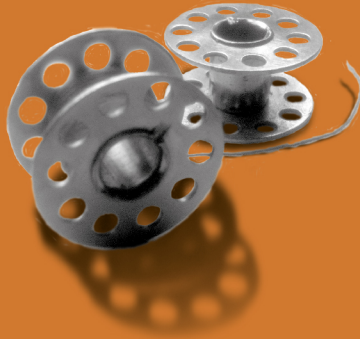


HORACIO ETCHICHURY



IGUALDAD DESATADA

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES
EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA



EDITORIAL

Universidad
Nacional
de Córdoba

IGUALDAD DESATADA
LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES
EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

IGUALDAD DESATADA
LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES
EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Horacio Etchichury



Universidad
Nacional
de Córdoba

Etchichuri, Horacio
Igualdad desatada : la exigibilidad de los derechos sociales en
la Constitución Argentina. - 1a ed. - Córdoba : Universidad
Nacional de Córdoba, 2013.
350 p. ; 21x14 cm.
ISBN 978-950-33-1028-1
I. Derecho Constitucional. I. Título
CDD 342

Diseño: Editorial UNC | Tapa: Sebastián Chautemps
ISBN: 978-950-33-1028-1
Impreso en Argentina
Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013



Igualdad desatada : la exigibilidad de los derechos sociales en
la Constitución Argentina por Etchichuri, Horacio se encuentra
bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-
CompartirIgual 2.5 Argentina](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/argentina/).

*A todas las personas
que en cada hora bajo nuestro cielo
sufren la violación de sus derechos sociales*

PRÓLOGO

UN TEMA Y UN ENFOQUE NECESARIOS

Roberto Gargarella

En los últimos años, es mucho lo que se ha escrito en relación con el tema de los derechos sociales, y aún en torno al valor o la justificación de los derechos sociales como derechos exigibles. Pueden encontrarse importantes escritos al respecto, en nuestro país, pero también en América Latina o Hispanoamérica en general, pero también, incluso, en el ámbito anglosajón, habitualmente más renuente a discutir sobre la cuestión (ello, en el caso de los Estados Unidos, por al menos una razón comprensible: el hecho de que su Constitución hace silencio sobre los derechos sociales, lo que lleva a que se considere a la misma como una que consagra, exclusivamente, derechos negativos).

A pesar de lo dicho (la profusión de escritos sobre el tema), el libro de Horacio Etchichury constituye una novedad de enorme importancia, a los fines de actualizar y mejorar la discusión hasta aquí existente. Para sostener mi afirmación, quisiera marcar cuatro virtudes fundamentales que, entre otras, le reconozco a este libro. Las resumiría del siguiente modo: i) la virtud de partir de una teoría democrática; ii) la virtud de retomar discusiones jurídicas fundamentales, como —especialmente— la relacionada con la teoría interpretativa; iii) la virtud de comprometer al libro con un estudio de la historia y la doctrina vigentes; y iv) la virtud de proponer un programa de reformas institucionales plausible, asequible. A continuación, y brevemente, me referiré a tales puntos de modo separado.

Democracia. Tal como anticipara, entiendo que el poner en el centro del trabajo a la cuestión democrática es una de las grandes

virtudes del trabajo de Etchichury. Ello, debido a la importancia que tiene el debate sobre la democracia, para el tratamiento de los temas más fundamentales del derecho incluyendo, por supuesto, el que aquí nos interesa: el de los derechos sociales. En efecto, la cuestión democrática se hace presente siempre en estos debates, aún frente a quienes abjuran de (así les dicen) tales abstracciones y las consideran ajenas al derecho. Estos críticos deben responder (y de hecho, a regañadientes, tienden a hacerlo) a preguntas inescapables como las referidas a la autoridad de los jueces para decidir sobre tales asuntos; el alcance del poder de los legisladores frente a lo que deciden los jueces; las obligaciones impuestas por el texto constitucional sobre los diversos poderes, al consagrar ciertos intereses como derechos; los modos o formas del accionar judicial en estos asuntos; las tensiones entre posturas “activistas” y “no activistas” en torno a la función judicial; el carácter operativo o no de los derechos sociales; etc. Dos preguntas, en particular, resumen especialmente bien las preocupaciones en juego. Primero: ¿puede *el poder judicial* poner en práctica (*enforce*) los derechos sociales garantizados en la Constitución, sin que ello se considere una ofensa a los poderes de las ramas políticas de gobierno? Y segundo, y de modo más general: ¿de qué modo pensamos las relaciones entre poderes –más específicamente, el *sistema de frenos y contrapesos*- en el marco de una democracia constitucional? En otros términos, ¿cuál es el alcance y cuáles los límites de lo que puede hacer cada poder, en el marco de ese sistema de frenos y contrapesos?

Se lo quiera admitir o no, este tipo de preguntas nos obligan a abordar temas básicos de teoría democrática: ¿qué lugar le corresponde a la soberanía popular –y a los representantes del pueblo, en particular- a la hora de discutir y llevar a cabo los compromisos sociales que asume? ¿Y qué es lo que les corresponde hacer a los demás poderes, para cumplir sus funciones conforme a las obligaciones que le impone el constitucionalismo democrático?

Interpretación. La segunda virtud del libro de Etchichury –señalaba en un comienzo- es el de prestar especial atención a debates

jurídicos fundamentales, incluyendo de modo especial aquellos que se han dado en materia de teoría interpretativa. Dicha sección de la teoría jurídica resulta el campo de batalla más fértil, dentro del derecho, a la hora de explorar cuestiones legales de relevancia, como las que nos presentan los derechos sociales. Muchas de las reflexiones más relevantes que se nos aparecen, por caso, cuando pensamos sobre derechos sociales, tienen que ver con nuestras disputas interpretativas. Otra vez, lo admitamos o no (y solemos *no* admitirlo porque tendemos a presentar lo que son reclamos interpretativos como verdades jurídicas incontrastables), cuando, por caso, discutimos sobre lo que pueden hacer jueces o legisladores en materia de derechos sociales lo que hacemos es discutir, finalmente, sobre distintas visiones sobre la interpretación legal. Del mismo modo, podríamos ver de qué modo, durante muchos años, el debate en el área de los derechos sociales pareció ceñirse a una disputa (siempre resuelta del mismo modo) acerca del carácter programático o no, operativo o no, de ciertos derechos: se trataba, finalmente, de una disputa interpretativa (que, por lo demás, y conforme señalara, dependía de una respuesta relacionada con la teoría democrática). Por lo dicho, poner un foco especial de atención en la discusión interpretativa representa un acierto especialmente destacable de este libro.

