendo poco plausible pensar que el derecho que termina ganando el conflicto en concreto “excluye” al otro derecho, cosa que ocurriría si los derechos fueran solo reglas. La solución del conflicto, por ejemplo, entre la libertad de expresión artística y el derecho a la honra, se resuelve en la dimensión del peso o importancia en el marco de la argumentación,<sup>60</sup> de la ponderación.<sup>61</sup>

Sería poco plausible decir que el derecho a la honra quedó excluido definitivamente porque de acuerdo con las circunstancias relevantes del caso concreto el peso de la libertad de expresión artística desplazó al derecho a la honra. Así, los principios son argumentos normativos que hablan a favor de la solución que mejor proteja a ese principio; no pierden su validez si al final de la argumentación (ponderación) resulta que el peso de los argumentos normativos a favor de uno de ellos no logró sobreponerse a los embates presentados por el principio en conflicto.<sup>62</sup>

59- CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. *El Canon Neoconstitucional*. Externado, Bogotá, 2010.

60- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, H.U.P. 1977, MORESO, J. y VILAJOSANA, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.90.

61- ALEXY, R. “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie Beiheft* 1 (1979) y *Derecho Sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

62- De ahí que algunos sostengan que la diferencia entre las reglas y los principios pase por la diferencia en su

La libertad de expresión cultural, como principio, es un argumento normativo<sup>63</sup> que pugna por la permisión de todas las expresiones posibles y sin límites. Pero justamente el marco de la posibilidad va a estar determinado en parte por otros principios que, como argumentos normativos, también pugnan por alcanzar el mayor grado de realización posible, por ejemplo, el derecho a la honra. La determinación de la debida medida de realización de un principio en un caso concreto, relativa a las exigencias de un principio opuesto, es la ponderación. Los principios son así “mandatos de optimización”, que exigen ser realizados en la mayor medida posible.<sup>64</sup> Las posibilidades están determinadas por consideraciones fácticas y por la consideración de los principios en conflicto. Esta propuesta se acerca bastante al trabajo argumentativo cotidiano de los tribunales constitucionales y de protección internacional de Derechos Humanos cuando resuelven conflictos entre derechos.<sup>65</sup> Y también está contenida en la siguiente variante del examen de proporcionalidad cuando el derecho cultural se ve afectado por una acción excesiva.<sup>66</sup> Según OG N° 21:

---

validez. Las reglas valen en forma definitiva. En cambio, en el caso de los principios la validez es *prima facie* (Alexy, 2007) o *pro tanto* (Jansen, 1998) o requerida reiteradamente (Sieckmann, 1990; 2006).

63- Los principios funcionan como argumentos normativos para normas, cuya función consiste en fundamentar o justificar normas con razones para la acción normativa. Sieckmann 1990, 2006.

64- ALEXY, R. *op. cit.* 2007.

65- V. CLÉRICO, L., “Principios”, en: Pereda, Carlos (Ed.), *Diccionario de Justicia*, Ed. Siglo XXI, México D.F, 2016.

66- En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrece varios ejemplos de aplicación de examen de proporcionalidad como prohibición por exceso: el TEDH condenó a Turquía por violación a los derechos de los kurdos, v. “Ulusoy y otros c. Turquía”,

“En algunas circunstancias puede ser necesario imponer limitaciones al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, (...) Esas limitaciones deben perseguir un fin legítimo, ser compatibles con la naturaleza de ese derecho y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general de una sociedad democrática, de conformidad con el artículo 4 del Pacto. En consecuencia, las limitaciones deben ser proporcionadas, lo que significa que se debe adoptar la medida menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones que puedan imponerse (...)”.<sup>67</sup>

Veamos las etapas y los pasos argumentativos del examen de proporcionalidad tomando como ejemplo el caso referido a la negativa de los padres de someter a su bebé a campañas estatales de vacunación obligatoria porque ese tratamiento no se condice con el plan de vida elegido por esa familia de acuerdo con una determinada cultura. Este caso fue resuelto recientemente por la Corte Suprema de la Nación Argentina.<sup>68</sup> El primer paso del examen es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Este paso incluye los siguientes elementos preparatorios del examen de proporcionalidad en cualquiera de todas sus variantes:

a. La *determinación de la restricción al derecho*, en el caso en cuestión, los padres del niño, en

---

03/05/2007; “İrfan Temel y otros v. Turquía”, 03/03/2009; “Güzel Erdagöz v. Turkey”, 21/10/2008; y “Kemal Taşkın y otros v. Turkey”, 02/02/2010. S. un análisis de estos casos desde la perspectiva de los derechos culturales, en: TEDH, *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights* (2011), en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_cultural\\_rights\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf)

67- Id. párr. 19.

68- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas”.

adelante V., interpretaban, adoptando una perspectiva desde el modelo homeopático y ayurvédico (sobre la base del principio constitucional de autonomía aplicado a la vida familiar), que la vacunación obligatoria implicaba una violación al derecho a determinar el plan de vida para la respectiva familia (P1). Aunque el caso no fue planteado como un supuesto de afectación de derechos culturales de los padres, no cabe duda que estamos en presencia del elemento de aceptabilidad/idoneidad referido en oportunidad de trabajar los elementos estructurantes del contenido del derecho. Los derechos culturales implican tener en cuenta, en toda la medida de lo posible, los valores culturales asociados, entre otras cosas, con la forma en que se prestan los servicios de salud.

- b. El *acto u omisión que provoca la restricción al derecho*, en el caso surge por la implementación de una acción estatal, la vacunación obligatoria. Este es el medio estatal (M).
- c. El *derecho que se busca promover*. El Estado a través de la vacunación obligatoria (M) busca promover el derecho a la salud de los niños, (P2) (“la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación”), con lo que también busca promover un bien público, la salud colectiva (“reducir y/o erradicar los contagios en la población”). Ese derecho suele ser identificado también como fin legítimo.<sup>69</sup>

69- Es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva. La pregunta acerca de la “legitimidad” del fin o del medio alberga diversos problemas. Sin embargo, cuando se la trabaja como pregunta previa del examen de proporcionalidad, solo logra adquirir la calidad de un examen del límite a la limitación de los derechos independiente en los casos “claros”. En estos casos, se logra una decisión

Para establecer si ese accionar está justificado se somete la justificación a un examen de proporcionalidad, que incluye el de idoneidad, el de medios alternativos menos lesivos y el de proporcionalidad en sentido estricto. El examen de *idoneidad* vuelve la mirada sobre la relación entre la medida estatal y el derecho o fin que este busca promover. Este examen viene exigido por el derecho que se siente afectado (P1). Así, desde el punto de vista del derecho limitado se plantean varios interrogantes. Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho (P1), por lo menos, se espera que el medio (la vacunación obligatoria) pueda *fomentar* el logro del fin o de los derechos promovidos (evitar enfermedades prevenibles para los niños) (P2). De lo contrario las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el *punto de vista empírico*.<sup>70</sup> El afectado había intentado desafiar la relación de

---

sin ponderación. Este punto conforma otro eslabón de la estrategia del deslinde, que analicé en otro trabajo. La determinación de cuáles fines se encuentran prohibidos en forma definitiva requiere una interpretación cuidadosa de la norma de derecho fundamental que se encuentra afectada para establecer si ésta prevé causales de restricción definitivamente excluidas. v. CLÉRICO L. 2001, *op. cit.* Excurso cap.1; BERNAL PULIDO, 2003, *op. cit.*, pp.688-700; CIANCIARDO, J. El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, MOLLER, K. “Proportionality: challenging the critics” *International Journal of Constitutional Law*, 10 (3); 2012. KLATT, M.; MEISTER, M., “Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy”, en I•CON (2012), Vol. 10 N° 3, pp.690-691.

