

URSULA BASSET
ALFONSO SANTIAGO

Directores

TRATADO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
Y CONVENCIONAL
DE DERECHO DE FAMILIA
Y DE LAS PERSONAS

MARÍA ZÚÑIGA BASSET

Coordinadora

TOMO I



Contiene códigos QR
con material adicional



INCLUYE
VERSIÓN eBook

THOMSON REUTERS

LA LEY

Basset, Ursula

Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas, tomo I / Ursula Basset; Alfonso Santiago - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022.

v. 1, 720 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-4408-7

1. Derecho Constitucional. 2. Derecho de Familia. I. Santiago, Alfonso II. Título

CDD 346.07

© Ursula Basset, 2022
© Alfonso Santiago, 2022
© de esta edición, Thomson Reuters, 2022
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada 450 ejemplares

ISBN 978-987-03-4408-7

CAPÍTULO XIV

EFFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Estela B. Sacristán

I. INTRODUCCIÓN. EL *BOOM* DE LOS DERECHOS

Sin perjuicio de los derechos que todos los seres humanos poseemos por nuestra mera calidad de tales, v.gr., los *derechos naturales*⁽¹⁾, hoy pareceríamos hallarnos rodeados por una suerte de *boom* de los derechos textualmente consagrados.

Consideremos que solamente la CN consagra todos los enumerados en forma expresa en su articulado, más los derechos no enumerados bajo el art. 33, a los que se suman los que surgen de los tratados internacionales del art. 75, inc. 22. De tal modo, así como se reconoce el derecho de expresarse libremente en el art. 14, CN, también se reconoce el derecho a la objeción de conciencia como implícito en el derecho a profesar libremente el culto, y un niño que pueda formarse un juicio propio podrá expresar su opinión libremente bajo el art. 12 de la CDN, de rango constitucional, conforme al art. 75, inc. 22, CN.

(1) Los derechos naturales, como categoría epistemológica, han sido reconocidos por la CS. Así, el derecho a la vida, en "Portal de Belén Asoc. Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", Fallos 325:292, del 5/3/2002; "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud - E. N.", Fallos 326:4931, del 18/12/2003; "Saguir y Dib", Fallos 302:1284, del 6/11/1980; el derecho natural de la comunidad social a gobernarse, "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c. Santa Fe", Fallos 317:1195, del 6/10/1994; el derecho natural, vincia de Santa Fe c. Santa Fe", Fallos 317:1195, del 6/10/1994; el derecho natural, primario y elemental a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad en "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo", Fallos 315:1492, del 7/7/1992; el derecho natural surgido de la paternidad, "Ramírez, Carlos Alberto y otros", Fallos 305:1825, del 1/11/1983; el principio de derecho natural de que nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro, "SA Petroquímica Argentina PASA", Fallos 297:500, del 17/5/1977; entre otros.

1.1. Una evolución

A fuer de verdad, los derechos que hoy advertimos en los diversos textos normativos no aparecieron en el horizonte de nuestras vidas en un instante: antes bien, se han acumulado en oleadas que fueron calificadas como “generaciones” en un proceso que —entre nosotros, en la Argentina— se inició formalmente a mediados del siglo XIX, en ocasión de la sanción de la CN de 1853. Y ese texto originario recibió dos fuertes impulsos: en la década del 50 y en oportunidad de la reforma constitucional de 1994.

Estas oleadas se han vinculado al concepto de “generación de derechos” gracias a la pluma de Vasak. Como lo explicara en un trabajo de ineludible referencia: “Los derechos proclamados en la Declaración Universal caen en dos categorías: por un lado, derechos civiles y políticos y, por el otro, derechos económicos, sociales y culturales. Dados los cambiantes modelos de la sociedad en los años recientes, se ha tornado imperativo formular lo que el Director General de la Unesco ha denominado ‘la tercera generación de derechos humanos’”⁽²⁾.

De tal modo, luego de la declaración de los derechos humanos de 1948⁽³⁾, emanada de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los estudiosos de la materia han diferenciado derechos “de primera generación” (v.gr., derechos de la libertad), “de segunda generación” (v.gr., derechos socioeconómicos y del bienestar) y “de tercera generación” (v.gr., derechos de grupos minoritarios, derechos medioambientales).

(2) Vasak, Karel, “A Thirty-Year Struggle”, *The Unesco Courier*, The United Nations - Unesco, Paris, november 1977, ps. 29-32, esp. p. 29: “The rights proclaimed in the Universal Declaration fall into two categories: on the one hand, civil and political rights and, on the other hand, economic, social and cultural rights. Because of the changing patterns of society in recent years, it has become imperative to formulate what the Director General of Unesco has termed ‘the third generation of human rights’”.

(3) Como recuerda Santiago, Alfonso, “El derecho internacional de los derechos humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, *Persona y Derecho*, nro. 60, 2009, ps. 91-130, esp. p. 92, la proclamación, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la DUDH, ocurrida el 10/12/1948, “tenía como antecedentes inmediatos la cruel experiencia de las dos guerras mundiales y de los regímenes totalitarios que gobernaron durante las décadas anteriores algunos países europeos. Mediante ese documento los Estados nacionales y los propios organismos internacionales se comprometían ética y jurídicamente a aceptar como base de la convivencia humana, tanto interna como externa, el principio de la dignidad humana y el respeto de los derechos intrínsecos e inviolables que de ella dimanar”.

Empero, este proceso acumulativo ha generado diversas reacciones: por un lado, se ha explorado la expansión —amplia, pero también problemática— de derechos a partir de la Segunda Guerra Mundial⁽⁴⁾, y se han estudiado los costos involucrados en ellos⁽⁵⁾. También se ha recordado la “inflación de los derechos fundamentales”⁽⁶⁾. Pero además se ha afirmado que se “reconoce a cada Estado por los derechos que mantiene”, y ellos operan como contribuciones que sirven a la felicidad de las personas⁽⁷⁾.

1.2. Reconocimiento y respeto de los derechos

Lo cierto es que, en la Argentina, hoy, sea de fuente constitucional expresa o implícita, sea por vía convencional internacional, nos hallamos frente a dos fenómenos, uno de reconocimiento y otro de respeto: por un lado, se verifica un contexto de reconocimiento de un sinnúmero de derechos, entre los que brillan los calificados como “humanos” o “fundamentales”, v.gr., los derechos inherentes a todos los seres humanos, los derechos que son inalienables e indisponibles, los derechos que no pueden cercenarse⁽⁸⁾. Por cierto, más compleja es la tarea de determinar cuáles, exactamente, son los derechos humanos; nadie negará que el derecho a la vida lo es, pero siempre podrían ser objeto de discusión otros derechos, como ser el derecho a la vivienda digna dada su formulación en el art. 14 bis, CN, y, en especial, el contenido de ese derecho.