Historial/Doctrina. La tercera virtud que quería destacar del texto de Etchichury tiene que ver con el lugar primordial que le asigna al estudio de la historia de los derechos sociales, y a la revisión de y debate con, la doctrina que se ha pronunciado en la materia. Dicha mirada especial es destacable, sobre todo, a la luz de la cantidad de estudios que dejan de lado directamente las cuestiones empíricas relacionadas con los derechos sociales y —muy en especial— a la luz de cantidad de trabajos que se ocupan de los derechos sociales exclusiva o casi exclusivamente a partir de la (mera) revisión de decisiones judiciales. Que quede claro: resulta imprescindible repasar cuál es la realidad jurisprudencial en materia de derechos sociales, cada vez que se quiera tratar el tema de modo sensato y exhaustivo. Lo que me interesa destacar, más bien, es la importancia de hacer

lo que hace Etchichury en este texto, al acompañar el análisis jurisprudencial con aquello que normalmente debiera acompañarlo y está ausente, esto es, el estudio de lo que legisladores y doctrinarios han dicho en la materia. En el área de los derechos sociales, tales informaciones revisten una importancia particular, ante todo, dado que nos permiten poner en contexto y estudiar mejor el significado de los derechos sociales: muy habitualmente, tales derechos se descalifican presentándolos como meramente declarativos, lo cual se contrapone, entre otras cosas, con la voluntad misma de los legisladores que los crearon –un hecho, por lo menos, no irrelevante ni por tanto susceptible de ser dejado de lado. Lo mismo podría decirse en relación con las opiniones doctrinarias, tan influyentes como poco estudiadas en nuestro medio. Etchichury hace muy bien entonces en tomar en serio y poner bajo una lupa crítica, las reflexiones doctrinarias que de manera tan habitual han estado al servicio de la preservación de un estado conservador.

Instituciones. Finalmente, destaco de este trabajo el espacio que le dedica a la cuestión de la reconstrucción institucional. Ello es doblemente importante. En primer lugar, porque buena parte de los trabajos con los que contamos en la materia son descriptivos, y no se adentran por tanto en la reflexión y crítica de nuestro sistema institucional (y mucho menos en la propuesta acerca de cómo reorganizar dicha estructura de instituciones). En segundo lugar, destaco la opción de Etchichury en esta área, porque la misma no se contenta con abordar el tema institucional, sino que lo hace de modo consciente, y a partir de, las premisas teóricas de las que parte, relacionadas con la teoría dialógica o deliberativa de la democracia. Dicho punto de mira teórico –de ningún modo excluyente de otras concepciones teóricas, tal vez menos exigentes en sus fundamentos pero capaces de conducirnos a similares conclusiones– resulta especialmente fructífero. Ello, ante todo, dado que el paradigma dialógico encaja perfectamente con muchas de las más interesantes y renovadoras decisiones judiciales que se han tomado en la materia: en Brasil, especialmente en el área de salud; en la Argentina, en

casos ambientales como *Mendoza*; en Colombia, en casos como los mencionados, pero también en otros relacionados con los derechos de los presos. En países como los citados, los tribunales superiores han sabido transitar los difíciles casos relacionados con los derechos sociales con potentes e inusuales herramientas dialógicas. Tales herramientas no sólo han ofrecido caminos interesantes e inexplorados para transitar —llamado de audiencias, convocatorias al diálogo entre poderes (o entre alguna rama del poder y la sociedad civil), decisiones estructurales— sino que además han permitido que los tribunales adoptaran decisiones activas y relevantes de modos irreprochables desde el punto de vista de su legitimidad democrática: las Cortes ya no venían a reemplazar a los órganos políticos, sino que instaban a la actuación de estos, o contribuían a enriquecer la reflexión democrática en la materia. En definitiva, se agradece al autor la decisión y la manera en que se ha involucrado en la discusión de respuestas institucionales concretas.

Horacio Etchichury ha realizado un trabajo tan rico como inteligente, que nos permite pensar mejor sobre la exigibilidad de los derechos sociales. Agradezco el honor que me ha dado de formar parte modesta, con este prólogo, de este emprendimiento.

PRESENTACIÓN¹

Andrés Rossetti

Vivimos en un mundo injusto, desigual y con enormes violaciones de los derechos humanos para una gran parte de la población mundial. Los llamados “derechos sociales” son en la mayoría de los casos los más violados. En Argentina, incluso, se profundizan algunos de estos problemas, ya que las violaciones se dan en un contexto en el que algunos tienen mucho y viven en la opulencia, mientras que otros no tienen siquiera las necesidades humanas más básicas satisfechas y viven en la indigencia (entre otras situaciones de vulnerabilidad) lo que transforma en más nefasta aún esta realidad.

¿Qué debe y qué puede hacer un intelectual, un estudioso, un investigador, un científico frente a esta lamentable, inconstitucional e injusta situación? Seguramente las respuestas varían, pero creo que el camino emprendido, hace años y este libro es sólo una muestra más, por Horacio Javier Etchichury es el más adecuado: analizar seriamente, desde la posición y área que cada uno ocupa y trabaja, en su caso desde el plano jurídico y en particular principalmente desde el derecho constitucional, las causas que originan, generan, justifican y permiten que esto suceda y buscar las formas y los mecanismos que posibiliten encontrar soluciones válidas para que pueda producirse un real cambio. ¿O debemos, acaso, los docentes e

¹ Agradezco a Horacio Javier Etchichury la deferencia de haberme solicitado que escriba unas palabras previas en su libro. Es una clara distinción que valoro mucho no sólo por la calidad de la obra y de su autor, sino también porque muestra que la relación de respeto intelectual y de común afecto que nos une desde hace años es mutua y recíproca.

investigadores hacer *sólo* teoría pura? ¿O, en cambio, debemos, si bien estudiando seriamente las diferentes teorías y los aspectos conceptuales, trabajar e investigar cuestiones relacionadas directamente con la realidad concreta? Creo que es posible responder como cada uno crea, pero me interesa aquí resaltar algo que considero esencial cuando se vive en contextos con desigualdad estructural y tan injustos como el nuestro y se utiliza una herramienta tan fuerte e importante como es “el derecho”: es determinante y valioso vincular lo que se investiga, lo que se estudia, con el medio, con la realidad y el ámbito socioeconómico, cultural y político en el que la problemática se inserta. Horacio Javier Etchichury, desde su muy sólida formación, elige esta opción, que celebro, y trabaja un tema, el de los derechos sociales, que tiene (o debiera tener) una incidencia muy fuerte en la realidad argentina, ayudando a mejorar esta sociedad tan injusta y opresora de la que formamos parte, y ello con independencia de los tibios esfuerzos que se están haciendo actualmente –no sin fuertes oposiciones– para intentar reconocer cada vez más derechos. Es el caso del investigador preocupado por su medio y es el caso del autor de este libro.

