

ano 13 - n. 53 | julho/setembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de Derechos Humanos

Juan M. González Moras

Doctorando en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Master in Governo regionale e locale (Università degli Studi di Bologna, Facoltà di Giurisprudenza; Scuola di Specializzazione in Scienza Amministrativa, Italia). Abogado (Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Profesor Adjunto regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Fue Coordinador Nacional del Foro Permanente de Discusión y Debate de Jóvenes Administrativistas (FORJAD) de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (2003-2012). Profesor de la materia "Fuentes Internacionales del Derecho Administrativo" de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral; y de distintas materias en las Especializaciones en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue; MDA de la Universidad Católica de San Juan, entre otras. Autor del libro "Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad" (Editorial Ad-Hoc) y numerosas publicaciones en obras colectivas y revistas especializadas. *E-mail*: <juan_gonzalez@scs.com.ar>.

Resumen: El artículo tiene por objeto el análisis de las principales cuestiones implicadas en la responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de derechos humanos, examinando los criterios utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos de sus impactos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Palabras-clave: Responsabilidad internacional del Estado. Omisión. Derechos humanos.

Sumario: 1 Introducción – 2 Principales cuestiones implicadas en la responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de Derechos Humanos – 3 El influjo del Derecho internacional de los Derechos Humanos en materia de responsabilidad estatal. El rol del "principio de igualdad y no discriminación" – 4 Conclusiones

1 Introducción

La temática atinente a la Responsabilidad internacional del Estado, por omisión, en materia de derechos humanos, permite distinguir, al menos, las siguientes problemáticas:

- a) La primera, propia y exclusiva del Derecho internacional, está vinculada al estudio de los presupuestos, condiciones y alcances de la responsabilidad del Estado en el marco jurídico internacional (Convención de Viena del Derecho de los Tratados; Tratados de Derechos Humanos, en particular).
- b) La segunda, propia del ámbito interamericano, nos aproximará a un problema más complejo cual es el de ahondar en las consecuencias internas de dicha responsabilidad internacional. Teniendo para ello, especialmente, en cuenta:
 - 1.- Las obligaciones que los Estados nacionales asumen frente a los ciudadanos bajo su jurisdicción, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, son, básicamente las siguientes: a) Obligación de respeto; b) Obligación de adoptar las medidas necesarias; y c) Obligación de garantía.
 - 2.- El cumplimiento de dichos compromisos (desde 2006 a esta parte) bajo el influjo del denominado "control de convencionalidad" respecto de los ordenamientos internos nacionales.
- c) Y, finalmente, la constatación de que, progresiva y sistemáticamente, los presupuestos de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos (en el caso, por omisión), tienden a penetrar las fronteras del ordenamiento jurídico nacional, para transformarse, potencialmente, en los nuevos presupuestos de la Responsabilidad del Estado.

Cuestiones todas que, al menos en el ámbito interamericano, se han visto especialmente desarrolladas por la Corte Interamericana en materia de responsabilidad estatal por omisión en materia de derechos sociales y de control.

2 Principales cuestiones implicadas en la responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de Derechos Humanos

Adelantamos ya que, en materia de responsabilidad internacional del Estado por omisión en el ámbito de los tratados sobre derechos humanos, veíamos varias implicancias de distinto alcance.

La primera, que por cuestiones de extensión no podremos abordar aquí, es del ámbito propio y exclusivo del Derecho internacional; es decir, hace a los presupuestos, condiciones y alcances de la responsabilidad del Estado en el marco jurídico internacional (Convención de Viena del Derecho de los Tratados;

Tratados de Derechos Humanos en particular), con sus proyecciones generales y particulares respecto al derecho interno de los Estados.¹

Ahora bien, en segundo término, mencionamos a las específicas obligaciones asumidas por los estados nacionales en el marco de este derecho internacional.

Respecto de ellas, cabe puntualizar lo siguiente.

2.1 Obligaciones asumidas por los Estados nacionales en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos

Las obligaciones que los Estados nacionales asumen frente a los ciudadanos bajo su jurisdicción, en virtud del Derecho internacional de los Derechos Humanos, son, básicamente, las siguientes:

- a) Obligación de respeto;
- b) Obligación de adoptar las medidas necesarias;
- c) Obligación de garantía.

Ejemplos de estas obligaciones en el plexo de derechos humanos incorporado a nuestra constitución nacional, son: el art. 1.1 y 2 de la CADH;² el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;³ el art. 2 del Pacto Internacional

¹ Sobre el impacto que en las instituciones del derecho administrativo nacional tiene el proceso de "internacionalización" por el que estamos atravesando, me permito remitir a: González Moras, Juan M., "La Internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXIX – 348, "XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. 'El derecho administrativo argentino. Actualidad y perspectivas', Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 15 y sig.; y "El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos.", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVIII – 336, "XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. 'El proceso contencioso administrativo', Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 115 y sig.

² La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone, en este sentido, lo siguiente: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su ARTÍCULO 2, que: "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;⁴ el art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵ y los arts. 2, 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁶

reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

⁴ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su ARTÍCULO 2, que: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁵ La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, dispone en su ARTÍCULO 2 que: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.”

⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en sus arts. 2 a 4, que: Artículo 2: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.” Artículo 3: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración

Respecto de ello, y al margen de que cada Estado decidirá, en su caso, las vías para el cumplimiento de dichas obligaciones, vías que podrán ser legislativas, administrativas o judiciales, lo que siempre debe asegurar el Estado es la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N°18/03,⁷ se explayó sobre el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados miembros del sistema interamericano de derechos humanos.

Para ello, comenzaría su análisis sobre las cuestiones vinculadas con la obligación estatal general de respetar y garantizar los derechos humanos, la cual funda y a su vez debe nutrirse, del principio de igualdad y no discriminación.

En relación con ello, la Corte sostendrá, como premisa de carácter general, que:

“...Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política...”

Recordando, a su vez, que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales.⁸

primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.” Artículo 4: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

⁷ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

⁸ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”

Por su parte, y en lo que atañe a la Convención Americana y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normativa indicada por México en las preguntas efectuadas al momento de solicitar dicha Opinión Consultiva, la Corte indicará el sentido en que han sido interpretadas por los órganos de supervisión de dichos instrumentos.

Así, citará su propia jurisprudencia, en virtud de la cual se afirmara que:

“...[e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención [...] Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo...”⁹

(artículo 1), Carta de las Naciones Unidas (artículo 55.c), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 2.2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 7), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1), Carta Social Europea (Preámbulo), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículo 1), y Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2).

⁹ Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163; y cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154; y *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 178. Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que: “...En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención...”, conf. Caso

Por su parte, y en el mismo sentido, el Tribunal ha señalado que:

“...[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías...”¹⁰

Concluyendo que:

“...Como se desprende de lo anteriormente expuesto, tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”.

Una vez establecida la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, el Tribunal pasará a referirse a los elementos constitutivos del principio de “igualdad y no discriminación”.

De esta manera, afirmará que:

“...La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (supra párr. 71), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”.¹¹

“*Cinco Pensionistas*”, sentencia citada, párr. 164; y cfr. *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 59; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 213; y cfr. también “*principe allant de soi*”; *Échange des populations grecques et turques*, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. No. 10, p. 20.

¹⁰ Cfr. Caso “*Cinco Pensionistas*”, sentencia citada, párr. 165; *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia citada, párr. 180; y *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178.

¹¹ Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

Como así también que:

“...Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”.

2.2 Sobre el denominado “control de convencionalidad”

En el cumplimiento de los compromisos asumidos en la materia, el Estado debe, ahora (desde 2006 a esta parte) hacer valer el denominado “control de convencionalidad” respecto de su ordenamiento interno.¹²

En este sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido puntualmente que:

“...la Corte Interamericana ha señalado que ‘es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional

Se aclara, a su vez, que: “...En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.

¹² Sobre la temática vinculada con los efectos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno y, en particular, sobre el “control de convencionalidad”, véase, especialmente: Bidart Campos, Germán J. y Albanese, Susana: El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, JA, 1999-II-357; Hitters, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, LA LEY, 2008-E, 1169; Sagüés, Néstor P., Nuevamente sobre el valor, para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, JA 1999-II-364; Sagüés, Néstor P., El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales, LA LEY, 2009-B, 761; Sagüés, Néstor P., Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, LA LEY, 11.08.2010; Gelli, María Angélica, El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación, LA LEY, 01.06.2010, 1; Bianchi, Alberto B., Una reflexión sobre el llamado “control de convencionalidad”, Sup. Const. 2010 (septiembre), 23.09.2010, 15 – LA LEY 2010-E, 1090; y Gelli, María Angélica, El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso “Acosta”), LA LEY 30.07.2012, 30.07.2012, 4 – LA LEY 2012-D, 464.

como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos'. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)..."¹³

A lo cual cabe añadir que, con posterioridad a lo resuelto en "Almonacid Arellano", el tribunal americano ha profundizando este criterio en los siguientes términos:

"...Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones..."¹⁴

De esta manera, y en función de esta doctrina, puede establecerse que, para la Corte Suprema nacional, la jerarquía constitucional establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2° de la Constitución Nacional), implica que los Tratados de Derechos Humanos deban aplicarse tal como los mismos rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

¹³ CSJN, sentencia del 13.07.2007, causa M. 2333. XLII., in re: "Mazzeo, Julio Lilo y otros".

¹⁴ CIDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, parágrafo. 128.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.¹⁵

Puntualmente, y en lo que hace a las condiciones de aplicación del denominado “control de convencionalidad” en el derecho interno, cabe anotar que la propia Corte Suprema nacional ha complementado esta doctrina en diversas causas sucesivas, estableciendo allí, especialmente, las condiciones de aplicación del “control de convencionalidad”, de oficio, por parte de los tribunales argentinos.¹⁶

3 El influjo del Derecho internacional de los Derechos Humanos en materia de responsabilidad estatal. El rol del “principio de igualdad y no discriminación”

Afirmamos en la introducción que observamos cómo progresiva y sistemáticamente, los presupuestos de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos (especialmente por omisión), han comenzado a penetrar las fronteras del ordenamiento jurídico nacional, para transformarse, potencialmente, en los nuevos presupuestos de la Responsabilidad del Estado.¹⁷

¹⁵ Criterio sustentado por la Corte Suprema nacional desde su sentencia del 7.4.95, “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación”, L.L. 1995-D, p. 463; reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición, en las sentencias del 3.05.2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”; 14.06.2005, “Simón, Julio Héctor y otros”, L.L. 2005-D, p. 845, entre otras.