70- El principal punto de este examen es la pregunta sobre la comprobación de la relación de fomento entre la vacunación obligatoria (medio, M) y el fin estatal (derecho a la salud de los niños y la población P2). Esa relación puede ser considerada tomando como relevantes diversos aspectos: uno *cuantitativo*, otro *cualitativo* y otro *probabilístico*: YI, Zoonil, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt/M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1998; CLÉRICO, L., *op. cit.*, 2001, BERNAL PULIDO, C. “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, 2003 y BERGMANN ÁVILA, H. *Theory of Legal Principles*, Springer, 2007.

promoción de la vacunación obligatoria en general y en el caso particular. En el caso particular de su hijo, alegaba que se presume que se generan ciertos peligros para V. y para terceros, en caso de no vacunárselo conforme a la normativa nacional. Sostiene que estas suposiciones no conectan directamente con la situación concreta de su hijo, en general, ni con ninguna situación de emergencia sanitaria o epidemiológica nacional. Agrega que la situación de salud de su hijo es óptima. Esta argumentación reclama un examen de idoneidad en concreto e intensivo. Por el contrario, la Corte parece contentarse con la posibilidad abstracta del fomento del fin para dar por no derribada la idoneidad del medio seleccionado por el legislador. Para ello sostiene la plausibilidad de la relación entre la vacunación y la prevención y erradicación de enfermedades. Se basa en un informe reciente de la Organización Mundial de la Salud sobre “vacunas e inmunización”: “A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...”<sup>71</sup> En suma, la vacunación es tenida por idónea para promover los derechos alegados por el Estado. Se podrá discutir sobre el resultado de este examen en concreto. Esta discusión girará en torno a la relación empírica de fomento entre la vacunación y la promoción de la salud de los niños. Estas discusiones no implican ponderación.

El segundo (sub) *test* del examen de proporcionalidad, el *test* de necesidad, examina la restricción del derecho a través de un examen de medios alternativos. Se examina si la justificación a la restricción al derecho afectado es excesiva si: a) pudo haberse evitado o b) restringido en menor medida, a través de un medio alternativo

menos lesivo. Se trata también —en forma predominante— de un análisis de la relación empírica entre la medida estatal y el derecho restringido. La diferencia con el de idoneidad, es que esa relación empírica es comparada con otras alternativas. La estructura del examen del medio alternativo menos lesivo presenta así, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad, (a) una relación de la medida estatal y el derecho o fin promovido, aunque más compleja ya que indica: más de un medio idóneo—sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen—. (b) la comparación es doble: los medios alternativos se comparan con la medida estatal implementada en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto de la idoneidad), y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limitan al derecho).

Respecto de la idoneidad de los medios alternativos basta con que sean tan idóneos como la medida estatal implementada. No se requiere que los alternativos sean los más idóneos entre los posibles. Se trata de una versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija que se exige como mínimo. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes (según el caso, cuantitativo, cualitativo, probabilístico) en que fue examinado el medio establecido en el examen de idoneidad y respecto del fin o los fines perseguidos por el legislador. Como resultado, puede comprobarse, que el medio alternativo en comparación con el establecido no es igualmente idóneo, es igualmente idóneo o más idóneo. A su vez, el medio alternativo debe evitar la restricción o implicar una menor restricción para los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico (evitando o disminuyendo

71- “N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas”, CSJN, 12/06/2012, Considerando 13) del caso.

la restricción).<sup>72</sup> Respecto de la menor afectación del derecho restringido, esta puede ser: a) total, cuando un medio alternativo fomenta el fin perseguido por el Estado pero no restringe al derecho afectado. Por ejemplo, en el caso, el medio alternativo menos lesivo sería el que alegaban los padres del niño: la no-vacunación (en adelante, M4); sin embargo, M4 no parece ser tan idóneo como el seleccionado por el Estado, la vacunación obligatoria (M1). Habrá sido por ello que la Corte no consideró a M4 expresamente como un medio alternativo. b) parcial: cuando un medio restringe al derecho afectado aunque lo hace en menor medida que el medio seleccionado por el Estado, por ejemplo, un plan de vacunación que contenga menor cantidad de vacunas (M2) a las del plan atacado (M1).

Este tipo de estrategia argumentativa puede, en el caso concreto, ser aún más pormenorizada. Por ejemplo, en relación con el caso bajo estudio, el análisis de medio alternativo menos lesivo se puede realizar distinguiendo cada una de las vacunas que conforman el plan obligatorio.<sup>73</sup> Así, esta estrategia argumentativa pudo haber desafiado la justificación alegada por el Estado. Por el contrario ni el afectado ni la Corte Suprema transitaron este camino argumentativo pormenorizado. La Corte presenta la conclusión de un examen de medios alternativos menos lesivos en tanto sostiene que ninguno de los posibles alternativos

derriban la justificación de la restricción al derecho del afectado, porque ninguno de ellos es tan idóneo como el plan de vacunación obligatoria: “(...) en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.”<sup>74</sup> Esta conclusión habla de comparación con alternativas, la Corte nos debe sin embargo, el sustento empírico de esta conclusión, por más plausible que suene.

La tercera etapa del examen de proporcionalidad se refiere al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Cuando se llega a esta tercera etapa del examen de la justificación de la restricción al derecho, queda comprobado que el conflicto entre derechos no pudo ser evitado por una medida estatal alternativa menos lesiva. El punto central del examen de proporcionalidad, en sentido estricto, es examinar la justificación acerca de cuál de los derechos en conflicto debe cargar con la restricción en concreto. Esta idea puede ser resumida en la ley de la ponderación propuesta por Alexy: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un

72- CLÉRICO, L. 2001, *op. cit.* cap. 2.

73- El plan obligatorio (M1) estaría conformado por nueve vacunas que buscan evitar enfermedades prevenibles, Toller/Fernández Santander/D’Elía, (2012) proponen examinar la necesidad de cada una de ellas en relación con los fines de la ley (la probabilidad del contagio y la gravedad de la enfermedad que se trata de prevenir). Aún las estrategias argumentativas más pormenorizadas del examen de medios alternativos, demuestran que priman los argumentos sobre la relación empírica entre el fomento del derecho promovido y la posibilidad de evitar la restricción al derecho por medios alternativos.

74- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas”, considerando 22, cursiva agregada.

principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>75</sup>

Un medio idóneo y necesario puede ser, sin embargo, excesivo si el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal o derecho que el Estado busca promover (que pretende justificar la intensidad de la restricción iusfundamental) no sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio. El centro de este examen está dado por la relación de peso de los argumentos que hablan a favor y en contra de la restricción al derecho afectado. Esto supone:

- La determinación de la intensidad de la restricción al derecho afectado, en nuestro caso, el principio de autonomía familiar respecto a cómo quieren proteger la salud del niño (P1).
- La determinación del peso abstracto del derecho afectado, nuevamente en nuestro caso el principio de autonomía (P1).
- La determinación del peso abstracto y el concreto de los derechos y fines que busca promover el Estado por medio de la medida estatal, en nuestro caso, la salud de los niños y la salud de la población en general (P2) por medio de la vacunación obligatoria (M1).
- La determinación del grado e importancia de realización del derecho o fin estatal promovido (P2).
- La ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados y el grado e importancia de realización de los derechos o fines promovidos.

- La reformulación de la solución de la colisión en una regla-resultado de la ponderación para la resolución de casos semejantes futuros.

El primer paso de este examen supone la determinación con precisión del problema que debe ser resuelto y que puede implicar la colisión entre, por lo menos, dos normas iusfundamentales o que se refieren a bienes colectivos constitucionales (una de esas normas es la que justifica el fomento del fin, la otra norma es la que se refiere al derecho fundamental afectado por la implementación del medio), que no pueden ser realizadas al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias del caso de forma completa. Un paso adelante en la realización de uno depende de la disminución de la realización del otro (es decir, de su restricción), y a la inversa. En tren de recapitular lo planteado sobre el caso: por un lado, el principio del derecho a la salud interpretado desde la perspectiva (autonomía familiar) de los padres del niño V (P1); por el otro, el derecho a la salud del niño y la salud pública (P2). Para la Corte se trata de un “conflicto de intereses”.<sup>76</sup>

El segundo paso se refiere a la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultados de la ponderación vinculantes prima facie* para la *solución de la colisión sin ponderación*. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones, que fueron reformulados en una regla (llamada en otro trabajo regla-resultado de la ponderación), según la siguiente fórmula: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.<sup>77</sup> La consideración de las reglas-

75- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*, Ed., Frankfurt a.M., 1994, p.146.

76- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas”, considerando 18.

77- ALEXY, R. 1994, *op.cit.*, p. 79-83.



resultados de la ponderación conforma un caso de la aplicación de precedentes. La referida aplicación resuelve el caso de colisión sin ponderación. En el caso de la vacunación obligatoria, no se encontraba a primera vista un precedente que pudiera resolver el caso sin ponderación. Si no existen en la red reglas-resultados de la ponderación aplicables al caso por resolver o las existentes resultan incorrectas, entonces se pasa a la aplicación del procedimiento de la ponderación para examinar la justificación de la solución a la colisión.<sup>78</sup>

El tercer paso está así conformado por la ponderación entre los principios colisionantes. En este contexto no resulta plausible la solución a través de una suerte de prioridad absoluta de uno de los dos principios. El peso del principio depende también, aunque no exclusivamente, de las circunstancias del caso (lado concreto de la ponderación). Sin embargo, tampoco se presenta como una ponderación totalmente libre que implique que en algunos casos la balanza se inclinará, por ejemplo, hacia el derecho a la autonomía familiar y, en otros, a la promoción del derecho a la salud de los niños y a la salud pública. Desde el comienzo la ponderación está fuertemente orientada por reglas que pugnan por determinar la intensidad de la restricción y peso de la autonomía familiar, por un lado, y de la salud, por el otro, e independientemente de las particularidades del caso concreto (lado abstracto de la ponderación).

El cuarto paso se refiere a la determinación de la intensidad de la restricción al derecho en abstracto. El grado de realización de un principio responde a una formulación positiva. En cambio el grado de restricción es el grado de no-realización: el grado en que no puede realizarse a causa de la restricción que le produce la

realización del principio que colisiona con él. Así, el grado de restricción formula la relación entre la restricción (la no-realización) de un principio y su posible realización total. Entre estos dos extremos se puede hablar de restricciones: insignificantes, más o menos leves, medias, intensivas, muy intensivas e intensivas en forma extrema.

Esta caracterización del grado de restricción (o del grado de realización) de un principio se mueve en un plano conceptual-analítico. Se trata así de la comparación entre una restricción total y parcial; o, visto desde el otro punto de vista, de una realización total y parcial. Con la idea de precisar, se habla de un “criterio de extensión”: cada una de las restricciones en la escala incluye a la siguiente y expresa una mayor restricción y así sucesivamente. Por ejemplo, la obligación de vacunarse por vía oral o a través de un pinchazo en el brazo o en la parte superior de la pierna implica una restricción menor que la de someterse a una intervención quirúrgica. En principio suena plausible. Sin embargo, no siempre la extensión en general, significa la misma intensidad de la restricción en particular. Por ejemplo, los padres de V., no se negaban a que su hijo fuera tratado si su salud lo requería, con lo que no se hubieran negado a una intervención quirúrgica en caso de necesidad. Sin embargo, consideraban la vacunación obligatoria como una restricción muy intensiva al plan de vida familiar de acuerdo con su perspectiva de medicina ayurvédica. Se considera así que una valoración en concreto es inevitable para determinar la intensidad de la restricción iusfundamental en el caso, pues variables como la perspectiva argumentable de quien padece la restricción, la duración de la restricción o la urgencia en la satisfacción de un grado mayor de realización del derecho pueden jugar un papel importante.

Sin embargo, esa intensidad puede estar también determinada en parte y desde el comienzo

78- V. CLÉRICO, L., *Die Struktur*, cap. 3. I.2 hasta I.2.5.

por argumentaciones que no dependen de las circunstancias concretas del caso individual y que con frecuencia tienen que ver con la relación entre el principio restringido y otros principios. Por ejemplo, en el caso, el derecho a la autonomía, a determinar y elegir el propio plan de vida, se relaciona con la protección del derecho a la integridad familiar. En especial, en la práctica constitucional argentina, la autonomía entendida como la libertad para elegir un plan de vida tiene un peso tal que lleva a sostener que la restricción a ese derecho debe ser vista con especial cautela. Al respecto, todos los argumentos disponibles en el marco de la argumentación jurídica pueden ser alegados; es decir, argumentos que provienen de la dogmática, de precedentes, prácticos en general, empíricos,<sup>79</sup> formales. Nuevamente aquí aparecen los “casos” —no ya para resolver la colisión de derechos sin ponderación—, sino para identificar qué tan intensiva es la restricción del derecho en cuestión. Si en casos similares la restricción fue justificada como muy intensiva, por qué no aplicar esos casos y sus justificaciones para fundamentar que, en el presente, también se trata de una restricción intensiva. Nos podemos preguntar entonces, si la Corte realizó consideraciones sobre la restricción al derecho de autonomía familiar en relación con casos anteriores. La Corte sostuvo que no se encontraba en tela de juicio “la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar (art. 19, CN), sino el límite de aquélla”. Sin embargo, la Corte no se detuvo a examinar qué tan intensiva podía ser en abstracto o en concreto la restricción a esa prerrogativa. Por la argumentación que sigue, se podría conjeturar que se la determinó entre insignificante o leve.