(4) Wellman, Carl, *The Proliferation of Rights: Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview, Boulder, CO, 1999.

(5) Resulta en este aspecto obligada la cita de Holmes, Stephen - Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights*, Norton, New York, 1999.

(6) Ver Cianciardo, Juan, “Los límites de los derechos constitucionales”, *Dikaion*, Bogotá, nro. 10, 2001, ps. 53-73, esp. p. 70 y su cita, en n. 51, de Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995, p. 61, donde se refiere a la tendencia a “dejar fluir los derechos fundamentales en el Derecho privado también allí donde éste en modo alguno depende de ellos”.

(7) Brenes Rosales, Raymundo, *Antología. Introducción a los derechos humanos*, Editorial Universidad a Distancia, San José, 1993, p. 41.

(8) Para un caracterización de los derechos fundamentales con base en determinadas propiedades formales y materiales, ver, con provecho, Bernal Pulido, Carlos, “Derechos fundamentales”, en Fabra Zamora, Jorge L. (ed. gral.) - Rodríguez Blanco, Verónica - Fabra Zamora, Jorge L. (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CDMX, 2015, vol. 2, ps. 1571-1594.

Por otro lado, se genera un proceso de respeto del derecho, superándose el mero reconocimiento del derecho por intermedio de una norma. De este modo, ya no se dependerá de la norma para dar a un derecho por reconocido, sino que las leyes y demás normas valdrán “en la medida en que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que ahora cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos”⁽⁹⁾. Caso contrario, esas normas no tendrán valor.

1.3. Efectividad de los derechos

Ambas vertientes —reconocimiento, por un lado, y respeto, por el otro— colocan en el centro de la escena a algo casi tan relevante como la constelación de derechos misma y su reconocimiento y respeto: se trata de la cuestión de su efectividad, esto es, su eficacia o posibilidad de tener éxito o de prevalecer.

De este modo, bajo la tesis del reconocimiento, en una organización constitucional (como ser la de la Argentina), la Norma Fundamental reconocerá derechos; bajo la tesis del respeto, las previsiones de esa Carta Fundamental valdrán en la medida en que respeten los derechos fundamentales universalmente reconocidos, pero bajo la perspectiva de la efectividad, las previsiones contenidas en esa Constitución —en especial, los derechos en ella previstos⁽¹⁰⁾— deberán tener operatividad, eficacia, viabilidad, a fin de no convertirse en letra muerta.

Se tratará de derechos consagrados a la luz de cualquiera de las tres fuentes antes señaladas, v.gr., las expresas, las implícitas y las convencionales internacionales⁽¹¹⁾, y será un esquema que, a su vez, se replicará sobre los derechos infraconstitucionales.

(9) Santiago, Alfonso, “Filosofía del derecho constitucional. Perspectiva continental”, en Fabra Zamora, Jorge L. (ed. gral.) - Fabra Zamora, Jorge L. - Spector, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CDMX, 2015, vol. 3, ps. 1814-1888, esp. p. 1838.

(10) Ver Bidart Campos, Germán J., “Estado y Constitución (en los 75 años de la Constitución de México 1917-5 de febrero 1992)”, ED 146-767 a 772, esp. ps. 771-772.

(11) Ello remite, a su vez, a cláusulas de efectivización de derechos contenidas en tratados internacionales. Así, p. ej., y como recuerda Santiago, Alfonso, “El derecho...”, cit., ps. 91-130, esp. p. 92: “La Carta de las Naciones Unidas establece en su art. 55 inc. ‘c’ que ella promoverá ‘el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma

Sin lugar a d
los principales
tudiarse a la lu
nales.

II. EFEC

La efect
rechos en
que posee
necesaria
mera vist
el mund

2.1. Der

Por
releva
efecti
estat

J
tad
nis
se
er
n

Sin lugar a duda, la efectivización de los derechos es hoy uno de los principales desafíos para que sean una realidad. Y ello puede estudiarse a la luz de la Constitución y de las normas infraconstitucionales.

II. EFECTIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La efectividad de la Constitución —y, en especial, la de los derechos en ella consagrados, sin perjuicio de los derechos naturales que poseemos por ser seres humanos y que podrían incluso, pero no necesariamente, hallarse consagrados en normas— parece, a primera vista, operar en dos contextos diferenciables, según se esté en el mundo público o en el privado.

2.1. Derechos ante el Estado

Por un lado, hay derechos esgrimibles ante el *Estado*. Allí cobran relevancia en relación con las herramientas hábiles para tornarlos efectivos, eficaces o exitosos ante el accionar de los órganos y entes estatales.

Por ejemplo, podría esgrimirse el derecho respectivo ante un Estado que se obligó a proveer vivienda digna o que se obligó a administrar la justicia para todos quienes se hallen en su suelo. También se podría invocar, ante el Estado, el derecho a transitar por las rutas en condiciones mínimamente seguras, o el derecho a servicios mínimos de salud. Igualmente, podría esgrimirse, ante el Estado que expropió, la previa indemnización y, ante el Estado que tomó en locación un inmueble, el pago del alquiler respectivo.

2.2. Derechos ante los demás particulares

Por otro lado, hay derechos esgrimibles ante *los demás particulares*. Se trata de derechos emergentes de las relaciones que entablan los particulares entre sí. Y ellos parecerían morar en dos distintos contextos. Veamos: por un lado, hay relaciones iusprivatistas *influidas*

o religión, y la *efectividad* de tales derechos y libertades” (el destacado nos pertenece).

por el reconocimiento de derechos fundamentales. Por ejemplo, podría emplearse a un trabajador que profesa cierto culto que se halla, debido a este, bajo el deber de retirarse (por cierto tiempo, cierta cantidad de veces al día) a rezar, y el ejercicio de tal forma de culto estaría amparada por la libertad de cultos y, como tal, tendría que ser respetada.

Además, hay relaciones iusprivatistas *incididas* por el accionar estatal. Por ejemplo, puedo contratar a un empleado y, posteriormente, hallarme, como empleadora, sujeta al régimen oficial que veda el despido sin causa mientras dure la pandemia por COVID-19.