¹⁶ Ver, en este sentido: CSJN, causa “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”, sentencia del 31.08.2010, causa “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”. A. 93. XLV., sentencia del 8 de mayo de 2012; y causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

¹⁷ Hemos abordado la temática en: González Moras, Juan M., “El límite de la responsabilidad del Estado en materia de derechos sociales”, en “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, p. 745 y sig.; “La responsabilidad pública en materia de derechos sociales”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXI – 361, Suplemento Especial, “I Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, p. 159 y sig.; “Los tratados supraconstitucionales y su aplicación al *quantum* de la indemnización en la revocación del acto por razones de oportunidad, mérito y conveniencia”, en “Cuestiones de Acto, Reglamento y Otras Fuentes del Derecho Administrativo”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 533 y sig.; y “Responsabilidad del Estado y del Funcionario (Viejos dilemas: armonización de la falta de servicio con la falta personal diferenciada)”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXI – 370, “XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2009, p. 123 y sig.

Para advertir cuáles son dichos presupuestos, conviene recordar que ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el caso “Velázquez Rodríguez” —sentencia de fecha 29 de junio de 1988— estableció las bases internacionales (y, para nosotros, constitucionales), de la responsabilidad del Estado en materia de Derechos Humanos, incluyendo puntualmente a los derechos sociales, económicos y culturales.

Dichos principios imponen a los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de manera tal que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos y que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la *acción u omisión* de cualquier autoridad pública, constituirá un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad, tanto interna como internacional.¹⁸

Como dice Bidart Campos, en la sentencia mencionada se puede leer que:

“...la obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁹

De esta manera, los artículos 1.1. y 2 del Pacto de San José de Costa Rica se constituyen en fundamento normativo de la responsabilidad del Estado en el derecho interno argentino, y posteriormente, si esa responsabilidad fuese desconocida por los órganos jurisdiccionales nacionales, generará responsabilidad internacional de la República Argentina, que será juzgada por los órganos jurisdiccionales del Tratado internacional de Derechos Humanos.

Los principios generales que en materia de responsabilidad estatal han sido desarrollados por la Corte Interamericana,²⁰ pueden ser resumidos —en definitiva— en los siguientes:

¹⁸ Sobre las relaciones entre los ordenamientos nacional e internacional de los derechos humanos y el rol del poder judicial en materia de responsabilidad estatal, ver: Gutierrez Colantuono, Pablo, “La responsabilidad estatal y el sistema americano de protección de derechos humanos: una perspectiva judicial.”, en AAVV, “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 499 y ss.

¹⁹ Bidart Campos, Germán, “La responsabilidad del Estado en los Tratados con jerarquía Constitucional”, en VVAA., Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p., 427.-

²⁰ Seguimos la sistematización efectuada por Colautti a partir del caso “Godinez Cruz”, CIDH, Serie C, N°8, sentencia del 21.7.89; Ver, para ello: Colautti, Carlos E., “Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales.”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, p. 139.

- a) Las violaciones a los derechos humanos comportan el deber de repararlos adecuadamente;
- b) Ésta no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo;
- c) Aunque algunos tribunales internos fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estadio actual del derecho internacional;
- d) La reparación del daño ocasionado consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*) lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extra patrimoniales;
- e) Debe incluirse el daño moral.

3.1 Presupuestos de la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos. Impacto en el esquema tradicional de la responsabilidad pública en Argentina

En primer lugar, debe sostenerse que la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos —de derechos fundamentales y especialmente en materia de derechos sociales— no puede ser vista como una mera responsabilidad patrimonial.

Ello, en función de que el Estado, en esta materia, tiene a su cargo, impuestas constitucionalmente, obligaciones de hacer, de no hacer y de dar. Lo que conllevará, en caso de incumplimiento, su correlativa responsabilidad.

Por su parte, y en lo que hace al presupuesto “subjetivo” de la responsabilidad internacional del Estado, debe tenerse especialmente en cuenta lo sostenido por la Corte Interamericana en el sentido de que existirá responsabilidad estatal, aún en caso de actuación de sujetos de derecho privado.

En efecto, se estableció a este respecto que:

“...La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones erga omnes que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales [...] Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser

tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos [...] Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado [...] La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos..."

A su vez, el principio general que deriva del derecho internacional de los derechos humanos, y que impacta necesariamente en el esquema de responsabilidad estatal interna de los Estados nacionales, es el de la reparación *in natura*, esto es, entendida como "reparación", a efectos de "hacer cesar las consecuencias de la violación".

En función de lo cual, entendemos que es necesario el abandono progresivo de la idea de sacrificio especial y de daño patrimonial como requisitos ineludibles para configurar la responsabilidad estatal por omisión.

La responsabilidad estatal por omisión implicará, de esta manera, la posibilidad de que se dicten medidas cautelares o sentencias definitivas, en procesos llevados en el fuero contencioso administrativo, que condenen al Estado a: 1) hacer; 2) no hacer; o 3) dar.