El quinto paso trata de la determinación del peso abstracto del derecho afectado. Esta

interpretación está orientada por argumentaciones que no proceden del caso concreto y se puede determinar por: (i) la justificación mediante la fuerza de los intereses, (ii) la justificación del peso del principio mediante la conexión con otros principios, (iii) la justificación mediante sentencias anteriores.<sup>80</sup> La conexión que otorga un peso abstracto alto a un principio adquiere sentido en el marco de una determinada práctica constitucional y/o práctica regional de protección de los Derechos Humanos. Así en Estados con democracias constitucionales los principios que otorgan un peso abstracto alto a otros con los que están conectados son, por ejemplo, el principio de protección y respeto de la dignidad, el de autonomía, el principio democrático, el de especial protección a grupos desaventajados por desigualdad estructural (por ejemplo, mujeres, niños, ancianos, pueblos originarios, personas en situación de discapacidad). La determinación del plan de vida suele ser un derecho que en abstracto es especialmente considerado por su relación con el principio de dignidad y el de tomarse la persona en serio. La Corte en el caso sostiene que se debe “recordar que el resguardo de la privacidad de cada individuo es un ámbito de incuestionable tutela por parte de nuestra Constitución (...)”.<sup>81</sup> No cabe duda que el principio de autonomía advierte sobre la importancia de su peso más allá de las circunstancias en concreto. Este principio según la Corte “le reconoce al individuo un ám-

80- El peso abstracto se justifica como contenido de una decisión que es fruto de una ponderación anterior en el marco de un procedimiento argumentativo. El peso no se le atribuye por la mera autoridad de quien toma la decisión, sino por las características del procedimiento deliberativo. Esta distinción debe ser tenida en cuenta como un argumento para la imputación de un peso abstracto distinto; según la legitimidad discursiva del resultado de la solución.

81- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas”, Considerando 9.

79- ALEXY, R., 1994, *op. cit.*, pp. 144, 149/150, 267.

bito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros. Es decir, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos — incluso públicos— están protegidos por el art. 19, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo”.<sup>82</sup> Incluso el tribunal extiende la importancia de este principio al ámbito de la autonomía familiar: “el derecho a la privacidad<sup>83</sup> —por definición propio y exclusivo de cada persona— se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo (art. 11, inc. 2, CADH). En ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia; sin embargo, tal derecho tendrá

82- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas”, Considerando 9.

83- Martín Aldao advierte que la Corte en este caso usa “privacidad” en forma ambigua, en algunas partes parece referirse a “intimidad” (más cercana al 18 CN) y en otras partes a “autonomía” (art. 19 CN). Sobre esta distinción v. el caso “Bazterrica” sobre tenencia de estupefacientes para fines de consumo personal, Fallos 308: 1392 (29/8/1986), en especial, considerando 8 del voto de la mayoría: “(...) La referida norma [Art. 19 CN] impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan solo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones”, y considerandos 19 y 22 del voto de Petracchi; además, Nino, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

como límite lo dispuesto por el art. 19, CN”.<sup>84</sup> Más aún, en cada cita la Corte insiste (en el caso) en que esa autonomía puede ser limitada: “no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar (art. 19, CN), sino el límite de aquélla”.<sup>85</sup> Esto dependerá del peso y la importancia de los derechos en colisión; en este caso, del derecho a la salud de los niños.<sup>86</sup>

Así, en el sexto paso se trata de determinar el peso abstracto del principio contrario. Aquí también se aplican los mismos tres criterios expresados en el paso quinto. En el caso se trata del derecho a la salud de un niño en su primera infancia, por ello, juega un papel fundamental la especial protección a grupos desaventajados por desigualdad estructural (por ejemplo, mujeres, niños, ancianos, pueblos originarios, personas con discapacidad).<sup>87</sup> El peso abstracto del derecho a la salud de un niño sería para la Corte muy alto.<sup>88</sup> Esto se desprende de las siguientes afirmaciones que basa, a su vez, sobre argumentaciones desarrolladas en fallos anteriores sobre los derechos de los niños: “en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección —art. 75, inc. 23, CN— tutelado por un régimen cuya nota

84- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas”, Considerando 10, cursiva agregada.

85- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas”, Considerando 23, cursiva agregada.

86- Sobre el derecho a la salud de los niños, v. BELOFF, M. y otros, “La protección del derecho a la salud de niños y niñas”, en: CLÉRICO, RONCONI, ALDAO, *Tratado de Derecho a la Salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

87- V. caso “Kimmel vs. Argentina”, Corte IDH, 2008.

88- V. BELOFF, M. [et.al.], *op.cit.*

característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego (...). Y respecto del derecho a la salud: habla de que se encuentra “especialmente reconocido” en la Convención sobre Derechos del Niño y en la normativa interna. Ahora bien ese especial reconocimiento, está desde el comienzo apuntalado porque el Estado debe hacer algo que resulte “efectivo” para que ese derecho pueda ser ejercido.

Por ello, el séptimo paso trata de determinar la importancia de realización del derecho promovido. Recordemos que la importancia de la realización se establece comparando la realización conseguida por la implementación de la acción estatal (vacunación obligatoria) con la que se lograría de realizarse, en este caso, lo reclamado por los padres (la no-vacunación). Desde el comienzo la importancia de esta realización viene especialmente protegida. No basta con hacer algo, ese hacer debe ser efectivo,<sup>89</sup> “adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin”.<sup>90</sup> En el caso ese accionar estatal debe estar amparado por la “mayor certidumbre” respecto del logro del estado de cosas que se busca alcanzar. Por eso, entre el estado de cosas logrado por medio de la vacunación obligatoria, que el Tribunal interpreta como muy alto; y el que se lograría con la no-vacunación,<sup>91</sup> surgiría que se le imputa al

grado de realización alcanzado una importancia muy alta y su no-realización sería muy grave. Así, cobra sentido cuando la Corte se refiere a “determinados casos”, por ejemplo, en este caso: “(...) cabe señalar que, en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección —art. 75, inc. 23, CN— tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego.”<sup>92</sup>

El octavo paso se refiere a la ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados (ponderación propiamente dicha). Este paso está orientado por el procedimiento de la ponderación, el cual establece que: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>93</sup> Se trata de una relación entre grados de realización o afectación e importancia de la realización de dos (o más) principios. Este determina que para justificar debidamente una no-realización o no-satisfacción muy grave de un derecho no basta con que la realización del principio colisionante sea poco importante, débil. Así, quien realiza una ponderación debe preguntarse si se tuvo en cuenta el peso abstracto y el peso concreto de los principios que colisionan y la intensidad en abstracto y en concreto de la restricción a los derechos del afectado, de modo de no exigirle, además, tolerar una restricción insoportable.