En este último supuesto —relación privada *incidida* por el Estado y derechos emergentes de ella— pueden tenerse en especial en cuenta las nociones de “justicia conmutativa y justicia distributiva”, sobre las que ilustra la doctrina⁽¹²⁾: si se concibe que una relación jurídica privada *incidida* parcialmente por el derecho administrativo abarca un administrado sujeto activo y a otro administrado sujeto pasivo, y si se considera que esa relación también genera prestaciones recíprocas entre Estado y administrado en virtud de la justicia distributiva —v.gr., relaciones jurídicas concretas⁽¹³⁾—, los eventuales planteos (como los que podrían surgir ante la veda de despido sin causa mientras dure la pandemia) podrían hallar una respuesta en la que se respeten los derechos de las dos partes privadas involucradas. A igual conclusión se arriba concibiendo que esas relaciones privadas *incididas* por el accionar estatal son resultado de la “actividad interventora” del Estado que, como recordaremos, puede cobrar tanto la forma de acto emanado del poder administrador, como la forma de decisión congresional o legislativa implementada por aquel, sea el Congreso o el órgano ejecutivo de gobierno, de la esfera nacional o provincial, según el esquema constitucional⁽¹⁴⁾. En todo caso, se imponen las soluciones, de justicia conmutativa y de justicia distributiva, ya aludidas.

(12) Véase Barra, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, ps. 72 y ss., esp. p. 74.

(13) *Ibíd.*, p. 79.

(14) Ampliar en Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2021, t. II, ps. 175-179.

2.3. Plan de exposición

Así las cosas, los párrafos que siguen, luego de algunas aclaraciones terminológicas, se referirán cuestiones prácticas y concretas relativas a los derechos fundamentales en punto a su “efectivización”.

III. CONCEPTOS USUALES

Algunas aclaraciones previas que hacen a conceptos que aparecen en el horizonte a poco que nos adentramos en el rico campo de los derechos.

3.1. Efectivización o eficacia, eficiencia, ética

El *Diccionario* de la Real Academia Española define el adjetivo “efectivo” como “eficaz”⁽¹⁵⁾. Así, un derecho será efectivo cuando sea eficaz o exitoso a los fines de la protección del bien ínsito en él. A modo de ejemplo, el derecho a la vida será efectivo cuando haya eficaz protección de la persona por nacer; si esa protección no es eficaz, se pone en peligro la vida del por nacer.

El concepto de efectivización de los derechos —muy ajeno a la idea de efectivización en el sentido de “pago”—⁽¹⁶⁾ tiene que contrastarse con la idea de “eficiencia” o con cuán económico (al menos en la confrontación de costos y beneficios) resulta el reconocimiento de un derecho humano o fundamental. La efectivización de un derecho podrá considerarse eficiente si —al menos— los beneficios superan los costos, e ineficiente si estos superan a los beneficios. Esto último, por cierto, en un contexto en el cual los costos y beneficios deberían visualizarse como finitos o determinados. Pero ello resulta harto arduo, dada la pluralidad de variables que se pueden hacer entrar en juego cuando de enumerar costos y beneficios se trata.

(15) Voz “efectivo, va,” en Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Madrid, 2020, disponible en <https://dle.rae.es/efectivo> (10/5/2022).

(16) En el sentido de “pago,” ver, entre muchos otros, “Arrabal de Canals, Olga y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia s/empleo público,” Fallos 329:2361, del 4/7/2006; “Gramajo, Carlos Alberto y otros c. Ferrocarriles Metropolitanos SA,” Fallos 329:2610, del 11/7/2006; “Ministerio de Trabajo c. Estex SA s/sumarios Min. de Trabajo,” Fallos 324:1878, del 14/6/2001.

Finalmente, ese derecho acarreará la consideración de una faz “ética”, pues el derecho de que se trate involucrará un determinado valor: el derecho a la salud y su protección apuntan, en definitiva, a la protección del valor “vida”; el valor “vida” pone en juego muchos derechos, como ser el derecho a la vida, el derecho a la salud en cualquier etapa del desarrollo; el derecho de ejercer toda industria lícita en el supuesto de los profesionales médicos y paramédicos, entre otros aspectos.

A modo de ejemplo, un ordenamiento jurídico puede garantizar, para todos los habitantes, el derecho al trabajo mediante el pleno empleo en el sector público. Pero ello sería ineficiente, pues no habría competencia ni incentivos a la productividad. Y en el plano ético, ello significaría la muerte de la iniciativa privada y de la libertad —en especial, la libre competencia—⁽¹⁷⁾ a ella asociada, toda vez que se considera “la libertad de la persona en [el] campo económico un valor fundamental y un derecho inalienable que hay que promover y tutelar: ‘Cada uno tiene el derecho de iniciativa económica, y podrá usar legítimamente de sus talentos para contribuir a una abundancia provechosa para todos, y para recoger los justos frutos de sus esfuerzos’”⁽¹⁸⁾.

3.2. Libertades y derechos

La Constitución argentina “histórica”, sancionada en 1853, consagra una fórmula que se halla hoy vigente y que oportunamente puso de resalto Linares Quintana⁽¹⁹⁾: tal la que asegura “los beneficios de la libertad”. Esta máxima se halla plasmada en el preámbulo de nuestra Carta Fundamental. A su vez, las libertades tienen que poder ser ejercidas en forma *efectiva*, como sostuviera la CS⁽²⁰⁾.

(17) En tal sentido, Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 88-89.

(18) Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, 2005, § 336 y sus citas en nota al pie, disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html (16/4/2021).

(19) El punto es destacado por Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, t. 4, p. 104, donde se refiere a la “institucionalización de la libertad en la Constitución Nacional”, con cita de “Amador Spagnol, María Elena Álvarez de Schuster y otros”, Fallos 191:388 (1941).

(20) Ver CSJN, caso “Amador Spagnol”, Fallos 191:270, consid. 4º: “Que el derecho de reunión presupone la existencia de una causa lícita como requisito indispensable para su ejercicio. No revestiría el señalado carácter legal, la actividad conjunta que

De tal manera necesario, pro En este conte minar, divers: necer, expresa en cuanto so: respectivo, qu Así, si se ve afi que tengo no : expresarme. F que tenemos, respectiva es a la forma que fi

Por ello, co vimientos que ción de 1789 po Rights de 1689 Sin Tierra—, “l ción de la liber

Pero el mur las personas de relativo a las pe decidir hacer u

3.3. Competenc

Las persona bertades preexis derechos cuando tanto exigibles, dica de que se tr

contradijera las nor bertades individual mero de nuestra Ca inhabilitado para cu

(21) Ver art. 28, C.