Lo dicho vale no sólo por su contenido, sobre el que me detengo brevemente más adelante, sino también me baso en el largo conocimiento que tengo del autor y en lo que dice, pese a su juventud, su muy frondoso y notable curriculum vitae. Sin pretender agotar y aburrir con sus muchos antecedentes, simplemente destaco que realizó, cosa muy inusual en nuestro medio, dos carreras universitarias con altísimas calificaciones en ambas: Derecho y Comunicación Social. A su vez, ha sido docente en distintas materias en nuestra universidad pública, la Universidad Nacional de Córdoba tanto en el grado, como en el postgrado y ha realizado estudios en diversos centros extranjeros, becado, como la South Western University y en Frankfurt, una maestría en la universidad de Yale a más de su doctorado, dirigido nada menos que por Roberto Gargarella, en nuestra universidad y cuya tesis, con algunas adaptaciones y actualizaciones, es el contenido de este libro. A su vez, es investigador del Conicet.

Los antecedentes mencionados sirven para mostrar la sólida formación de Etchichury, que se visualiza a su vez en sus muchos artículos, libros, proyectos de investigación, que confirman que se trata de un docente e investigador con una formación sólida y de alta jerarquía, lo que es sabido, pero que –y es lo que me interesa destacar aquí– no se desentiende de su medio y se preocupa por él.

El texto trabaja no sólo un tema de mucha actualidad en el que el autor demuestra un fuerte conocimiento del mismo, sino que a su vez se trata de un libro muy bien escrito, tanto desde un punto de vista lógico en lo que se refiere a la presentación de los temas, estilístico como así también en lo que se refiere a la distribución de los muchos argumentos tratados y la profundidad en el enfoque de los mismos.

Etchichury analiza el fundamental tema de los derechos sociales en tiempos de pobreza, desigualdad y falta de cumplimiento de ellos, con particular referencia al ordenamiento jurídico argentino. El libro consta de diez capítulos, a saber: 1. Introducción, 2. La fundamentación de los derechos sociales, 3. La incorporación como derechos a la Constitución argentina, 4. La comparación con los derechos civiles y políticos, 5. La eficacia de los derechos sociales, 6. La interpretación de los derechos sociales, 7. La jerarquía de los derechos sociales, 8. La validez frente a los problemas de aplicación, 9. La aplicabilidad judicial y 10. Conclusiones, a lo que se agrega la bibliografía, que es exhaustiva, actualizada, pertinente y muy adecuada al tema tratado.

Cada uno de los capítulos se encuentra perfectamente relacionado con el anterior y todos ellos obligan a pensar cuestiones básicas vinculadas con los derechos sociales en sus aspectos teóricos y también prácticos en relación con nuestro país. En ellos se tocan todas las principales cuestiones discutidas en relación con estos derechos, como por ejemplo, y en particular en comparación con los derechos civiles y políticos, su supuesta “programaticidad”, su ubicación como “derechos de segunda” en la cuestionada clasificación de derechos en generaciones, sus costos y su característica estrictamente

“activa”, entre otros, como así también temas vinculados con la interpretación, la razonabilidad, la jerarquía, los organismos internacionales, la jurisprudencia, etcétera, todos ellos analizados con rigor.

El autor parte de la premisa que los “derechos sociales”, consagrados en nuestra Constitución, son *exigibles* y se dedica a lo largo de todo su texto a fundar, con razones de mucho peso y convincentes, esta posición usando argumentos teóricos y prácticos variados y profundos, pasando por revisar las posiciones de algunos autores como por ejemplo las de Habermas, Nino, Fabré, Holmes y Sunstein para lo primero, y luego por muchos otros autores y casos judiciales en relación con la parte práctica.

En cada uno de los capítulos Etchichury desarrolla el tema a trabajar con mucho criterio, profundidad y agudeza, a más de presentar sus argumentos en forma clara.

Concluye sintetizando su posición, en la página 312, en la que señala *“Afirmar que los derechos sociales en la Constitución argentina son exigibles significa también que son iguales en valor y jerarquía a los demás derechos constitucionales, incluyendo los civiles y políticos, y oponibles contra el Estado y contra los particulares. Se trata, asimismo, de derechos universales, eficaces y determinables. Como derechos garantizados, son justiciables. También son obligatorios para todos los poderes y organismos del Estado. Por último, estos derechos son definidos y exigidos, en última instancia, por la sociedad, en un proceso permanente y colectivo”*. Se puede acordar o no con estas conclusiones (en lo personal acuerdo en prácticamente todo), pero no puede dudarse que el peso del razonamiento de Etchichury y los argumentos por él presentados son fuertes, agudos, contundentes y muy bien presentados. En definitiva, el autor desarrolla el tema en cuestión en forma profunda y al mismo tiempo clara, para finalmente llegar a conclusiones personales originales y acertadas.

El lector o la lectora tiene en sus manos un libro de esos cuya lectura obligan a pensar, y me parece que son estos los libros que merecen ser publicados y leídos. Es de esperar que quien lo haga, máxime si se trata de personas que están vinculadas directamente

con el poder (político, económico, empresario, etc.), reflexione seria y profundamente sobre lo que aquí se dice. Deseo, a su vez, que disfrute todas y cada una de las páginas del libro como me sucedió a mí, pero fundamentalmente que bregue porque la implementación de los derechos sociales para todos y todas se vuelva una cuestión natural, cotidiana, y no siga siendo algo por lo que hay que luchar día a día –con resultados variables– por ellos. Alcanzar este objetivo nos permitiría no sólo tener un país más igualitario, decente y respetuoso de los derechos humanos sino también permitiría a todos y a todas, ser, incluso, más *libres* y no vivir con la “anomia boba”, en la terminología de Carlos Nino, que vivimos hoy. Libros como este nos dan esperanza, ojalá su contenido sea tenido en cuenta y la igualdad definitivamente “*se desate*”.