En efecto, y tal como lo ha señalado Lorenzetti, particularmente en lo relativo a las obligaciones de hacer:

"...En el caso de las obligaciones de hacer, puede hacerse una subclasificación: - Obligaciones de hacer en beneficio del sujeto activo: en estos casos se trata de derechos de operatividad directa. En virtud de ellas el titular tiene una pretensión positiva, que sustenta una acción procesal. Existe una acción positiva fáctica, ya que, si bien se usa una forma jurídica, se trata de obtener una satisfacción de la pretensión. Lo decisivo es que, después del resultado de la acción, el derecho esté satisfecho [...] - Obligaciones de hacer que producen una operatividad indirecta: en estos casos el sujeto no tiene un goce directo. La razón de la ausencia de operatividad es que se trata de derechos relacionales, en virtud de los cuales para concedérselos al titular hay que quitarle algo a otro, ya que afectan cuestiones presupuestarias o mecanismos complejos de interacción. Por ello se requiere de un paso previo, que

es el proceso legislativo que permite la discusión y la generación del consenso necesario para su instrumentación. En estos casos no hay un goce directo del que se derive una prestación fáctica. Existe en cambio un goce indirecto y la pretensión es jurídica y procedimental: el objeto está constituido por una legislación, es decir por medidas estatales de tipo organizativo que permitan la implementación del derecho...²¹

Como claros ejemplos del primer caso de “obligaciones de hacer” (*Obligaciones de hacer en beneficio del sujeto activo*), podríamos mencionar o traer a colación un sinnúmero de sentencias vinculadas a casos en los que se encontraban en juego la satisfacción de derechos y garantías vinculados a la salud, vivienda, planes alimentarios, etc.²²

Como casos que pueden ejemplificar el segundo de los supuestos antes mencionados (*Obligaciones de hacer que producen una operatividad indirecta*), tenemos, al menos, las sentencias de la Corte Suprema nacional en los casos “Verbitsky”²³ y “Mendoza”.²⁴

Cabe, por último, mencionar que en el caso de existir una pretensión resarcitoria en la que el derecho fundamental es el bien jurídico lesionado, tal como ha aclarado la doctrina:

“...No se plantea ningún problema de operatividad dado que para la viabilidad de la pretensión se requiere que estén configurados los presupuestos de la responsabilidad civil. De modo que si la vida resulta

²¹ Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 115.

²² Cabe destacar, entre muchos otros, los siguientes fallos: CSJN, in re: “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/acción de amparo”, sentencia del 31.10.2006; “D., B. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/ amparo” – CSJN – 25.03.2003; “Benitez, Victoria Lidia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo” – CSJN – 24.04.2003; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Causa B. 65.166, “B., M. P. y otros contra Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud). Acción de amparo”; B., M. C. y otro c/ Chubut, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ amparo – CSJN – 11.04.2006; “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo” – CSJN – 24.05.2005; “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica ‘18 de Octubre’ c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo” – CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA (Buenos Aires) – SALA II – 08.07.2003; Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ desalojo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” – TSJ DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES – 07.10.2002; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° EXP 3261 —Autos: Ríos Alvarez, Gualberto Felipe c/G.C.B.A. s/Amparo (art. 14 CCABA) — Sala I.-

²³ CS, in re: “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 03.05.2005.

²⁴ CS, in re: “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)” – sentencia del 20.06.2006.

lesionada, no debemos preguntarnos si es un derecho operativo, sino si hay una conducta antijurídica vinculada causalmente con ese daño...²⁵

En definitiva, en lo que hace al alcance de la reparación, la Corte Interamericana ha fijado los siguientes principios: a) en primer término, corresponde requerir al Estado la plena restitución de la situación al momento anterior a la violación; b) en segundo término, corresponde establecer las medidas de reparación que fueran necesarias para hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas (incluyendo la posibilidad de establecer indemnizaciones sustitutivas del bien jurídico que no pueda ser reparado *in natura*); y c) en tercer lugar, la responsabilidad internacional del Estado hace nacer una nueva relación jurídica que consiste en la obligación de reparar.

3.2 El “principio de igualdad y no discriminación” en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos. La Opinión Consultiva N°18/03

El principio de progresividad debe entenderse, fundamentalmente enlazado con el deber de “acción positiva” que el ordenamiento constitucional impone al Estado. Y, a su vez, dicha actuación debe hoy ser considerada dentro del principio más general de “igualdad y no discriminación”.

En efecto, ello es lo que ha establecido reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en su Opinión Consultiva N°18/03,²⁶ donde sentó las bases para la interpretación del “principio de igualdad y no discriminación” en tanto integrante del *ius cogens*.

Luego de destacar que el principio de “igualdad ante la ley y no discriminación” ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales, y especialmente en la jurisprudencia emanada de la Corte Europea de Derechos Humanos,²⁷ del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas²⁸ y de

²⁵ Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, op., cit., p. 170.

²⁶ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

²⁷ Cita Cfr. Eur. Court H.R., *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.

²⁸ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10.11.89, CCPR/C/37, párr. 7.

la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos,²⁹ la Corte Interamericana sostendrá que:

“...El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias...”

Y, consecuentemente, en cuanto a las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, este Tribunal sostendrá que: “...no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.³⁰ Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.³¹

Recordando la Corte, al respecto, lo que oportunamente sostuvo la Corte Europea, al sostener que:

“...Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 (art.14). Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 (art.14) se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo [...] En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede hacer caso omiso de los

²⁹ African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication No: 211/98- Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, para. 63.

³⁰ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, citada, párr. 46; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, citada, párr. 56.

³¹ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, citada, párr. 46.

aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención.”³²

A todo lo cual, se suma lo sostenido por la propia Corte Interamericana, en cuanto a que:

“...[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”³³

De la mencionada obligación general de respetar y garantizar los Derechos Humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas en cabeza de los Estados nacionales.