(22) Del Vecchio, ticos, Madrid, 1957, I

De tal manera, la libertad se yergue en un presupuesto ontológico, necesario, previo a la conceptualización del derecho de que se trate. En este contexto de libertad como *prius*, advertimos, en forma liminar, diversas *libertades* en particular: libertad de transitar, permanecer, expresarnos, trabajar o ejercer cualquier industria lícita, etc. Y, en cuanto soy afectado en alguna libertad, toma forma el *derecho* respectivo, que ya habrá sido previamente reconocido o consagrado. Así, si se ve afectada la libertad de expresarme, tomaré conciencia de que tengo no solo la libertad de expresarme, sino también derecho a expresarme. Por ende, si bien no somos conscientes de los derechos que tenemos, ellos cobran verdadera actualidad en cuanto la libertad respectiva es afectada, alterada, cercenada, obliterada, impedida bajo la forma que fuere, razonable o irrazonablemente⁽²¹⁾.

Por ello, como enseña Del Vecchio, puede decirse que, con los movimientos que consagraron los derechos —pensemos en la *Declaración* de 1789 posterior a la Revolución Francesa o, incluso, en la *Bill of Rights* de 1689 británica o en la *Carta Magna* de 1215 que firmara Juan Sin Tierra—, “los derechos del hombre son afirmados como restauración de la libertad preexistente”⁽²²⁾.

Pero el mundo no se termina con las libertades y los derechos de las personas del mundo privado, sino que hay algo más en la escena: lo relativo a las personas públicas y sus órganos, y lo que deben o pueden decidir hacer u omitir. Veamos:

3.3. Competencias y derechos

Las personas del mundo privado tienen capacidad, gozan de *libertades* preexistentes y pueden esgrimir *derechos* o se les reconocen *derechos* cuando esas libertades se ven afectadas. Tales derechos, en tanto exigibles, son *derechos subjetivos* en el marco de la relación jurídica de que se trate.

—
contradijera las normas de moral social o personal o que intentara suprimir las libertades individuales aseguradas a los habitantes de la República por el capítulo primero de nuestra Carta Fundamental y sin cuyo ejercicio efectivo el hombre estaría inhabilitado para cumplir con dignidad su misión terrenal (...).”

(21) Ver art. 28, CN.

(22) Del Vecchio, Jorge, *Persona, Estado y derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 350.

En cambio, las personas públicas — pensemos en el Estado y sus órganos de todas sus ramas y jerarquías, o en un ente regulador, o en el Banco Central de la República Argentina, o en un municipio— tienen, no ya *libertades*, sino *potestades*, es decir, poderes (como ser, p. ej., la potestad reglamentaria, la potestad sancionatoria o la potestad tarifaria); además, esas personas públicas tienen *derechos* (p. ej., en el marco de un contrato con un particular)⁽²³⁾ y, asimismo, esas personas públicas tienen *competencias*, haces o conjuntos de atribuciones, que son siempre de ejercicio obligatorio en virtud del art. 3º, ley 19.549 de Procedimiento Administrativo. El ejercicio de las potestades, los derechos y las competencias —o, en su caso, la omisión en su ejercicio— podrá dar lugar a las respectivas relaciones jurídicas entre un particular y la persona pública involucrada o entre personas públicas entre sí⁽²⁴⁾.

3.4. Implementación, cumplimiento, exigibilidad

Los derechos, a su vez, pasan de una suerte de plano abstracto a su concreción mediante su implementación o concreción en la realidad. Dicha implementación no es equivalente a la operatividad, que es lo contrario de la programaticidad, según se prescinda o se exija una reglamentación a efectos de que el derecho se tenga por exigible⁽²⁵⁾. En suma, la programaticidad hace a la necesidad de normas reglamentarias para que un derecho pueda ser exigible, al tiempo que la operati-

(23) En este sentido, ver "Bosisio, Antonio V. Empresa Constructora c. Municipalidad de Juárez", Fallos 300:183, del 9/3/1978 (consid. 5º); "Farmacia Roca SCS c. Inst. Nac. de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/contencioso-administrativo", Fallos 312:234, del 28/2/1989; "Construcciones y Termomecánica Inter SACIFI c. Administración General de Puertos", Fallos 305:179, del 3/3/1983 (consid. 6º).

(24) Debe tenerse presente, empero, que a veces la delimitación de la respectiva relación jurídica podrá no ser tan evidente. Consideremos a modo de ejemplo el art. 1º de la ley 23.056 (Adla XLIV-B, ps. 1263 y ss.) del Programa Alimentario Nacional. Ese artículo disponía: "Facúltese al Poder Ejecutivo nacional para la realización de un programa destinado a enfrentar la crítica situación de deficiencia alimentaria aguda de la población más vulnerable y de pobreza extrema". A su vez, el art. 5º establecía que "las provincias coparticiparán en la ejecución del programa... a través de sus autoridades". Se hallaban ante el particular, entonces, dos personas públicas distintas: el Estado nacional, por un lado, y la provincia de que se trate, por el otro.

(25) Acerca de la operatividad y de la programaticidad de un derecho (en la especie, consagrado en un tratado internacional), recordaremos la jurisprudencia que, en la Argentina, daba al derecho de réplica por no operativo o programático: "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo", Fallos 311:2497, del 1/12/1988, y la jurisprudencia que lo dio por plenamente operativo, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 315:1492, del 7/7/1992.

vidad hace a su prescindencia. Es la jurisprudencia la que determina si una norma es programática o directamente operativa⁽²⁶⁾. Y ambos conceptos difieren de la implementación, que es tan solo realización o concreción.

Además, la implementación de un derecho trae aparejada una combinación de factores que involucran algo más que la consagración expresa o implícita del derecho en el plano constitucional o infraconstitucional. Involucra algo más que su reconocimiento o normativización. Y aquí entran en escena dos conceptos nucleares provenientes del derecho procesal constitucional: primero, hay que tener en cuenta el principio de supremacía de la Constitución. Conforme al art. 31, la Constitución es la ley suprema de la Nación, razón por la cual los derechos en ella contenidos son de rango máximo, y las reglamentaciones mediante leyes o demás normativa infraconstitucional serán pasibles de control de constitucionalidad. Por ende, serán controladas y confrontadas con la Norma Fundamental a efectos de la elaboración del correspondiente juicio de constitucionalidad.

Segundo, hay que tener presente que cada derecho, para ser efectivizado, requiere de las necesarias *garantías* para que su implementación no sea fútil, irreal o meramente formal. Como dice la antigua máxima romana, *ubi jus, ibi remedium*, incluso consagrada en el célebre "Marbury c. Madison"⁽²⁷⁾, siempre que haya derecho, habrá un remedio en el supuesto de que se cause agravio a ese derecho. Y el principio de que los derechos tienen que contar con garantías o remedios es "antiguo y venerable"⁽²⁸⁾. A modo de ejemplo, de nada sirve consagrar en el texto de la Constitución el derecho a la salud si no se lo puede efectivizar por no haber camas libres en los hospitales y tengo que solicitar y obtener una poniendo en operaciones a los ór-

(26) CSJN, caso "Amador Spagnol", Fallos 191:270, consid. 4º

(27) Publicado en *Cranch's Report*, vol. 1, p. 49: "2. (...) Es un principio fijo e invariable en las leyes de Inglaterra, que todo derecho, que es negado, debe tener un remedio, y todo daño su reparación", disponible en castellano (trad. Enrique S. Peretracchi) en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/tye/revistas/25/marbury-v-madison.pdf> (10/5/2022).