---

sobre sub-examen de medios alternativos menos lesivos.

92- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas”, Considerando 15.

93- ALEXANDER, R., 1994, *op. cit.*, pp. 146, 267, 270 y ss., p. 316 y ss., pp. 319, 324, 409, 423 y ss., p. 468 y ss.

---

89- Sobre la importancia del examen de idoneidad en la proporcionalidad por acción insuficiente u omisión, ver siguientes apartados en este trabajo.

90- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas”, Considerando 17: “Que la citada Convención ... señala como objetivo primordial el de proporcionar al niño una protección especial en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar ‘efectividad’, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin.”

91- Se descarta el medio de inmunización alternativa porque no fue acompañado en concreto por los padres como un medio igual de idóneo pero menos lesivo, ver, apartado

Por ello, la importancia y peso abstracto de los principios pretenden influir en el resultado de la ponderación. Sin embargo, esta pretensión puede verse relativizada por la consideración que merecen las circunstancias especiales del caso: el peso concreto de los principios colisionantes, la intensidad de restricción concreta de los principios colisionantes, la duración de la restricción al derecho, la posibilidad de haber evitado la restricción al derecho por un medio alternativo,<sup>94</sup> el carácter (in)soportable de la restricción al derecho para el afectado,<sup>95</sup> la urgencia que requiere la satisfacción del derecho<sup>96</sup> o el grado de intensidad con la que se controla la ponderación realizada por el legislador legitimado democráticamente o por el tribunal preopinante.<sup>97</sup> En este sentido, la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de “instancia falibilística irrenunciable”.<sup>98</sup> En

94- Este punto conecta con lo que surge del examen de medios alternativos menos lesivos.

95- Ver, caracterización de la prohibición de “exigir lo insoportable”, en: CLÉRICO, El examen de proporcionalidad, cap. 3; BEADE, G., “El carácter deontológico de la ponderación”, en Beade/Clérico (ed.), *Desafíos a la ponderación*, Univ. del Externado, Bogotá, 2011, pp. 253-297 (293); ALDAO, M., “La ponderación en el estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales”, en: Beade/Clérico, *op. cit.*, pp. 467-484 (480).

96- ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, p. 466; ARANGO, R., *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 2001, pp. 226, 227, 238, 239. Este punto se ve aplicado con claridad en el caso “Campodónico de Beviacqua” sobre amenaza de interrupción de la entrega de un medicamento en un caso de enfermedad grave de prestación urgente.

97- Sobre intensidad de control (leve, medio, intensivo) de una medida estatal sobre restricción a un derecho, v. SÁNCHEZ BRÍGIDO, R.; ELÍAS, S., Tipos de control diferenciado de constitucionalidad.

98-ALEXY, R., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1995, p. 69.

todo caso se trata de la aplicación de la regla de la argumentación de saturación de todos los argumentos posibles.

En esta etapa se trata en definitiva de determinar, en términos simples, si los argumentos que hablan a favor del derecho fundamental colisionante (derecho a la salud de los niños y la salud pública) son más pesados que los que hablan a favor de una mayor realización del derecho limitado (autonomía familiar). La ponderación culmina cuando se ha agotado el sopesamiento de los argumentos que hablan a favor y en contra del peso de los principios y de la intensidad de la restricción a la luz de las circunstancias del caso concreto.<sup>99</sup> Por ello, una restricción grave al derecho a la salud de los niños (si no se implementara la acción estatal: la vacunación obligatoria) que por ahora es la que otorga “mayor certidumbre” sobre la prevención y erradicación de enfermedades evitables, no puede ser justificada por la importancia leve, moderada de la autonomía familiar. Recién, con la reconstrucción argumentativa ensayada en este trabajo, se entiende cuando la Corte sostiene en términos más categóricos: “puede concluirse que el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del art. 19, CN; y por lo tanto se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional”.<sup>100</sup>

Por ello es especialmente importante tomar en consideración el peso y la intensidad de

99- Este mandato supone la perspectiva del juez. Sin embargo, desde la perspectiva del actor la estrategia argumentativa puede llevarlo a evitar plantear expresamente algún argumento, sin perjuicio de haberlo considerado.

100- CSJN, 12/06/2012, “N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas”, Considerando 14.

restricción y de realización de los derechos en abstracto, pues determinan el tipo de razones que se exigen en concreto para dar por justificada o no la limitación al derecho. Así, por ejemplo, la argumentación de la Corte se podría reconstruir según este esquema diciendo que: si se considera el peso abstracto alto del derecho a la salud de los niños, la realización lograda alta y el carácter grave de su no-realización, no basta con que del otro lado se encuentre el derecho a la autonomía familiar que si bien es atendible, parece haber perdido peso en el caso concreto porque los afectados no lograron atacar la falta de idoneidad de la vacunación obligatoria o su posible evitabilidad a través de un medio alternativo igual de idóneo pero menos lesivo. En suma, la vacunación obligatoria no es desproporcionada (excesiva) a la luz de los derechos que busca promover y de los que afecta.<sup>101</sup>

101- El último paso excede el caso concreto. Gira en torno a la reformulación del resultado de la ponderación como regla aplicable para solucionar casos semejantes futuros. Aquí proponemos la siguiente reconstrucción de la regla que surge del caso “N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas” del 2012: si se trata de la negativa de los padres a que un niño en su primera infancia no sea sometido al plan de vacunación obligatoria para prevenir enfermedades evitables, entonces la restricción al derecho a la autonomía familiar de los padres no es excesiva si (i) la vacunación obligatoria promueve el derecho a la salud de los niños y la salud pública; (ii) no existen medios alternativos igual de idóneos pero menos lesivos pues en el caso no fue demostrado que los posibles alternativos fueran igual de idóneos que el plan de vacunación obligatoria; y (iii) la restricción al derecho a la autonomía familiar es plausible pues se trata de evitar un perjuicio concreto a la salud de los niños y a la salud pública. Para la Corte esta regla debería ser vinculante, salvo que justifique que el caso bajo análisis es diferente al problema y circunstancias relevantes del caso “N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas” o que si bien similar la regla es incorrecta. Para el afectado (perspectiva del actor) la regla vuelve a dar pistas para encarar como desafiar las debilidades (o en su caso fortalezas) argumentativas del fallo y así planificar su estrategia argumentativa.

## V.2.2 El examen de proporcionalidad como prohibición de regresión arbitraria

El examen de proporcionalidad como prohibición de regresión arbitraria, entra en juego, cuando una acción estatal implica volver atrás sobre un contenido ganado para los derechos culturales.