Córdoba, diciembre de 2012

AGRADECIMIENTOS

En el intento de mostrar mi gratitud a quienes hicieron posible este libro, seguramente incurriré en omisiones injustas. Desde ya pido disculpas por mis olvidos.

Mi primer agradecimiento es para mi consejero de tesis, el Dr. Roberto Gargarella. Su compromiso y su guía permanentes me animaron en los momentos difíciles; sus conocimientos me señalaron un camino para que yo pudiera trabajar; su inteligencia, su constancia y su labor me mostraron a qué debe aspirar cada jurista hoy y aquí.

Quiero expresar también mi gratitud al tribunal que evaluó la tesis y efectuó comentarios, críticas y sugerencias de enorme valor; el cuerpo estuvo integrado por los doctores Laura Pautassi, Patricia Scarponetti y Juan Marco Vaggione.

La Universidad Nacional de Córdoba merece un agradecimiento profundo. No sólo por la formación que adquirí en sus aulas, sino también –y muy especialmente– por la beca de doctorado que su Secretaría de Ciencia y Técnica me otorgó en 2007 y renovó sucesivamente para que aquella tesis, base de este libro, pudiera escribirse. El Dr. Hugo Seleme, como codirector de mi beca de doctorado, aportó su vasto saber, su humana calidez y su atento acompañamiento permanente para guiar mis pasos en esta tarea.

De modo muy especial deseo agradecer a mis colegas docentes y a los adscriptos y adscriptas de las Cátedras de Derecho Constitucional y de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho y

Ciencias Sociales, y de la Cátedra de Epistemología de las Ciencias Sociales en la Escuela de Ciencias de la Información. Su apoyo, su amistad y sus aportes en cada instancia me dieron la base y los instrumentos para poder presentar hoy este aporte al debate sobre los derechos sociales. Desde mi ingreso a la docencia universitaria, en 1998, comprendí la importancia de aprender de aquellos que comparten la tarea y la vocación de enseñar. En particular, quiero agradecer el apoyo y la amistad constantes de Andrés Rossetti, maestro y amigo.

Año tras año, mis estudiantes y ayudantes alumnos contribuyeron a mi formación: sus preguntas, inquietudes e intervenciones me exigieron encontrar nuevas vías para pensar las cuestiones que hoy presento en este libro.

Mi comprensión de los derechos sociales no hubiera sido la misma sin mi experiencia como colaborador del Servicio Paz y Justicia, regional Córdoba, dirigido por María Elba Martínez. En el trabajo cotidiano pude ver los rostros y escuchar las voces de quienes sufren la violación de sus derechos.

Agradezco también particularmente al Institute for Law and Finance, de la Universidad Johann-Wolfgang-Goethe, en Frankfurt-am-Main (Alemania). En 2008, como académico visitante en aquella institución, tuve acceso a bibliografía y fuentes cruciales para mi tarea investigativa. La labor no hubiera sido posible sin la colaboración del personal de las bibliotecas que recorrí. Especialmente, deseo manifestar mi gratitud a quienes trabajan en la biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de nuestra Universidad, y en la del Banco Central alemán, en Frankfurt-am-Main. Colegas y excompañeros y compañeras de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale (Estados Unidos) me aportaron material relevante (y difícil de hallar).

La verdadera fortaleza y energía para llevar adelante el trabajo viene a mí desde mis amigos y amigas: necesito decirles gracias también aquí.

Mi padre, mi madre, mis dos hermanos y mi hermana me dieron y dan la confianza y el afecto imprescindibles para cumplir la tarea que hoy presento. A ellos, otra vez, gracias.

Llego entonces a la persona que trajo los mejores días. Aquí está mi inmensa gratitud para quien tiene y da sin medida el corazón, el brillo, la alegría: Marcela.

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

*Yo he preferido hablar de cosas imposibles,
porque de lo posible se sabe demasiado*
Silvio Rodríguez, *Resumen de noticias* (1970)

Argentina incorporó por primera vez derechos sociales a su Constitución hace más de sesenta años. Ese primer paso quedó destruido en 1956. Más tarde, a través de las reformas de 1957 y 1994, nuestro país integró a su ley suprema una gama amplia de derechos sociales, junto con vías de exigibilidad y aplicación.

¿Cómo se explica, entonces, la aparente irrelevancia del derecho constitucional frente a la pobreza consolidada y en expansión? ¿Por qué no solemos analizar la miseria, la enfermedad, el analfabetismo, la intemperie o la explotación como violaciones de derechos?

En cierta forma, los numerosos derechos sociales en nuestra Constitución parecen “dormir” a la espera de un sostenido esfuerzo social y político que los ponga en vigor y los despierte para utilizarlos como un instrumento en la tarea de dejar atrás la pobreza, la falta de salud, la carencia de educación, la escasez de viviendas, la violación de derechos laborales, entre muchas otras falencias de nuestra actual vida en común. En general, la lectura de los principales indicadores sociales en la Argentina patentiza la falta de cumplimiento de estos derechos. Así puede verse que durante la década de 1990 (en la que se dotó al PDESC de jerarquía constitucional) la distribución del ingreso acentuó su desigualdad. El estrato bajo de la población

redujo un 13% su participación en el ingreso desde 1990 a 1998, mientras que el sector alto la aumentó en más del 2%. Hacia 1999, el desempleo superaba el 14%, y la pobreza abarcaba al 28% de la población de Capital Federal y Gran Buenos Aires¹.

Tras la crisis de 2001, la situación mantuvo perfiles preocupantes. Aunque el país experimentó tasas de crecimiento altas y sostenidas luego de la devaluación de 2002, existen numerosas muestras de violaciones contra los derechos sociales. En 2006, de cada diez niñas y niños menores de 14 años, cuatro eran pobres². Más de la mitad de la población no ha completado el nivel de educación secundaria, según datos de 2005³. La cobertura previsional no protege a un 30% de las personas mayores de 65 años. Las cifras oficiales de 2009 indican que un 14% de los habitantes del país están por debajo de la línea de pobreza⁴ y más del 9% de la población activa está desempleada. La mortalidad infantil se halla en el 13 por mil (datos de 2007) y el 8% de las niñas y niños menores de 5 años padecen desnutrición crónica⁵. En diferentes grados, todas estas situaciones representan una violación de derechos contenidos en la Constitución, o en instrumentos de igual jerarquía. ¿Cómo toleramos este cotidiano incumplimiento de la norma máxima? ¿Por qué no recurrimos a la Constitución como pauta para evaluar nuestra vida comunitaria?