(28) Zeigler, Donald H., "Rights, Rights of Action, and Remedies: An Integrated Approach", *Washington Law Review*, vol. 76, 2001, ps. 67-148, esp. p. 71 (se omiten las citas): "The principle that rights must have remedies is ancient and venerable, and played an important role in English and American legal history. The principle underlies the rise of equity, the merger of law and equity, and the corresponding development of new codes of procedure. The principle also provided the impetus for actions to redress violations of statutory rights."

todo acto debido y que deba cumplirse en cualquiera de los grandes departamentos de gobierno, constituya uno de esos casos”⁽³⁰⁾.

Además, existen otros aspectos de la efectivización a tomar en cuenta, y ellos no hacen ya a lo procesal constitucional, sino a consideraciones de otras fuentes. Veamos:

3.5. Carácter directo o indirecto

También podemos tener en cuenta, en el “mapa” de los derechos, su carácter directo o no. Los derechos expresos (como el derecho de publicar las ideas por la prensa libremente sin censura previa, previsto en el art. 14, CN) o implícitos (como la garantía de juez imparcial, implícita en el art. 33, CN) son, en definitiva, derechos de carácter directo. En el primer caso, el carácter directo es evidente en virtud del *texto* expreso; en el segundo supuesto, se tendrá que hacer una operación intelectual en *dos pasos*: una vez determinado —p. ej., judicialmente— el carácter implícito del derecho de que se tratare (v.gr., un fallo que establezca que el derecho a un juez imparcial se halla implícito en el art. 33, CN), se podrá entender que el respectivo derecho surge directamente del art. 33, CN.

Por cierto, cuando hay *texto* claro y comprensible que establezca tal o cual derecho, la subsunción de la norma en la realidad fáctica será un proceso relativamente sencillo; tal sería el supuesto del art. 14, CN. Deducir un derecho *implícito*, interpretando el texto constitucional como un todo, también será una operación de deducción lógica, pero necesitará de una convalidación previa. En esta senda parecería requerirse al menos una definición judicial que declare o establezca ese carácter implícito. Ello, por cierto, en un marco donde no rige la doctrina del *stare decisis*, sino como advertencia de la CS hacia los tribunales inferiores⁽³¹⁾, donde éstos podrían válidamente apartarse del precedente de la CS en la medida en que aportaran nuevos

(30) “Amador Spagnol”, cit.

(31) Ampliar en: Gozáni, Osvaldo A., “La doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el valor de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia”, JA 1993-II-802 a 806, abril-junio de 1992; Bianchi, Alberto B., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, ED, supl. Constitucional, vol. 2000/2001, Universitas, Buenos Aires, 2001, ps. 335-347; Bianchi, Alberto B., “*Stare decisis*”, en Sacristán, Estela B. (dir.), *Manual de jurisprudencia y doctrina*, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 425-445; Sola, Juan V., “Decisiones judiciales y eficiencia”, en Sola, Juan V. (dir.), *Tratado de derecho y economía*, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. II, ps. 341-359, entre otros.

argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal⁽³²⁾.

Más complejo es el supuesto de los *derechos indirectamente inferibles* o *derechos indirectos*. Ello se ilustra mediante este ejemplo: un artículo de la Constitución establece que el Estado (nacional, provincial, municipal) proveerá una vivienda digna (art. 14, CN⁽³³⁾). A su vez, un tratado internacional de rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN), como la CEDAW (ley 23.179, de 1985) establece, en su art. 14, que "1. Los Estados parte tendrán en cuenta los problemas especiales que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente convención a la mujer de las zonas rurales. 2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: (...) h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones". A partir de allí, hay quienes sostienen que hay un derecho humano a la energía, de rango constitucional, en la Argentina.

Esta clase de inferencia de *derechos indirectos* tiene que enfocarse dentro de los cauces de la clara textualidad de las normas en juego: primero, la convención internacional de rango constitucional citada es de alcance limitado (mujeres en zonas rurales). Segundo, cuando

(32) Ello, razonando *a contrario sensu* de lo establecido en, entre muchos otros, "Farina, Haydée Susana s/homicidio culposo", Fallos 324:2344, del 26/12/2019; "Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados SA c. Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otro s/demanda contenciosa administrativa", Fallos 342:1903, del 5/11/2019; "Espíndola, Juan Gabriel s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", Fallos 342:584, del 9/4/2019; "Lentine de Sarnari, Norma Alicia y otro c. EN - DGOS-SBPFA-Resol. 4996/07 s/personal militar y civil de las FF. AA. y de Seg.", Fallos 341:1372, del 17/10/2018, voto del juez Rosenkrantz; "Syngenta Agro SA c. Municipalidad de Córdoba s/contencioso administrativo", del 28/5/2013, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-syngenta-agro-municipalidad-cordoba-contencioso-administrativo-fa13000061-2013-05-28/123456789-160-0003-1ots-eupmocsollaf>.

(33) Ver esp. "Q. C. S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo", Fallos 335:452, del 24/4/2012, consid. 8°.

en su momento, opinó que "el ser un servicio indisponiblemente desarrollado por las Naciones Unidas⁽³⁴⁾. Tercero, eléctrica, es relevante constitucional que lo Cuarto, resulta caso estar previsto con surgir de convenio caso de los acuerdos con una distribución de la provisión informales⁽³⁵⁾.

A todo evento, tiene que considerarse de *derechos indirectos* tanto derivado de mente, no se perfil otro lado, la consagrados de otros der presupuestos e inv del "derecho indirecto", los derechos, que tener rango constitucional, ante contratos, ac los seres humanos rango constitucional lo permitan los recursos

(34) "Abarca, Walter J. s/amparo ley", Fallos 335:452, del 24/4/2012, consid. 8°.

(35) Sobre la situación de los derechos a la Energía, Hidrocarburos y otros recursos naturales, véase el voto del juez Rosenkrantz.