Las OG del Comité de DESC hablan de un examen para detectar el incumplimiento de la prohibición de regresión arbitraria. Por ejemplo, en relación con el derecho a la salud establece: “Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.<sup>102</sup> En relación con los derechos culturales el Comité de DESC establece: “Al igual que en el caso de los demás derechos reconocidos en el Pacto, no es posible tomar medidas regresivas en relación con el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. En consecuencia, si se tomase deliberadamente una medida de este tipo, el Estado Parte tiene que probar que lo ha hecho tras un cuidadoso examen de todas las opciones y que la medida está justificada teniendo en

102- OG Nº 14 párr. 32 con cita de OG Nº 3 párr. 9; OG 14 párr. 32; OG 15 párr. 19; OG Nº 16 párr. 42). V. UPRIMNY, R.; GUARNIZO, D., “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana” en FERRER MAC-GREGOR, E.; ZALDÍVAR, A. (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, UNAM, México, 2008.

cuenta la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto”.<sup>103</sup>

A primera vista en el supuesto de regresión el problema no radica en una omisión estatal a secas sino en una acción estatal que implica dejar de hacer algo. Para ponerlo en términos metafóricos: implica “pisar” el freno y “accionar” luego la marcha atrás. Implica sin duda un accionar.<sup>104</sup>

103- Id. párr. 46.

104- La interrupción de una prestación o la derogación de una norma que tenían por contenido una prestación implica una acción, lo que se ataca es que esa acción no implique otra acción suficiente o adecuada que posibilite el ejercicio del derecho en igual medida que la acción interrumpida. Sin embargo, puede ocurrir que se interrumpa y que luego se haga algo, pero insuficiente. Así la interrupción y la acción siguiente implican en conjunto una acción insuficiente o, según el caso, defectuosa. Bajo esta constelación se pueden reconstruir algunos casos de la prohibición de regresión arbitraria, según la cual una reglamentación del legislador (o, en su caso, del Ejecutivo) no puede empeorar el alcance del derecho fundamental ganado a causa de la reglamentación. Ahora bien, si el Estado interrumpe sin más, entonces se trata de una limitación por exceso a una posición de derecho fundamental ganada. En este caso el derecho se comporta como un derecho de no-intervención (cfr. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, p. 436). Eleva la pretensión de que no se haga algo, es decir, que no se interrumpa. En estas constelaciones se aplica *prima facie* el mandato de prohibición por exceso. En relación con las obligaciones constitucionales que el principio constitucional del Estado Social le genera al legislador y al Ejecutivo en sentido general, Hesse enumera como contenidos ganados: el derecho de protección del trabajador, el derecho de trabajo por un tiempo razonable, la ayuda o asistencia social, el derecho de seguro social, el derecho de convenios colectivos. Según Hesse, una regresión en el sentido de borrar los contenidos esenciales del Estado social queda descartado desde el punto de vista constitucional. En este contexto habla de una “prohibición de regresión”, v. Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1995, pp. 86-87, § 6 II. En el ámbito de protección internacional, se suele hacer referencia a la prohibición por regresión arbitraria cuando se trata del examen de las limitaciones de derechos de prestaciones positivas, v. Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas Nros. 3, 12, 13 y 14 y ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed Trotta, Madrid, 2002, pp. 96-116; CARBONELL, M., “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho*

Por lo general, además, la regresión viene anunciada por varias acciones estatales (leyes, decretos, resoluciones) que implican modificaciones o derogaciones de normas que garantizaban determinados niveles de realización de los derechos sociales. En suma, la regresión parece acontecer sobre posiciones de derechos fundamentales ganadas.<sup>105</sup>

Así la pregunta es si la acción de regresión – supresión de posiciones de derechos fundamentales garantizadas a través de normas – está justificada o no a la luz de los Derechos Humanos. Para el afectado, esta regresión se traduce como una pregunta acerca de si este accionar estatal no restringe su derecho en exceso. En este sentido los derechos culturales cumplen asimismo una función de derecho de no-intervención, se comporta formalmente como un derecho de defensa. Por ello, en este supuesto, hay que someter a esta acción interruptiva a un examen de proporcionalidad por acción excesiva.

En otros dos supuestos, sin embargo, se trata de la aplicación del mandato de prohibición por acción insuficiente o defectuosa, toda vez que la acción regresiva viene seguida de alguna otra medida que implica una prestación, con lo que se estaría evaluando si ese accionar complejo es suficiente:

- a. cuando se da la supresión de la prestación (regresión) pero seguida de la aprobación de otra norma o acto que tiene como meta posibilitar la realización del derecho de prestación afectado;
- b. cuando se da la supresión de la prestación, pero sin embargo existen otros medios

*de la Universidad Iberoamericana* 34 (2004), pp. 301-333 (328 ss.). COURTIS, C., (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006.

105- V. OG N° 12, párr. 48.

(prestaciones), que siguen vigentes en el ordenamiento jurídico y que elevan la pretensión de posibilitar la realización del derecho de prestación positiva.

La argumentación del afectado girará, seguramente, en torno a la fuerte restricción producida a su derecho a causa de la regresión y la consecuente acción insuficiente, defectuosa. Para ello puede completar con las circunstancias del caso el siguiente esquema argumentativo. Se trata de demostrar que la acción de interrupción genera una restricción al contenido ganado de los derechos. Así, el estado de retroceso/regresión en la satisfacción del derecho surge de comparar el:

- estado de satisfacción del derecho antes de la implementación de la medida,
- estado de satisfacción durante la implementación de la medida (progreso),
- estado que se produce por la interrupción de la medida (retroceso).

Demostrado en concreto el retroceso, entonces se le corre al Estado la carga de la prueba y de la justificación agravada.<sup>106</sup> El retroceso frente al nivel de protección alcanzado se debe presumir en principio inconstitucional, y, a su vez, está sometido a un control judicial estricto. Para que la presunción de inconstitucionalidad pueda ser derrotada el Estado tiene que demostrar y justificar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo del derecho social afectado. Asimismo, debe demostrar que el retroceso se ha aplicado tras el exa-

men más exhaustivo de todas las alternativas posibles, es decir, que no pudo ser evitado.

Probablemente la estrategia argumentativa del Estado sea también tratar de demostrar que se sigue garantizando un contenido igual o similar al anterior pero que solo han cambiado los medios. Estas argumentaciones deben ser puestas a prueba, con lo que el medio que se examinará será la interrupción de la acción y la subsiguiente acción que es atacada por insuficiente. Si bien el medio escogido por el Estado devela un medio de accionar complejo, los elementos del examen, son los del mandato de prohibición por acción insuficiente o por defecto.

Así en el examen de idoneidad se pregunta, si el medio seleccionado por el Estado, la interrupción (equivalente a la supresión de la prestación) (M1) en conexión con la nueva norma (o en relación con el supuesto “b” en relación con los otros medios ya existentes) (M1’, M1”) fomentan la realización del derecho a la salud (P1). Cuando los tres medios en conexión (M1, M1’, M1”) no logran fomentar P1, entonces el medio escogido no es idóneo y la medida es desproporcionada en sentido amplio. Además, hay que examinar si el Estado realizó el esfuerzo de tratar de evitar el retroceso (M1) a través de otros medios alternativos. Por su parte en el examen de proporcionalidad en sentido estricto se tendrá en cuenta la siguiente comparación entre el avance en el contenido del derecho que se logró encontrándose vigente e implementado el medio suprimido, con el estado de avance (o retroceso) que se pretende lograr con M1, M1’, M1”.