Parte de la respuesta se halla en nuestra disciplina, lamentablemente. Dentro del derecho constitucional, se ha llevado adelante una continua labor para disminuir la jerarquía, la eficacia o el alcance de los derechos sociales. En las últimas seis décadas, una parte importante de la doctrina ha creado distintos argumentos en ese sentido. La tarea ha exigido dedicación, porque la Constitución

1 Datos tomados de Rapoport *et al.*, 2000: 1013 y ss.

2 Datos disponibles en: http://www.indec.gov.ar/principal.asp?id_tema=76

3 Véase http://www.indec.gov.ar/principal.asp?id_tema=78

4 Datos disponibles en: http://www.indec.gov.ar/principal.asp?id_tema=84

5 Según se informa en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11132.htm

incluye cláusulas explícitas y compromisos serios; no resulta sencillo negarles validez o justificar su postergación o su incumplimiento.

La visión sobre los derechos sociales que rigió durante mucho tiempo puede resumirse, por ejemplo, en una cita que tomamos de Gordillo. Este autor, en una obra sobre derechos humanos publicada en 1997, niega que “los así llamados” derechos sociales, si bien “poéticamente atractivos”, sean realmente derechos, porque nuestro país no puede garantizarlos⁶. En esta cita se condensan el escepticismo sobre el carácter de derechos y la invocación de cierta situación de hecho como justificación del incumplimiento, o incluso de la falta de obligaciones estatales en la materia.

Sin embargo, desde hace algunos años otra parte de la doctrina viene poniendo en marcha una tarea inversa: la de aportar elementos para impulsar la vigencia de estos derechos. Las nociones de igualdad real y de autonomía orientan esta búsqueda. Por diferentes vías, se intenta defender la jerarquía, expandir el alcance y fortalecer la exigibilidad de los derechos sociales⁷.

En el marco de ese esfuerzo colectivo se inscribe este libro. Nuestro objetivo es sostener que **los derechos sociales en la Constitución argentina son exigibles**. La exigibilidad significa que existen mecanismos jurídicos para reclamar, ante una violación actual o inminente de los derechos sociales, que el Estado garantice su cumplimiento efectivo⁸. En otras palabras: que el respeto a estos derechos no depende de la buena voluntad del gobierno o de personas privadas, ni representa una concesión o una dádiva. Implica, también, que estos derechos no se subordinan a la agenda política coyuntural, ni quedan librados a la discrecionalidad de tal o cual bloque partidario, o de las resoluciones de la burocracia. Hay otras derivaciones de la exigibilidad, que describimos más abajo. Por otra parte, esta pauta no abarca sólo al Poder Judicial, sino a todo el Es-

6 Gordillo, 1997: VI-34 a 36.

7 Gargarella revisa la situación generada en los últimos años por las cláusulas que contienen derechos sociales y parecen haber despertado de un letargo jurídico; véase Gargarella, 2011: 1552-1555.

8 Esta noción se basa en la adoptada en Kohen *et al.*, 2008: 15.

tado, en todos sus poderes y niveles⁹. Los particulares también están obligados por estos derechos en Argentina¹⁰. De todas formas, los mecanismos de exigibilidad remiten, en última instancia, a alguna entidad estatal.

La exigibilidad de los derechos sociales, entonces, es la hipótesis de la que partimos. Luego la confrontamos con los diversos argumentos que la doctrina argentina ha concebido contra ella. Nos proponemos debatir y criticar ese conjunto de razones, enriquecidas con los aportes coincidentes elaborados por la doctrina extranjera. Esa tarea nos permitirá, al final de este trabajo, sostener la tesis que ahora adoptamos como hipótesis central.

Nos encontramos, en el inicio de nuestra labor, con un panorama doctrinario tradicional que *niega la exigibilidad de los derechos sociales de la Constitución argentina*. Como parte de su bagaje de argumentos, esa posición *separa* estos derechos de los civiles y políticos, y les da una *jerarquía inferior*. En ocasiones, sostiene que son *oponibles sólo contra el Estado*. Define a los derechos sociales como *programáticos* o *ineficaces*, o en todo caso *de alcance limitado sólo a quienes realmente los necesitan*. La misma doctrina suele enfatizar *problemas de interpretación* que harían indeterminado el contenido de estos derechos. Como consecuencia, afirma que *no fijan obligaciones concretas para los poderes públicos*. Esta postura considera, además, que los derechos sociales *no tienen garantías*, y en particular, que *no son justiciables*; para ello invoca razones técnicas y preocupaciones en torno a la legitimidad democrática de los jueces. Paradójicamente, este pensamiento tradicional no duda en afirmar que *la última palabra en interpretación corresponde a los jueces*.

A lo largo de este trabajo, someteremos a crítica las razones que fundan estas afirmaciones. Partiremos de una teoría de la democracia basada en la deliberación. Desde esa plataforma, llevaremos adelante la revisión de la posición contraria a la exigibilidad, y la defensa de nuestra postura. Si tenemos éxito en esa tarea, podremos

9 Véase la sección 9.5.

10 Como se describe en el apartado 3.1.3.2.

sostener, ya fundadamente, nuestra hipótesis central: la **exigibilidad** de los derechos sociales, y también lo implícito en esa noción.

Al afirmar que los derechos sociales en la Constitución argentina son **exigibles**, los definiremos como **iguales en valor y jerarquía a los demás derechos**, incluyendo los civiles y políticos. Al mismo tiempo sostendremos que son **oponibles contra el Estado y contra los particulares**. Los derechos sociales así leídos se presentan también como **universales, eficaces y determinables**. Tienen la calidad de **garantizados**, y, más específicamente, de **justiciables**. Nuestra tarea nos llevará a describirlos como **obligatorios para todos los poderes y organismos del Estado**. Finalmente, como consecuencia del cruce entre los modelos de democracia y de interpretación, entenderemos que estos derechos son **definidos y exigidos, en última instancia, por la sociedad, en un proceso permanente y colectivo**. Este conjunto de afirmaciones sintetizará la conclusión de nuestro libro.