(36) Cassagne, Juan C. s/amparo ley", Fallos 335:452, del 24/4/2012, consid. 8°.

en su momento, en un conocido precedente, el Ministerio Público opinó que "el servicio público domiciliario de energía eléctrica es un servicio indispensable para la salud y la vida digna, que está expresamente comprendido dentro de la noción de vivienda adecuada desarrollada por el sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas (...)", la CS devolvió la causa por razones procesales⁽³⁴⁾. Tercero, en el supuesto del hipotético derecho a la energía eléctrica, es relevante puntualizar que la única norma de rango constitucional que lo prevé clara y prístinamente es la citada convención. Cuarto, resulta casi superfluo aclarar que si bien un derecho puede no estar previsto con amplios alcances en las normas, ese derecho puede surgir de convenios entre personas jurídicas, como se verifica en el caso de los acuerdos por los cuales un gobierno municipal conviene, con una distribuidora, hacerse cargo, frente a esta, de los gastos que depara la provisión del fluido entre los habitantes de asentamientos informales⁽³⁵⁾.

A todo evento, y si bien la cuestión excede el ámbito del presente, tiene que considerarse asimismo que, por un lado, el reconocimiento de *derechos indirectos*, con amplios alcances, de tinte sorpresivo, en tanto derivado de algún otro derecho consagrado constitucionalmente, no se perfila como respetuoso de la seguridad jurídica; por otro lado, la consagración de infinitos derechos indirectos o derivados de otros derechos tiene que respetar los derechos "directos" presupuestos e involucrados, anteriores al eventual reconocimiento del "derecho indirecto" o derivado⁽³⁶⁾; por último, y como se expresara, los derechos, para ser efectivizados, no tienen necesariamente que tener rango constitucional: antes bien, pueden ser *acordados* mediante contratos, acuerdos o convenios y brindar tantos beneficios a los seres humanos involucrados como si emergieran de una norma de rango constitucional o legal. Todo ello, por cierto, en la medida en que lo permitan los recursos financieros del Estado.

(34) "Abarca, Walter José y otros c. Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/amparo ley 16.986", Fallos 339:1223, del 6/9/2016, dictamen de la Procuración General de la Nación y fallo de la CS.

(35) Sobre la situación en la ciudad de Buenos Aires, ampliar, con provecho, en Villola, Matías L., "No hay luz al final del túnel", *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, nro. 18, 2018, ps. 127-141.

(36) Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 94, explica que no tienen que afectarse "otros derechos constitucionales".

IV. SUPUESTOS DIFÍCILES

No obstante todo lo expresado hasta aquí, y aun cuando celebremos las oleadas de derechos que parecerían hallarse a nuestra disposición, se advierte que no siempre los derechos son, en la realidad, efectivizados. Y esta apreciación no es algo que pueda predicarse exclusivamente de los derechos de primera generación (como podría ser el derecho de propiedad o el derecho a la vida), sino que también recaerá sobre los derechos de segunda generación (como ser los derechos de la seguridad social) o, incluso, sobre los de tercera generación (como ser el derecho a la competencia).

Es más, parecería haber supuestos en que ni siquiera se toma en cuenta el derecho, prevaleciendo la libertad respectiva: no llegan a generarse "ecos" o "ruidos" en esa libertad tal que uno tome conciencia del derecho en juego y provoque la entrada en funcionamiento de la maquinaria jurídica.

Entonces, podemos preguntarnos: ¿se agota todo el discurso de los derechos con su reconocimiento o consagración y el eventual planteo o reclamo ante una violación, transgresión, incumplimiento u omisión? ¿Está todo el sistema diseñado para concluir en la senda de una causa judicial? ¿O hay supuestos en los que esa senda judicial es carente de significado o neutra? ¿Y hay alguna diferenciación, según la libertad, y el derecho, sean de rango constitucional o infraconstitucional? Veamos algunos supuestos.

4.1. De la libertad, al derecho

Si se visualizan las libertades como anteriores a los derechos, advertiremos que estas pueden transcurrir perfectamente en la vida sin que nunca se torne necesario plantearse qué derecho está en juego y efectuar un planteo formal en sede judicial.

Ello se ilustra en una persona, dueña de un establecimiento agropecuario, cuya libertad de industria nunca se ve afectada y ejerce, diariamente, por todos los días de su vida, esa libertad sin necesidad siquiera de pensar que está ejerciendo un derecho. También se ilustra con el niño que concurre a clases todos los días o con la familia que asiste a un culto religioso regularmente.

Ahora, si el niño recibe libros de enseñanza oficial con propaganda política, si una decisión oficial impide que asista a clases presenciales

4.3. Relación

También ha por inexistencia de elegir a la una de esas autoridades sufragar gastos por hecho consumado

(37) "Ruiz, Mirtha E cios", Fallos 312:2138, de

(38) Ampliar en Bors de más de 3500 vacas", Lcion.com.ar/economia/ca de-3500-vacas-nid1703202.

o se impide por decisión oficial la celebración de reuniones públicas de cierto culto religioso, entonces aparecerá la noción de derecho por previa afectación de la libertad de acceder a información educativa idónea, de la libertad de aprender o de la libertad de culto.

4.2. Relación jurídica y posibilidades materiales

Segundo, puede tal vez generarse un incumplimiento, ilícito u omisión en el que sea imposible ubicar al otro extremo de la relación jurídica.

Puede darse una situación en la que el productor agropecuario mencionado tome conciencia de que se está poniendo en juego su derecho de propiedad (tal vez le hurtaron una res); sin embargo, al no saber a quién exigirle la devolución respectiva (v.gr., al desconocer al legitimado pasivo), no podrá exigir nada a nadie (y cuando se dé cuenta de ese extremo, es muy probable que contrate un seguro contra robos de hacienda y que consiga las instalaciones tecnológicas necesarias para que se facilite aquella identificación y, a su vez, la aseguradora instigará las investigaciones penales conducentes a la ubicación de la res hurtada).

Recordemos, a modo de ilustración, el caso "Ruiz", en el que no hubo relación jurídica entre el Estado y el conductor que embistió, en la ruta, un equino sin marca⁽³⁷⁾. Contrastemos ese caso con el que, previa denuncia penal, se conoce como uno de los mayores hurtos de hacienda en nuestro país⁽³⁸⁾.

4.3. Relación jurídica no inferible ante políticas

También hay libertades que no parecen engendrar derecho alguno por inexistencia de una relación jurídica. En efecto, uno puede libremente elegir a las autoridades y ejercer libremente su industria, pero si una de esas autoridades decide emitir moneda en forma abusiva para sufragar gastos públicos, causando una inflación intolerable, ante el hecho consumado de la sobreabundancia de billetes en circulación

(37) "Ruiz, Mirtha Edith y otros c. Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos 312:2138, del 7/11/1989.