Esta comparación arrojará la intensidad de restricción o intervención al derecho del afectado. Esta intensidad será aún más grave tanto más esta diferencia se acerque a la garantía del contenido del mínimo existencial de los derechos —constelaciones que suelen abundar en sociedades caracterizadas por una fuerte exclusión

106- COURTIS, C., Ni un paso atrás. *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed del Puerto, Buenos Aires, 2006; ARANGO, R., “La prohibición de retroceso en Colombia”, pp. 153-172, en Courtis, *op. cit.*; UPRIMMY, R. y GUARNIZO, D., “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, *op. cit.*



social—. En estos supuestos el examen de proporcionalidad debe ser sumamente cuidadoso y se justifica —como se argumentó en anteriores apartados— partir de la presunción<sup>107</sup> de inconstitucionalidad de la regresión que corre la carga de la argumentación y de la justificación agravada al Estado.

En 2008 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) resuelve un caso que puede ser interpretado en términos de la prohibición de regresión arbitraria ya que la comparación con el estado previo a la situación que origina el reclamo resulta fundamental para calibrar la intensidad del examen y determina las cargas de la argumentación.<sup>108</sup> En el caso, una familia de origen iraquí alquilaba un departamento en un suburbio de Estocolmo y si bien se encontraba lejos de su país de origen, podía ver programas y contenidos de aquel a través de una antena satelital previamente instalada en el departamento. Esta situación se mantuvo sin cambios desde fines de 1999 hasta la segunda mitad del 2003, momento en que los nuevos propietarios del inmueble les exigen la remoción de la antena alegando riesgos para las personas y las cosas, y fundándose en una cláusula del contrato de alquiler que impide a los locatarios realizar modificaciones en el inmueble. Los inquilinos oponen su derecho a la libre comunicación. Finalmente

107- En este sentido, v. OG N° 14 párr. 32: “Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

108- TEDH, Caso “Khurshid Mustafa y Tarzibachi c. Suecia” App. 23883/06, del 16/12/2008.

la Corte de Apelaciones correspondiente decide la controversia en favor de los propietarios. Se verifica así el retroceso en el goce de los derechos culturales de los reclamantes producido por la sentencia judicial.<sup>109</sup>

La verificación del retroceso implica, entonces, una inversión de la carga de la argumentación sobre el Estado, al que le toca justificar la razonabilidad de la medida que produce el retroceso. Respecto de la idoneidad de la medida, el Tribunal entiende que el Estado logra demostrar que la medida era conducente a la protección de los derechos de los propietarios, aunque no realiza un escrutinio intenso, ya que resulta suficiente con la mera posibilidad de que produzca el efecto buscado.<sup>110</sup> El siguiente paso consiste en analizar la necesidad de la medida. Para esto, junto a M1, que es el retiro de la antena, el Tribunal analiza tres opciones, M2 consistiría en la instalación de la antena en otro lugar, M3 el acceso a los contenidos culturales por otros medios, y M4 la instalación de un servicio de internet que permita a los reclamantes acceder a la misma información, ninguna de las cuales ha sido de-

109- Si bien no es inmediatamente relevante para nuestra argumentación, vale la pena señalar dos argumentos del Estado, rápidamente descartados por el TEDH que resultan interesantes para la comprensión del alcance de los derechos culturales. En primer lugar el Estado alega que no ha realizado acción alguna, y por ende no puede ser tenido por responsable de la situación. Ante esto el Tribunal señala que tanto la garantía de los Derechos contenidos en la Convención en general, así como también la protección efectiva del derecho a la libertad de información en particular, pueden y suelen requerir acciones positivas por parte de los Estados (par.31). En segundo lugar el Estado alega que se trata de un conflicto entre particulares y por ende excluido de la competencia del Tribunal, a lo cual este responde que lo que se está analizando no es el contrato firmado entre particulares, sino la sentencia, proferida por el Estado sueco, que pondera los derechos de propiedad de los locadores y el derecho a la libertad de expresión de los reclamantes (par.33).

110- Par. 37 y 38.

mostrada por el Estado, al que le corresponde la carga de la argumentación.<sup>111</sup> Aun cuando ya ha sido demostrada la falta de razonabilidad de la medida en sentido amplio, el Tribunal analiza el peso de los principios involucrados en el caso concreto. Los derechos involucrados son, por un lado, la libertad de recibir información<sup>112</sup> y por el otro, la protección del derecho de propiedad de los propietarios.<sup>113</sup> Ahora bien, señala el Tribunal, si bien en abstracto ambos derechos son equivalentes, en el caso concreto el derecho de los reclamantes es mayor en tanto, al tratarse de migrantes, la posibilidad de ver contenidos en árabe y farsi conecta, además, con la preservación de su identidad cultural. En lo que hace a la intensidad de la intervención sobre el primer principio, esta es considerada grave por el Tribunal ya que la sentencia judicial no solo estaría privando a los reclamantes de contenidos culturales que no resultan accesibles por otros medios, sino que además lo habría obligado a mudarse a otro barrio más lejano, con los consiguientes perjuicios en términos de transporte para los adultos y de adaptación de los tres menores de la familia. Por el otro lado, la importancia de protección del segundo principio resulta leve, en tanto, en primer lugar, resulta probado que la instalación de la antena no constituía un peligro real y cierto para la construcción; y en segundo lugar, las razones estéticas aducidas por los propietarios no resultan significativas considerando el estado concreto del inmueble. De todo lo cual se sigue que la medida estatal que produce un retroceso en el goce de los derechos culturales no se encuentra justificada.

---

111- Par.45.

112- Par. 44.

113- Par. 46.

### V.2.3. El examen de proporcionalidad como prohibición de insuficiencia u omisión

En todos los casos, los derechos culturales se ven afectados por la insuficiencia en el cumplimiento de las obligaciones estatales. De ello se infiere entonces, que el grado de realización del derecho afectado (grado de protección, grado de promoción), no es indistinto, sino que el Estado deberá seleccionar un medio dentro de los medios suficientes.<sup>114</sup> Así, del resultado del examen de proporcionalidad siempre debe surgir el accionar estatal suficiente. En algunos casos ese mandato definitivo puede tener un contenido alternativo pero suficiente (medio suficiente); en otros para cumplir con ese mandato definitivo el medio es definitivo y definido (medio necesario).<sup>115</sup>

En suma, la determinación del grado de cumplimiento mandado u ordenado se refleja en la prohibición de insuficiencia (con sus tres partes: mandato de idoneidad, mandato del medio alternativo como el más adecuado o el mejor, mandato de proporcionalidad en sentido estricto). El examen de insuficiencia indica cuándo es violado un derecho fundamental de prestación