Proyecciones de este trabajo

Deseamos contribuir con una fundamentación y defensa de la exigibilidad de los derechos sociales a un debate creciente en Argentina. Confiamos en que este trabajo tendrá utilidad para quien investiga diversos derechos en particular, y también las cuestiones de fundamentación y aplicación en general. Consideramos que este texto despeja algunas áreas y brinda bases para continuar la discusión desde un punto más avanzado.

También creemos que aportamos elementos de provecho para profesionales y organizaciones que litigan en la materia y reclaman, por diversas vías, los derechos sociales de sus mandantes. A la vez, integrantes de los poderes públicos pueden hallar en estas páginas nuevos puntos generales a tener en cuenta para el diseño de políticas y medidas en el ámbito de la salud, la educación, la vivienda o la previsión, entre muchos otros aspectos de la acción social del Estado. Las universidades y otras entidades educativas tienen aquí

nociones para generar iniciativas de formación en materia de derechos sociales, intentando hacer llegar su conocimiento a la mayor cantidad posible de personas.

En cuanto a las proyecciones de este trabajo, nos remitimos al capítulo 10, donde exponemos las líneas de investigación que pueden continuar la tarea realizada hasta aquí. En particular, sugerimos el estudio de las cuestiones referidas a la interpretación, y al papel de las instituciones y de la esfera pública informal en la puesta en vigor de los derechos sociales.

Modo de trabajo

En primer lugar, adoptamos un enfoque teórico sobre la democracia que permita encontrar una justificación de los derechos sociales. Esta base sirve de marco general para el análisis.

En segundo lugar, se exponen las modalidades y etapas en las que se incorporaron derechos sociales en la Constitución argentina.

A partir de estas dos bases, iniciamos el proceso de revisión crítica de los distintos argumentos presentados en la doctrina para negar o disminuir la exigibilidad de los derechos sociales. En muchos casos, se agregan argumentos de doctrina extranjera que pudieran contribuir a la misma postura. De esta forma se intenta mostrar la versión más fundada posible de la posición a revisar.

A través del análisis de estos argumentos, proponemos qué aspectos de estas posturas nos parecen fundados y cuáles no. De ello inferimos hasta qué punto se fortalece o debilita nuestra hipótesis central, y podemos reformularla.

Tras esta revisión crítica y defensa de nuestra hipótesis, podemos sintetizar en nuestras conclusiones los elementos de la hipótesis que quedaron confirmados a través de nuestra labor.

Exposición

Con este capítulo introductorio se inicia nuestro libro. El segundo trata la fundamentación de los derechos sociales. En el capítulo 3 se describe la incorporación de estos derechos en la Constitución argentina. El cuarto capítulo revisa los argumentos propuestos para establecer diferencias entre derechos sociales y derechos civiles y políticos. Luego, la eficacia de los derechos sociales ocupa el capítulo 5. El problema de la interpretación se analiza en el sexto capítulo. El siguiente revisa distintos límites planteados a la jerarquía de los derechos sociales. En el octavo, se repasan ciertos problemas de aplicación de estos derechos. El capítulo 9 estudia la posibilidad de actuación del poder judicial y de otras instituciones estatales en materia de derechos sociales, como así también el rol de la sociedad civil. Finalmente, el décimo capítulo sintetiza las conclusiones conseguidas a lo largo del análisis, sosteniendo la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina.

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

La inclusión de derechos sociales¹ en una constitución necesita justificarse. Más allá de las razones históricas coyunturales que explican por qué se incorporaron ciertas normas, se hace necesaria una fundamentación teórica. Estas bases no sólo justifican (incluso retroactivamente) las opciones del constituyente, sino que orientan la práctica; en particular, ese marco teórico brinda una dirección a la labor interpretativa.

Existen diversas propuestas de fundamentación de derechos sociales. Un primer argumento se centra en su utilidad para la integración social. Se garantiza educación, vivienda y salud –por ejemplo– a la población como una manera de mantener la cohesión del cuerpo social. Una segunda línea basa los derechos sociales en las necesidades básicas de los seres humanos; el imperativo de satisfacer

1 Aquí seguimos esta denominación tradicional y difundida. No se trata, aclara Martínez de Pisón, de derechos “no-individuales”; en el mismo sentido, véase Quiroga Lavié, 2000: 82. La expresión “derechos sociales” suele tomarse como equivalente de “derechos económicos, sociales y culturales”. Otras denominaciones (“derechos prestacionales”, “derechos de los trabajadores”, “derechos de igualdad” o “derechos colectivos”) resultan desaconsejables para Martínez de Pisón. “Derechos prestacionales” parece inadecuado, ya que los derechos sociales no se refieren solamente las prestaciones brindadas por el Estado; como se verá, las libertades sindicales o el derecho de huelga no implican un sistema de servicios estatales. Tampoco conviene la denominación “derechos de los trabajadores”, ya que los derechos sociales incluyen algunos que pertenecen a toda persona, independientemente de su situación laboral. La expresión “derechos de igualdad” no da cuenta de otra dimensión, siempre señalada al justificar los derechos sociales: la referencia a una libertad “real” o “material”, o también a la autonomía de la persona. Véase Martínez de Pisón, 1998: 108- 110.

esas necesidades justificaría estos derechos. Un tercer camino les da un carácter instrumental como “condiciones esenciales para el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos”. Por último, otra vía toma a los derechos sociales como valiosos en sí mismos, aunque en conexión necesaria con los derechos civiles y políticos.

Aquí revisamos las tres primeras alternativas, señalando sus aspectos constructivos y útiles. Luego nos concentramos en la cuarta línea de trabajo; ella incorpora las anteriores pero va más allá, proponiendo una fundamentación de los derechos sociales integrados en una concepción de democracia.

2.1. La integración social como fundamento

En esta postura, los derechos sociales contribuyen a ligar la situación individual con la colectiva; cada persona recibe algo de la sociedad y también contribuye a ella. Esto facilita el consenso y la legitimación del poder². Holmes y Sunstein, por ejemplo, definen a los derechos sociales como instrumentos para asegurar la estabilidad o la “inclusión social”. Estos derechos otorgan una compensación a los pobres por su respeto a la propiedad ajena, en una especie de “acuerdo social”. Los derechos sociales solamente acompañan el arreglo principal: tributación-por-protección, en el que las clases altas pagan al Estado para recibir protección contra el saqueo³. Los derechos sociales aparecen como una táctica para legitimar la riqueza ante los ojos de los pobres.