(38) Ampliar en Bordón, José E., "Valen millones: denuncian la desaparición de más de 3500 vacas", *La Nación* del 17/3/2021, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/economia/campo/valen-millones-denuncian-la-desaparicion-de-mas-de-3500-vacas-nid17032021/> (17/4/2021).

tengan esa inyección, nada nueva jurisprudencia reco-
ulante).

ue, si bien las libertades
niento de derechos, no
y" o la afectación de una

Constitucional

ngo del derecho que
constitucional (por
ución o en un tra-
cho de trabajar, de
rechos que no po-
amente legal (por
n un reglamento
): las audiencias
ituyen un claro
in caso se ha-
diata, pero en
tación. La ac-
un derecho
e reglamen-
o supuesto

de dere-
y formal
i puede
que se

res-
nte;
le-

Finalmente, supera la extensión de este trabajo la cuestión de las limitaciones a los derechos y el debate acerca de si —dentro de los límites del art. 28, CN— se los puede restringir solo por ley formal o por otros medios. Al respecto, resulta oportuno lo expresado por Badeni en el sentido de que "la regulación práctica de la libertad y sus limitaciones, son establecidas por el llamado poder de policía que, a tales fines, ejercen los órganos gubernamentales. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, dentro del marco de sus funciones constitucionales, ejercen el poder de policía para la protección de los individuos, grupos sociales y del propio Estado. Su objeto es limitar las libertades individuales y sociales en función del bien común"⁽⁴⁰⁾. Respecto del recaudo más relevante para el ejercicio de ese poder de regulación de los derechos, agrega el citado constitucionalista: "Siempre, el ejercicio del poder de policía debe tener un fundamento legal que puede provenir, tanto de la Constitución como de sus leyes reglamentarias. No puede haber limitación a los derechos que esté desprovista de sustento legal, ya sea directo o indirecto. La limitación debe provenir de una ley, o de una norma de jerarquía inferior que, a tales efectos, se base sobre una ley. Así, a título de ejemplo, puede emanar de un decreto del poder ejecutivo o de una ordenanza municipal. También de actos del órgano ejecutivo que sean consecuencia de la delegación de facultades legislativas conforme al art. 76 de la Ley Fundamental"⁽⁴¹⁾.

V. LA PARTICIPACIÓN DEL APARATO ESTATAL EN LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Detrás de las ideas de libertad y derecho se halla el derecho como institución que permite que el Estado pueda operar en la tarea de coordinación. De ese modo, se superan la fragmentación y la desintegración social, si se considera a la vida política como uno de los órdenes reconocidos pasible de coordinación⁽⁴²⁾.

En los supuestos en que una libertad es molestada, afectada o agraviada, y aflora el respectivo derecho, es menester que el aparato

(40) Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 2a ed. actual. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 464.

(41) *Ibidem*, t. II, p. 473.

(42) Es uno de los órdenes coordinables, conf. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980, p. 138.

estatal todo, en su rol de coordinador⁽⁴³⁾, v.gr., en su papel hábil para superar desavenencias, ponga a disposición las herramientas necesarias para que ese derecho no devenga un espejismo, una ilusión, una pieza de retórica o la expresión de una buena intención del legislador congresional o administrativo.

En esta línea de análisis, entonces, se requerirá, para la efectivización del derecho de que se trate, que se apruebe una suerte de triple test, v.gr., de eficacia (brindándose posibilidades —aunque no certezas— de éxito, logro o cumplimiento; de eficiencia (tal que los costos de efectivización del derecho no superen los beneficios) y de ética (con lo que la efectivización tendrá que honrar algún bien considerado valioso).

El sector del aparato estatal naturalmente enderezado a la protección de los derechos es, por antonomasia, el órgano judicial; el Poder Judicial —con sus distintos órdenes: federal, nacional y local— se halla a disposición para proveer soluciones a los problemas de la falta de efectivización de un derecho.

Pero ello no excluye a los órganos y entes de la Administración Pública, capacitados para resolver planteos de los particulares en un ámbito de mayor informalismo, sin que sea necesario pagar tasas por el servicio y sin que sea menester contar con asistencia letrada⁽⁴⁴⁾.

5.1. Aspectos de fondo al intentarse la efectivización de un derecho

A veces, la efectivización de un derecho se debilita por razones textuales. A modo de ejemplo, cuando una ley establece, en su penúltimo artículo, una fórmula genérica del estilo de “derógase toda otra

(43) Ampliar en *ibidem*, ps. 138-139 (donde se fija la sinonimia) y p. 255 (donde se define problema de coordinación como abarcador del puro conflicto donde los intereses de las partes se hallan en completa divergencia y lo que uno gana, es lo que el otro pierde), ps. 81-82. Cfr. Schauer, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. - London, 2015, ps. 81-82 y 84-85, donde alude a cooperación, pero no sin coerción. Puede verse, sobre los problemas de coordinación, la bibliografía que se detalla en Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon, Oxford, 1991, p. 125.

(44) Ver ley 19.549, art. 1.f.I.

norma que se oponga a la supervivencia de alguna norma anterior.

La ley —y de aquél modo amplio, es decir, bien— tiene que ser determinante de las consecuencias posteriores.

De otra parte, la creación de un nuevo derecho lleva una suerte de consecuencias necesarias para su efectivización, como para la educación acorde con las herramientas digitales de la era digital.

Ya en el plano judicial, que ser válida y, además, de la validez formal, se requiere el procedimiento específico de los reglamentos, como los tratados de comercio que consagra un derecho, dictarse una resolución gratuita, online, de tener en cuenta los derechos de

(45) Ver ley 24.600 del Poder Judicial de la Nación, art. 63; ley 24.499 del Poder Judicial de la Nación, art. 24; ley 26.991 de Consumo, art. 9°; ley 26.911 de Dopaje en el Deporte, art. 30; entre otros muchos.

(46) La ley 23.849 aprueba el reconocimiento de todo niño nacido en Argentina, Natalia, *Un esfuerzo de protección*, Buenos Aires, 2011, p. 27, disponible en

norma que se oponga a la presente”⁽⁴⁵⁾, ¿podemos tener certeza sobre la supervivencia del derecho que oportunamente se consagrara en alguna norma anterior?

La ley —y de aquí en adelante nos podemos referir a la ley en sentido amplio, es decir, las leyes formales, y las reglamentaciones también— tiene que redactarse en forma clara, y las modificaciones o derogaciones posteriores tienen que ser igualmente claras, específicas y determinantes.