---

114- Suficiente no es igual a (contenido) mínimo. Los derechos a acciones positivas del Estado son principios como los derechos de no-intervención. Es decir, elevan la pretensión de ser realizados en la mayor medida fáctica y jurídica posible. En este sentido, tanto la prohibición de insuficiencia como su par, la prohibición de exceso, son formas de determinación del contenido de los derechos fundamentales y más allá de su contenido mínimo que, por lo general, se determina (se aplica) como regla. Sobre la aplicación del derecho a la salud como regla, v.: RONCONI, L., "El derecho a la salud: entre reglas y principios"; PARRA VERA, O., "El contenido esencial del derecho a la salud: algunas propuestas y debates", en: RONCONI/CLÉRICO/ALDAO, *op. cit.*

115- Por ejemplo, el respeto a la diversidad cultural de una etnia discriminada en el marco de un sistema escolar exige, como medio definitivo y necesario, la enseñanza bilingüe o intercultural para los miembros de la comunidad.

positiva.<sup>116</sup> Existe violación cuando el estado de partida (el estado de cosas que resulta de una omisión o una acción insuficiente por parte del Estado, atacado mediante una acción judicial) no es suficiente en relación con la intensidad de interferencia (d) el derecho fundamental colisionante (ya sea derecho de defensa o derecho de prestación), es decir, podría hacerse más para promocionar el derecho a prestación positiva, dado que el derecho colisionante no es interferido arbitrariamente, pero no se hizo.

En “D.H. c. República Checa”<sup>117</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos verifica si las medidas tendientes a satisfacer el derecho a la educación de los niños romaníes por parte del Estado checo son suficientes y pueden, además, garantizar la diversidad cultural. El Tribunal concluye que las acciones estatales en materia educativa violan el derecho a la igualdad de los niños romaníes, porque en los hechos los segregan remitiéndolos a las escuelas especiales. En el caso se trata de la exclusión en los hechos de los niños de etnia romaní a la escuela con currículum normal o estándar. Los datos estadísticos demuestran que la mayor parte de los niños y niñas romaníes en ese Estado se encuentran escolarizados en establecimientos especiales, que a la postre los ponen en desigualdad de condiciones. La medida estatal cuestionada consiste en

un examen psicopedagógico estándar, a primera vista “neutral”, que se le toma a todas las niñas y niños antes de ser escolarizados. El resultado de este examen define si el niño o la niña es escolarizado en el sistema escolar “normal” o estándar o en la rama especial para niños con dificultades de aprendizaje. El problema radica en que ese examen estándar discrimina en forma sistemática a las niñas y niños de etnia romaní.<sup>118</sup> El tribunal establece que los Estados pueden establecer un examen psicopedagógico.<sup>119</sup> No obstante, el problema radica en que la medida estatal no resulta suficiente a la luz del examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esto es así por cuanto, en primer lugar, el peso de proteger la identidad cultural del grupo étnico (discriminado históricamente), es considerado sumamente alto por el tribunal,<sup>120</sup> mientras que la preservación del margen de acción estatal para configurar el sistema educativo nacional es medio en tanto debe *prima facie* ser respetado, pero debe ceder en caso de verificarse efectos discriminatorios.<sup>121</sup> Por otro lado la intensidad de la intervención sobre el derecho a la educación, conectado en este caso con el de respeto de la identidad cultural, es sumamente alta, puesto que hace más intensa la posición de desventaja que ya tienen los niños romaníes por pertenecer a una étnica históricamente discriminada.<sup>122</sup> Es que en el caso concreto, existen estadísticas que demuestran que en la práctica, el examen psicopedagógico redirige a los niños romaníes a las escuelas especiales por no tomar en cuenta sus especificidades cultura-

116- Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997 suministran ejemplo de violaciones por omisión a los DESC; disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>, p.123.

117- TEDH, D.H. c. República Checa (no 57325/00). 13.11.2007. Sobre diversos tipos de casos sobre discriminación contra niños y niñas romaníes en materia de derecho a la educación, v. Farkas, L., *Report on discrimination of Roma children in education*, Comisión Europea, 2014; y: a su vez, la hoja informativa del TEDH sobre derechos de los niños, en especial, el apartado referido a los niños y niñas romaníes en relación con el derecho a la educación: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Childrens\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Childrens_ENG.pdf)

118-Par. 185 y ss. y 198.

119-Par. 205 y ss.

120-Par. 182.

121-Par. 198 y 199.

122-Par. 207.

les e idiomáticas. Es precisamente la situación estructural de grupo en desventaja lo que, en este caso, hace desproporcionada la intervención sobre el derecho, y por ende insuficiente la medida estatal.<sup>123</sup>

La insuficiencia del medio escogido por el Estado tiene que ver a su vez con la deficiencia o defecto. El Estado aplica a todos los niños y niñas un examen estándar que a primera vista parece ser neutral. Sin embargo, ese examen no toma en cuenta características propias de la forma de vida de los niños y niñas de cultura romaní. Esto hace que no se examinen aptitudes y habilidades que los niños romaníes desarrollan en su primera infancia debido a la forma en que viven. Estas aptitudes y habilidades serían funcionales y equivalentes a las de los otros niños y niñas. La formulación de exámenes sensibles al contexto cultural de los niños y niñas romaníes permitiría valorar conocimientos previos que como a los otros niños les permite la matriculación en las escuelas comunes. La aplicación del examen estándar, supuestamente neutral, es insuficiente, arroja como resultado una discriminación estructural en perjuicio de los niños romaníes, incumpliendo los estándares de adaptabilidad, aceptabilidad e idoneidad.<sup>124</sup> El Estado tiene un mejor medio (examen de medios alternativos) para respetar los derechos culturales y la educación de los niños romaníes. La formulación de exámenes sensibles a la vida cultural de los niños romaníes, logra el fin de promover el derecho a la educación y, a su vez, evita la discriminación estructural. En suma, el TEDH concluyó que el Estado violó el derecho a la educación de los niños y niñas romaníes y

que debía implementar medidas tendientes a evitar la discriminación estructural.<sup>125</sup>

## VI. Conclusiones

Más allá de los casos puntuales analizados a lo largo de este trabajo, lo que nos parece realmente relevante es la construcción y difusión de herramientas argumentativas. En este trabajo reconstruimos ciertos marcos y estructuras argumentativas que permiten desarrollar una pragmática de los derechos culturales que contiene: a) elementos para determinar el contenido de los derechos culturales, b) los tipos de obligaciones que generan esos derechos, c) los exámenes para evaluar el cumplimiento de esas obligaciones y, determinar, en su caso, una violación a un derecho cultural.

123-ANÓN, Ma. José, "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", en: *Isonomía*, México, 2013, en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n39/n39a5.pdf>

124- Ver cuadro en sección III.

125-Sobre los remedios y la potencialidad de la sentencia del TEDH para impulsar cambios estructurales en la materia, ver, SMEKAL, H., ŠIPULOVÁ, K., "DH v Czech Republic Six Years Later: On the Power of an International Human Rights Court to Push through Systemic Change", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2015.