En relación con ellos, la Corte Interamericana especificó que:

“...En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen

³² Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.

³³ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, citada, párr. 47; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, citada, párr. 57.

a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales (...) Además, *los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias...*" (el resaltado me pertenece).

En función de lo cual:

"...los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana..."

Concluyendo, a su vez, en orden a las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones, que ello: *"...genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos..."*.

3.3 Criterios de la Corte Interamericana en materia de responsabilidad estatal por omisión

Puede afirmarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado, a lo largo de sus Opiniones Consultivas y jurisprudencia contenciosa, una serie de principios generales atinentes a la responsabilidad internacional del Estado por violación los de derechos y garantías reconocidos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Entre tantos otros, en el caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", con sentencia del 4 de julio de 2006, la Corte Interamericana ha hecho aplicación concreta de dichos principios, estableciendo una serie de pautas atinentes a la responsabilidad del Estado en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos, que son, como veremos y en algunos casos, plenamente trasladables a la responsabilidad estatal en el derecho interno.

En efecto, en las consideraciones previas del caso mencionado, la Corte Interamericana se expedirá sobre los *"Fundamentos de las obligaciones del Estado en el marco de la responsabilidad estatal generada por violaciones a la Convención Americana"*, estableciendo, preliminarmente, que:

“...En el ámbito de dicha Convención, las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías...”³⁴

Principios generales que implican que cualquier hecho o acto estatal que implique violación de los derechos y garantías consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, conllevará la responsabilidad del Estado por acto ilícito.

Puntualmente, se manifiesta la Corte Interamericana en el este sentido al afirmar que:

“...Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente, por acción u omisión, uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención...”³⁵

Los Estados nacionales, en este marco, responden, a su vez, por los actos de cualquiera de sus órganos internos de gobierno. Todo lo cual es una vez más reiterado por la Corte Interamericana al sostener que es:

“...pertinente recordar que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional

³⁴ Con cita de los casos: *Gómez Palomino*, *supra* nota 21, párr. 91; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 109; y *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentencia 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 219.

³⁵ Con cita de los casos: *Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 81; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 111 y 112; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 110.

de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

Como, así también, que:

“...el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación. Dicha responsabilidad internacional es distinta a la responsabilidad en el derecho interno...”

3.3.1 Alcances de la reparación

En torno a la cuestión de los “alcances” de la reparación debida por el Estado en virtud de su responsabilidad por la violación de derechos o garantías consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha establecido, en la misma sentencia, que:

a) En primer término, corresponde requerir al Estado la plena restitución de la situación al momento anterior a la violación. De esta manera, sostiene la Corte Interamericana que:

“...La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados u otros modos de satisfacción. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno”.

b) En segundo término, corresponde establecer las medidas de reparación que fueran necesarias para hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. De esta manera:

“...Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores...”

c) En tercer lugar, se afirma que la responsabilidad internacional del Estado hace nacer una nueva relación jurídica que consiste en la obligación de reparar. En efecto, se afirma en este sentido que:

“...Con motivo de la responsabilidad internacional en que ha incurrido el Estado, nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar, distinta a la reparación que los familiares de la víctima pudieran obtener de otras personas naturales o jurídicas. En consecuencia, el hecho de que se tramite una acción civil de resarcimiento contra particulares en el fuero interno, no impide a la Corte ordenar una reparación económica... por las violaciones de la Convención Americana. Corresponderá al Estado dentro de su jurisdicción resolver las consecuencias que pudiera eventualmente tener la acción civil de resarcimiento que la señora Albertina Viana Lopes interpuso en la jurisdicción interna...”³⁶

3.3.2 Recepción y aplicación de la doctrina de la Corte Interamericana por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha incorporado paulatinamente, y a través de numerosos fallos, el desarrollo jurisprudencial interamericano en la materia que venimos exponiendo.

Creemos que una muestra cabal de ello, que sirve, también, como un prolijo resumen de los pasos sucesivos que la Corte Suprema ha dado en este campo, es la sentencia del caso “Trejo”,³⁷ del año 2009.

Para resolver el caso, planteado entre dos particulares y bajo la legislación laboral argentina, la Corte Suprema aplicará de manera directa la doctrina de la

³⁶ *Caso Baldeón García*, supra nota 4, párr. 175; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, supra nota 4 párr. 196; y *Caso Baena Ricardo y otros*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No 104, párr. 65.

³⁷ CSJN, in re: “Trejo, Jorge Elías c. Stema S.A. y otros”, sentencia del 24.11.2009; publicado en LA LEY 14.12.2009, 14.12.2009, 11 – DJ 23.12.2009, 3637.

Corte Interamericana en relación con: a) el alcance de la normativa internacional de derechos humanos en las relaciones jurídicas entre particulares (efecto “horizontal” de los derechos humanos); b) las condiciones y presupuestos para el establecimiento de responsabilidad estatal en la materia; c) las especiales condiciones y presupuestos en materia de responsabilidad estatal por omisión; d) la vinculación de esta doctrina interamericana con las normas de la Constitución nacional y la imbricación de aquella con los precedentes recientes de la propia Corte Suprema; y e) las consecuencias que dicha responsabilidad tendrá para el Estado nacional.