Esta fundamentación se basa en los efectos positivos del reconocimiento de derechos sociales. No se trata de una cuestión de principios, sino de utilidad. Algunos ejemplos históricos muestran la adopción de derechos sociales como un cambio dentro del sistema, con el objetivo de apuntalarlo. Franklin D. Roosevelt, por caso, sostenía que una de sus tareas principales como presidente de Estados Unidos era evitar que los banqueros y empresarios se suicidaran,

² Martínez de Pisón, 1998: 106.

³ Holmes y Sunstein, 1999: 187, 193-194 y 208-209.

esto es, que repitieran el comportamiento irreflexivo que llevó a la crisis de 1929⁴. Los derechos sociales que propuso en 1944 servían para la consolidación del capitalismo. Garantizar jubilaciones reducía el número de personas buscando trabajo; con esta baja de la oferta de trabajadores, el salario (como precio del trabajo) podía mantenerse estable o subir, y ello contrarrestaba la tendencia del empleador a pagar lo menos posible. Este salario incrementado se volcaba al consumo y dinamizaba la economía.

Sin embargo, esta fundamentación no basta cuando no hay resultados positivos a la vista. Más aún: la legitimidad de estos derechos se diluye si aquellas consecuencias positivas no se producen. Se ha puesto una condición que no se exige, en general, a los derechos civiles y políticos. Esto reafirma una separación que, como se analiza en el capítulo 4, no tiene fundamentos suficientes. Sería difícil, por ejemplo, condicionar la libertad de expresión a que su ejercicio fuera beneficioso para la sociedad. Igualmente absurdo resultaría dar defensa letrada sólo cuando la sociedad lograra alguna utilidad de ello, o cuando el acusado fuera inocente. Siempre podrá decirse que la vigencia de estos derechos en sí misma trae efectos positivos: al asegurar libertad de expresión a grupos que no impulsan la integración social, la sociedad se beneficia incluyéndolos en el debate. Tal postura parece razonable, pero se hace difícil entonces definir cuando no hay efectos positivos de los derechos. La justificación no tiene utilidad: la línea divisoria entre derechos aceptables y no aceptables no se puede trazar.

Existe un problema adicional. Probablemente haya desacuerdos acerca de qué efectos pueden considerarse positivos, y para qué sector social, o en torno a cuando una sociedad puede considerarse integrada.

Si bien la integración social y otras consecuencias benéficas contribuyen a justificar los derechos sociales, consideramos que no ofrecen una base suficiente. Se supeditan estos derechos a las fluctuaciones de la integración social. Además, se introduce un trato

⁴ Sunstein, 2004: 128.

diferenciado con los derechos civiles y políticos, el que no se justifica. Por último, es difícil definir los efectos benéficos requeridos como fundamentación.

Por lo tanto, tomaremos en cuenta esta línea de pensamiento, pero complementándola con las que exponemos a continuación.

2.2. Las necesidades básicas como fundamento

Otras posturas asientan los derechos sociales en las necesidades básicas del ser humano⁵. Consideramos que tal fundamentación resulta útil, aunque no suficiente.

Aquí se destaca la necesidad de comprender la situación empírica, real, de cada persona. Esto lleva a fijar la responsabilidad de la sociedad (o del Estado) en satisfacer sus necesidades básicas, que son condición para llevar una vida digna. Estas necesidades son objetivas, externas y mensurables, a diferencia de los deseos o preferencias. Tienen carácter universal, pero se van definiendo históricamente. Sólo cuando quedan cumplidas, el ser humano puede tener autonomía moral, pensar y decidir.

Esta línea presupone que cada persona tiene necesidades, abandonando la idea liberal de seres autosuficientes. Las necesidades básicas permitirían precisar el contenido o alcance de conceptos como libertad o dignidad. Se trata de preservar una libertad concebida a la luz de la igualdad, en línea con lo que aportó el constitucionalismo social.

Sin embargo, consideramos que esta fundamentación deja algunos puntos oscuros, lo que desaconseja tomarla como base de los derechos sociales. El principal problema radica en que la existencia de las necesidades no hace surgir necesariamente un deber estatal de colmarlas. De un hecho (las necesidades) no se deriva o deduce un deber o una norma (deben satisfacerse esas necesidades). Este salto del plano descriptivo (o del ser) al prescriptivo (o del deber ser) vio-

5 Martínez de Pisón, 1998: 98-103, 122, 163, 168.

lenta la lógica, incurriendo en una falacia naturalista⁶. Aquí radica la mayor debilidad del argumento expuesto.

Por ello, las necesidades por sí mismas no justifican los derechos sociales, sino que solamente constituyen una buena razón en el marco del discurso moral⁷. Resultan un argumento convincente ya que son condiciones ineludibles para una vida digna, y las privaciones generan un daño observable. Sin embargo, no bastan para fundamentar los derechos sociales. Deben añadirse otros argumentos que exponemos en este capítulo.

2.3. Los derechos sociales como un instrumento para el ejercicio de los derechos civiles y políticos

En este otro planteo, los derechos sociales aportan las condiciones necesarias para la participación política. La existencia de la persona, asegurada a través de derechos sociales como los referidos a la salud y la alimentación, es requisito para actuar en la vida democrática. Sunstein afirma, en este sentido, que las personas necesitadas, las que no tienen acceso a un mínimo decente, no pueden participar en política⁸. Esta postura busca transferir la legitimidad de los derechos civiles y políticos a los derechos sociales. Para ello, convierten a estos últimos en un instrumento de los DCP.