De otra parte, la ley debe tener factibilidad. En cierto modo, la sanción de un nuevo derecho, en tanto garantizado por el Estado, conlleva una suerte de “crédito legal previo” que consiste en los recursos necesarios para financiarlo. Esos recursos se necesitan tanto para cuidar de una embarazada, como para sufragar jubilaciones y pensiones, como para —entre otros muchos supuestos— asegurar una educación acorde con los actuales requerimientos de manejo de herramientas digitales. Caso contrario, los respectivos derechos serán mera retórica.

Ya en el plano jurídico, la norma que establezca el derecho tiene que ser válida y, además, tiene que resultar constitucional. Respecto de la validez formal de las leyes que sanciona el Congreso, ha de respetarse el procedimiento prefijado en la Norma Fundamental y, respecto de los reglamentos administrativos, ha de respetarse el procedimiento específico aplicable. A su vez, tanto la ley formal como el reglamento administrativo han de respetar tanto la Constitución como los tratados de rango constitucional. Si un tratado internacional consagra un derecho, como ser el derecho a la vida, nunca podría dictarse una resolución que apruebe la edición y publicación oficial, gratuita, online, de textos para niños que ignoren ese derecho al enumerar los derechos del niño⁽⁴⁶⁾.

(45) Ver ley 24.600 del Estatuto y Escalafón para el Personal del Congreso de la Nación, art. 63; ley 24.492 de Armas y Explosivos, art. 3°; ley 24.224 de Reordenamiento Minero, art. 24; ley 27.145 de Procedimientos para la Designación de Subrogantes, art. 9°; ley 26.991 de Nueva Regulación de las Relaciones de Producción y Consumo, art. 19; ley 26.912 de Régimen Jurídico para la Prevención y el Control del Dopaje en el Deporte, art. 113; ley 26.548 del Banco Nacional de Datos Genéticos, art. 30; entre otros muchos supuestos.

(46) La ley 23.849 aprueba la CDN, y su art. 6° establece que “1. Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. Sin embargo, en Lippai, Natalia, *Un esfuerzo de producción*, Ministerio de Educación de la Nación, Buenos Aires, 2011, p. 27, disponible en <https://www.educ.ar/recursos/118053/un-esfuerzo>

Renglón aparte merece la cuestión de la discrecionalidad del legislador —congresional o administrativo— al consagrar o reconocer derechos. En tal sentido, cabe tener presente que los límites respectivos a la discrecionalidad del legislador harán, como mínimo, armonizarlos con el valor de la “dignidad humana” y hacerles respetar la noción de “bien común”.

5.2. Aspectos formales al intentarse la efectivización de un derecho

Debemos tener en cuenta, por último, en punto a acudir al órgano judicial a los fines de la efectivización de un derecho, que habrá supuestos en que tal vez el particular acuda a él inmediatamente o, bien, prefiera —si fuere el caso y se lo considerare estratégicamente adecuado— o se vea obligado por la ley aplicable a recorrer la senda administrativa para plantear su caso ante el órgano de la Administración antes de adoptar la vía judicial.

A todo evento, ya en sede judicial se requerirán recaudos comunes a todos los planteos judiciales, tales como: (i) la selección de la estrategia a desplegar en sede judicial mediante la elección de la vía disponible más adecuada ante la justicia provincial o federal; (ii) ya en las puertas del órgano judicial, la acreditación de legitimación procesal tanto activa como pasiva; (iii) la existencia de caso o controversia; ello, (iv) dentro de los requisitos de *timing* o tiempo cronológico tal que no se acuda al órgano judicial ni muy temprano ni demasiado tarde.

Existe jurisprudencia que legitima en forma activa: tal el supuesto de “Ekmekdjian”⁽⁴⁷⁾, de 1992, en punto a la protección de intereses como el allí invocado. También hay normas que hacen lo propio, como el art. 1° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que establece que “todo ciudadano” se halla habilitado para “interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce” de los derechos consagrados en esa ley.

Debe contrastarse la redacción de esta formulación de legitimación activa, enderezada a obtener remedios tanto administrativos

de-produccion?from=150927 (20/5/2020) (el destacado nos pertenece), se enumeran todos los derechos que se encuentran en dicha Convención, y entre ellos no se incluye el derecho intrínseco a la vida.

(47) Cit. *supra*.

como judiciales, con
chos, como ser el art.
que “todo habitante d
ferrocarriles en explo
ley legitima activame
en sede administrativ
consagra un derecho.

La libertad, como
libertades acerca de
cuando estas son afec
recho respectivo.

Así generados, los
sean derechos natural
condición humana—
de forma en sustancia
llegue a su efectivizac
un derecho consiguier
palabras sin sentido en

Los derechos apare
como frente a los part
propios de ellos, impo
pectivas soluciones in
en evidencia que exist
que debería develar la

Sin embargo, allí d
mínima racionalidad y
tendientes a la efectiv
para su concreción, se
judicial. Ello, en espec
que explicitan y consag

como judiciales, con la redacción de normas que solo otorgan derechos, como ser el art. 35 de la ley 2873 de ferrocarriles, que establece que "todo habitante de la República tiene el derecho de servirse de los ferrocarriles en explotación con arreglo a la ley". En el primer caso, la ley legitima activamente a los fines de la efectivización del derecho en sede administrativa o judicial, mientras que en el segundo caso se consagra un derecho.

VI. CONCLUSIONES

La libertad, como *prius*, nos permite vivir ejerciendo diversas libertades acerca de las cuales casi no tenemos conciencia, salvo cuando estas son afectadas, en cuyo caso adquiere relevancia el derecho respectivo.

Así generados, los derechos —sean ellos de fuente normativa, o sean derechos naturales que todas las personas poseen por su propia condición humana— tienen, necesariamente, que transformarse, de forma en sustancia, de idea a su concreción, a los fines de que se llegue a su efectivización. En otras palabras, una libertad afectada y un derecho consiguiente no efectivizable, deviene en un conjunto de palabras sin sentido en la realidad de las cosas.

Los derechos aparecerían como esgrimibles tanto frente al Estado como frente a los particulares. Empero, diversos conceptos usuales, propios de ellos, imponen la diferenciación de situaciones y sus respectivas soluciones interpretativas. Incluso la realidad parece poner en evidencia que existen supuestos de ardua lectura, donde la línea que debería develar la relación jurídica respectiva se desdibuja.

Sin embargo, allí donde se verifiquen al menos los requisitos de mínima racionalidad y los recaudos comunes propios de los planteos tendientes a la efectivización de los derechos se hallará la simiente para su concreción, sea en sede administrativa y en especial en sede judicial. Ello, en especial cuando son las propias normas positivas las que explicitan y consagran esos recaudos a favor de las personas.