Dada el completo desarrollo conceptual que se efectúa, nos permitiremos transcribir *in extenso* los párrafos más significativos del fallo en la citada causa “Trejo”.

En primer lugar, la Corte Suprema entiende:

“...imprescindible formular las siguientes consideraciones que, en lo sustancial, tienen como punto de partida la doctrina asentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. En efecto, en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares, y que los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Esta obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares. “Dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores” (Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrs. 140, 146 y 151).

Ahora bien, aun cuando es claro que, en principio, resulta imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, no por ello se agotan allí las situaciones en las cuales aquél está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. Así, un hecho ilícito agravante de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra

de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del primero, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la citada Convención (ídem, párr. 141). A su vez, la obligación impuesta al Estado de respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros también se basa en que aquél es el que determina su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que debe también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de éstos (ídem, párr. 147). En suma, en las relaciones laborales del ámbito privado el Estado tiene un “rol importante” que cumplir, ya que, entre otras finalidades, no debe permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores, para lo cual habrá de velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a estos últimos, así como adoptar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias para ello (ídem, párrs. 138, 148 y 149)”.

Por su parte, señala que:

“...En segundo término, el vinculado con que el incumplimiento de la obligación de los estados de “proteger” se produce cuando éstos “se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros” (Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo (General comment N° 18. The Right to Work. Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2005, E/C.12/GC/18, párrs. 7, 12.c, 35 y 48). No es de olvidar que el Comité últimamente citado, para 1999, mostró a la Argentina su inquietud con motivo de la “privatización de las inspecciones laborales”, y por el hecho de que “a menudo las condiciones de trabajo [...] no reúnan las normas establecidas”. De tal suerte, la instó “a mejorar la eficacia de las medidas que ha tomado en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo [...], a hacer más para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y a asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y seguridad industriales” (Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina, 1° de diciembre de 1999, E/C.12/1/Add.38, párrs. 22 y 37). Asimismo, ya en las Observaciones finales que había aprobado el 8 de diciembre de 1994, el citado órgano internacional no había dejado de advertir a la República “que la higiene y la seguridad en el lugar de trabajo se encuentran frecuentemente por debajo de las normas establecidas”, por lo que también había instado al Gobierno “a que analice los motivos de la falta de eficacia de sus iniciativas de seguridad e higiene en los lugares de trabajo y a que haga más esfuerzos para mejorar todos los aspectos

de la higiene y la seguridad medioambiental y laboral" (E/C.12/1994/14, párrs. 18 y 21).

Análogos resultados se siguen, naturalmente, del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, a poco que se advierta que el principio protectorio que enuncia y manda que sea asegurado ("Aquino", Fallos: 327:3753, 3767, 3788; "Milone", Fallos: 327:4607, 4617), no se satisface acabadamente con el solo dictado de normas, por más sabias que éstas pudieran ser. Además de ello, es asunto de que el cumplimiento de dichas normas resulte una realidad in concreto, para lo cual el recordado principio exige una empeñosa actividad estatal de vigilancia y control, máxime que, cuando la Constitución Nacional enuncia derechos humanos, lo hace para que éstos resulten efectivos, no ilusorios ("Vizzoti", Fallos: 327:3677, 3688; "Madorrán", Fallos: 330:1989). El precepto constitucional prevé derechos "inviolables" del trabajador, así como, con tal objetivo, deberes estatales "inexcusables" ("Aquino", cit. p. 3770, y "Milone", cit., 4617; asimismo: Mata, José María c/ Ferretería Francesa S.A., Fallos: 252:158, 161).

Huelga señalar, como reforzador y amplificador de todo cuanto ha sido expresado en este considerando, el extenso acervo normativo en materia de salud y seguridad en el trabajo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional, puesto que esta Corte ha hecho mérito de él en el conocido precedente "Aquino" (cit.). También en el caso "Silva" (Fallos: 330:5345), amén de ello, fue desarrollada una detenida explicación de las obligaciones estatales de "respetar" y "proteger" los derechos humanos insertos en dicha materia, señalándose expresamente las "obligaciones positivas" que pesan sobre el Estado, así como el efecto "horizontal" de los derechos humanos, vale decir, la aplicación de éstos a las relaciones inter privados (Fallos: 330:5435, voto de los jueces Fayt y Petracchi) [...]

De ahí, ciertamente y sumado a muchas otras razones enunciadas en "Madorrán", que dignidad y trabajo se relacionan en términos "naturalmente entrañables" (cit., p. 2004). De ahí que, asimismo, resulten enteramente aplicables en el caso las consideraciones expuestas por esta Corte en T.205.XLIV "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina SA y otro", sentencia del 31 de marzo de 2009, sobre la "seguridad y salud" laborales, así como en orden al requerimiento de una celosa "prevención" en esos ámbitos, máxime cuando, por un lado, "trabajo digno es trabajo seguro" y, por el otro, dicha prevención resulta, sin dudas, un aspecto en el que alcanza su mayor significación y gravedad la doctrina del Tribunal, según la cual, el trabajador es un sujeto de preferente tutela constitucional (T.205.XLIV "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina SA y otro", sentencia del 31 de marzo de 2009, considerando 40)..."

Para, finalmente, concluir que:

"...Por ende, habida cuenta de que las sentencias judiciales resultan una de las "medidas" o de los "medios apropiados" para la plena efectividad

de las mentadas finalidades y obligaciones (v.gr., Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1), el Tribunal juzga que, una vez firme el fallo que compruebe la producción de un daño al trabajador derivado de la inobservancia por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el empleo, los tribunales de la causa deberán poner dichas decisiones en conocimiento de las autoridades nacionales o locales con competencia en la materia aludida, a fin de que éstas ejerzan las funciones para las que han sido instituidas y den oportuna cuenta de ello al órgano judicial. En igual medida deberán proceder jueces y autoridades si la consecuencia dañosa hubiese sido reprochada a una aseguradora de riesgos del trabajo por incumplimiento de sus deberes u obligaciones...”

3.4 Armonización del sistema de responsabilidad pública interno bajo los principios del Derecho internacional de los Derechos Humanos

Por último, y aunque no podamos desarrollar el tema aquí, debemos dejar sentado que la manera primigenia de armonización de los principios del sistema de responsabilidad pública internacional con la legislación interna vigente en la materia, es la de la sustitución progresiva de dos nociones básicas del sistema tradicional de responsabilidad estatal:

a) la idea de daño, como “daño” resarcible;

b) la idea correlativa de “indemnización” como finalidad y elemento central del sistema de responsabilidad patrimonial.

En efecto, entendemos que, en lugar de “daño” en sentido “civilista” (como daño causado al patrimonio, actual, cierto, estimable), debería discutirse, de manera más general, el concepto de “lesión” reparable.

Por otra parte, y en lo que hace a la idea de “indemnización”, habrá que centrar la responsabilidad pública en la noción de “reparación” o, en su caso de “recomposición”, que incluye, según el tipo de derechos y de lesiones involucrados, la posibilidad de condenar al Estado a: hacer, no hacer o, eventualmente, dar (supuesto que contiene lógicamente a la posible reparación por una indemnización de daños y perjuicios).³⁸

³⁸ Debe recordarse que, en este sentido, la Corte Suprema nacional ha afirmado en el caso “Madorrán”, que: “...la reinstalación prevista en el art. 14 bis para el sub lite, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados

No es esto algo ajeno al propio sistema originario del Código Civil, en virtud de lo normado en su art. 1083. Pero sí algo que se ha desdibujado casi por completo con la evolución —especialmente jurisprudencial— que se ha operado en torno a la configuración de los requisitos necesarios para exista “responsabilidad” estatal.

Recordemos, en ese sentido, que el art. 1083 del Código Civil establece que: *“El resarcimiento del daño consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”*.

Ahora bien, como se dijo, la caracterización que se ha consolidado en torno al “daño” como requisito o presupuesto de la responsabilidad estatal ha hecho, en la práctica, desaparecer la idea de reparación *in natura* como forma de resarcimiento.

Ello, en tanto, como lo recuerda la doctrina nacional, el daño, como presupuesto de la responsabilidad civil, debe ser: *“...real y determinado, vale decir, actual o futuro pero cierto, no pudiendo tratarse de una mera apreciación conjetural, hipotética o fundarse sólo en expectativas; debe tratarse, además, de un daño subsistente y apreciable económicamente”*.³⁹

Esto excluye, de plano, tratar o tematizar como casos de “responsabilidad” estatal o pública, los supuestos en que los particulares demanden al Estado (*lato sensu*): prestaciones, consolidación o restablecimiento de derechos, recomposición del ambiente, etc.

Exclusión que ha derivado en que dichos casos sean encauzados procesalmente, en general, a través de acciones de amparo —en todas sus variantes—, medidas cautelares u otras formas de procesos urgentes, en los que, además, no se incluyen posibles resarcimientos sustitutivos del daño causado al particular.

por violaciones de aquéllos reprochables a los Estados. A este efecto, es ilustrativa la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baena Ricardo y otros [270 trabajadores] vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001. En efecto, dicha sentencia, después de reconocer las violaciones de derechos de las que habían sido objeto los empleados públicos en ocasión de su despido por el Estado demandado, y de asentar el principio de reparación antes mencionado, condenó a este último, en primer lugar, a restablecer en sus cargos a las aludidas víctimas (Serie C N° 72, párs. 202/203)...” M. 1488. XXXVI – “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación” – CSJN – 03.05.2007.

³⁹ Cuadros, Oscar Alvaro, “Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial.”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 225 y 226.

4 Conclusiones

Por lo expuesto, puede válidamente afirmarse que en lo que hace a la Responsabilidad internacional del Estado, por omisión, en materia de Derechos Humanos, cabría distinguir, al menos, las siguientes problemáticas:

a) La primera cuestión, propia y exclusiva del Derecho internacional, está vinculada al estudio de los presupuestos, condiciones y alcances de la responsabilidad del Estado en el marco jurídico internacional (Convención de Viena del Derecho de los Tratados; Tratados de Derechos Humanos, en particular).

Los principios generales que en materia de responsabilidad estatal han sido desarrollados por la Corte Interamericana, pueden ser resumidos —en definitiva— en los siguientes: 1. Las violaciones a los derechos humanos comportan el deber de repararlos adecuadamente; 2. Ésta no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo; 3. Aunque algunos tribunales internos fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estadio actual del derecho internacional; 4. La reparación del daño ocasionado consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*) lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y el pago de un indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extra patrimoniales; y 5. Debe incluirse el daño moral.

En función de ello, la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos —de derechos fundamentales y especialmente en materia de derechos sociales— no puede ser vista como una mera responsabilidad patrimonial.

A su vez, y en lo que hace al presupuesto “subjetivo” de la responsabilidad internacional del Estado, debe tenerse especialmente en cuenta lo sostenido por la Corte Interamericana en el sentido de que existirá responsabilidad estatal, aún en caso de actuación de sujetos de derecho privados.

Por otra parte, el principio general que deriva del derecho internacional de los derechos humanos, y que impacta necesariamente en el esquema de responsabilidad estatal interna de los Estados nacionales, es el de la reparación *in natura*, esto es, entendida como “reparación”, a efectos de “hacer cesar las consecuencias de la violación”.

En función de lo cual, a su vez, entendemos que es necesario el abandono progresivo de la idea de sacrificio especial y de daño patrimonial como requisitos ineludibles para configurar la responsabilidad estatal por omisión.

La responsabilidad estatal por omisión implicará, de esta manera, la posibilidad de que se dicten medidas cautelares o sentencias definitivas, en procesos contencioso administrativos, que condenen al Estado a: 1. Hacer; 2. No hacer; o 3. Dar.

Finalmente, y en lo que hace al alcance de la reparación, la Corte Interamericana ha fijado los siguientes principios: a) En primer término, corresponde requerir al Estado la plena restitución de la situación al momento anterior a la violación; b) En segundo término, corresponde establecer las medidas de reparación que fueran necesarias para hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas (incluyendo la posibilidad de establecer indemnizaciones sustitutivas del bien jurídico que no pueda ser reparado *in natura*); y c) En tercer lugar, la responsabilidad internacional del Estado hace nacer una nueva relación jurídica que consiste en la obligación de reparar.

b) La segunda cuestión, propia del ámbito interamericano, nos aproximará a un problema más complejo cual es el de ahondar en las consecuencias internas de dicha responsabilidad internacional. Teniendo para ello, especialmente en cuenta:

1.- Las obligaciones que los Estados nacionales asumen frente a los ciudadanos bajo su jurisdicción, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, son, básicamente las siguientes: a) Obligación de respeto; b) Obligación de adoptar las medidas necesarias; y c) Obligación de garantía.

2.- El cumplimiento de dichos compromisos (desde 2006 a esta parte) bajo el influjo del denominado "control de convencionalidad" respecto de los ordenamientos internos nacionales.

c) Y, finalmente, la constatación de que, progresiva y sistemáticamente, los presupuestos de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos (en el caso, por omisión), tienden a penetrar las fronteras del ordenamiento jurídico nacional, para transformarse, potencialmente, en los nuevos presupuestos de la Responsabilidad del Estado.

En este sentido, creemos que una primigenia armonización de los principios del sistema de responsabilidad pública internacional con la legislación interna vigente en la materia, será la de la sustitución progresiva de dos nociones básicas del sistema tradicional de responsabilidad estatal:

a) la idea de daño, como "daño" resarcible;

b) la idea correlativa de "indemnización" como finalidad y elemento central del sistema de responsabilidad patrimonial.

Armonización que se está dando especialmente en el ámbito de responsabilidad estatal por omisión en materia de derechos sociales (donde puede afirmarse que la responsabilidad por omisión es la regla); ello, en tanto, tal como lo ha señalado con meridiana claridad Ricardo Lorenzetti:

“...el derecho fundamental tiene una garantía a un contenido mínimo, pero el resto es adjudicado por la democracia y el mercado. Si no fuera así, directamente no funcionaría la democracia, porque los derechos ya estarían previamente adjudicados por técnicos o por jueces, sin debate alguno en la sociedad, satisfaciendo a unos con exclusión de otros [...] Por esta razón hay que contemplar diferentes grados de colisión entre derechos y una lógica que permita distinguir entre la adjudicación de bienes primarios y otra que, más allá de ese mínimo, pueda efectuar juicios de ponderación entre derechos competitivos. Este requisito de inderogabilidad alcanza sólo a los derechos fundamentales que forman parte de la estructura básica de la sociedad y no a todos los derechos en general...”⁴⁰

Existen, pues, contenidos mínimos (de prestaciones y de estándares de regulación legislativa) que el Estado debe garantizar a través de *acciones positivas*, lo que implica que, en caso de ausencia de las mismas, el Estado podrá ser responsable por la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, variando, a su vez, el alcance de dicha responsabilidad en función de los particulares derechos y situaciones jurídicas que estén involucradas.

Pudiendo ser, así, condenado, según el caso, a dar, hacer o no hacer. Ello, a su vez, en el marco de los principios de “progresividad” y “no regresividad” impuestos a nuestro derecho público por el derecho internacional de los derechos humanos, en el marco, a su vez, del principio de igualdad y no discriminación, en los términos establecidos en los arts. 1, 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el marco de los arts. 75.22 y 23 de la Constitución nacional.

The International Responsibility of the State for Omission Concerning Human Rights

Abstract: The article aims to analyze the main issues involved in the international responsibility of the State for failure to human rights, examining the criteria used by the Inter-American Court of Human Rights and their impacts on the jurisprudence of the Argentinean Supreme Court of Justice.

Key words: International responsibility of the State. Omission. Human rights.

⁴⁰ Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, op., cit., p. 111 y 112.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de Derechos Humanos. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 45-74, jul./set. 2013.

Recebido em: 12.01.2013

Aprovado em: 08.08.2013