A nuestro juicio, el problema es que se establece así una jerarquía entre ambos grupos de derechos: los derechos sociales parecen subordinarse a los civiles y políticos. La actividad política o ciertos aspectos de la vida civil se presentan como el fin último a cumplir. Sin embargo, esta pretendida jerarquía necesita una justificación propia. Se necesitan argumentos para sostener que el ejercicio de los derechos civiles y políticos tiene preeminencia. Como se analiza en 4.1 y en las secciones siguientes, ello exigiría demostrar diferencias importantes entre ambos grupos de derechos y, además, explicar

6 Martínez de Pisón, 1998: 101.

7 Martínez de Pisón, 1998: 122-123, 181.

8 Sunstein, 2004: 90.

cómo esas diferencias llevan a reconocer mayor importancia a un grupo que al otro. En general, simplemente se parte de la necesidad de asegurar la vigencia de los derechos civiles y políticos, y de allí se deriva el papel subordinado de los sociales.

Por otra parte, este planteo puede tener una influencia regresiva al momento de la interpretación. La extensión de los derechos sociales dependerá de su utilidad para la participación democrática o para ciertos aspectos de la vida civil, y ello puede significar la adopción de lecturas que reduzcan el alcance de estos derechos, si es que no resulta necesaria una interpretación más amplia para cumplir este rol instrumental.

Por todo ello, tampoco nos basta esta propuesta de fundamentación de derechos sociales. Si bien aporta también argumentos útiles, incluye algunos supuestos no completamente justificados y genera riesgos de interpretaciones regresivas.

A continuación revisamos otra línea de argumentación. Consiste en justificar a los derechos sociales por sí mismos, en el marco de un modelo de democracia que permite conectarlos con los derechos civiles y políticos, pero sin establecer una relación de subordinación. Creemos que en esta próxima alternativa, las líneas anteriores de pensamiento pueden quedar incluidas y —a la vez— completadas.

2.4. Los derechos sociales en una democracia deliberativa

Una mejor justificación de los derechos sociales se logra a partir de su inserción en un marco más amplio. Estos derechos, al igual que los DCP, no se dan en un vacío. Forman parte de un modelo de democracia, cuyos fundamentos son también la base de los derechos incluidos en él y que se necesitan para que esa concepción de democracia pueda desenvolverse.

Aquí exponemos un modelo de democracia deliberativa, a fin de mostrar cómo los derechos sociales pueden justificarse a partir de ese modelo. Nos basamos en la propuesta de Jürgen Habermas, que

nos ofrece elementos para reflexionar luego en torno a la interpretación y aplicación de los derechos sociales.

2.5. El modelo de democracia deliberativa

Habermas propone su modelo de democracia deliberativa como un intento de superar las insuficiencias de los paradigmas liberal y republicano. Parte de sus nociones sobre el lenguaje, la comunicación y cómo ambos hacen posibles los acuerdos.

2.5.1. Acuerdo e influencia

Habermas basa su concepción de democracia en la idea del acuerdo racionalmente motivado. No se trata de un acuerdo a partir del intercambio de bienes, o como resultado de una negociación. Habermas adopta un concepto de *acuerdo* más exigente, y lo diferencia de la manipulación, la violencia, el soborno, entre otros mecanismos no racionales para coordinar la vida social. A estos mecanismos los engloba bajo el rótulo de *influencia*. El acuerdo y la influencia representan maneras mutuamente excluyentes de coordinar la acción social. Si existe un acuerdo en una instancia determinada, allí no hay influencia. Por el contrario, si en una situación particular la coordinación se logra a través de la influencia, ello significa la ausencia de acuerdo.

El acuerdo racionalmente motivado se produce cuando se aceptan los enunciados de otra persona por vía de argumentación racional. Si el oyente exige conocer los fundamentos del hablante, éste deberá aportar las razones y someterlas a la crítica (la revisión racional) por parte del otro o los otros. El acuerdo racionalmente motivado se produce cuando el oyente acepta esos argumentos, cuando los reconoce como válidos⁹.

⁹ Algunos autores cuestionan la falta de claridad acerca de cómo se produce ese acuerdo. No comprenden cómo los argumentos alcanzan a convencer a una de las partes, cómo opera precisamente el lenguaje en la formación del consenso; véase por ejemplo Johnson, 2001: 221. La justificación de cómo se produce el acuerdo

2.5.2. *Democracia deliberativa*

En el modelo habermasiano de democracia, el acuerdo se presenta como un mecanismo posible para alcanzar el orden social. Esto no significa afirmar que es el mecanismo más frecuente. Habermas sólo defiende su posibilidad, no su probabilidad. Con eso basta para construir un modelo normativo de democracia deliberativa, donde el acuerdo no sólo es factible, sino también deseable.

El modelo de Habermas combina elementos de otros dos paradigmas (el liberal y el republicano), intentando superarlos para dar forma al planteo deliberativo¹⁰.

El paradigma liberal

El modelo liberal de democracia define al proceso político como la programación del Estado¹¹. La sociedad constituye un entramado de intereses privados, y el Estado, un aparato burocrático especializado. A través de la política, la sociedad fija objetivos colectivos que el Estado debe alcanzar. Lo hace, por lo general, por

racionalmente se halla en otros textos de Habermas, que dan forma a su teoría de la acción comunicativa. La exposición de ese planteo excede el alcance de este trabajo. Habermas sostiene que el ser humano tiene la capacidad de brindar un asentimiento racionalmente motivado a partir de la estructura del lenguaje. Cada enunciado tiene una pretensión de validez; puede pretender que se lo tome como verdadero (esto es, que describe correctamente un aspecto del mundo objetivo), como correcto (es decir, coherente con las normas sociales de una determinada comunidad), o bien como sincero o veraz (un reflejo fiel del mundo interior de quien habla). El oyente reconoce la pretensión en juego en cada encuentro; luego la admite o la rechaza racionalmente, a partir de los argumentos ofrecidos por el hablante. Allí se configura el acuerdo. Este uso del lenguaje constituye, en la obra de Habermas, el uso natural; la manipulación por vía del lenguaje (lo que constituye una forma de influencia) se basa precisamente en que existe la función de lograr acuerdos. Para una exposición sucinta de la acción comunicativa, véase Habermas, 1983.

10 Baker sigue este modelo, pero lo denomina “democracia compleja”; véase Baker, 2002: 143.

11 Habermas, 1999: 231, 241.

vía de un compromiso de intereses, un intercambio supuestamente equitativo.

El Estado, en la concepción liberal, constituye un ente diferenciado de la sociedad. Como aparato especializado, puede recibir la orientación de la sociedad civil y ser sometido a normas y reglas, pero siempre permanece “ajeno” a la sociedad.

La ciudadanía en la democracia liberal no necesita politizarse ni ser capaz de actuar colectivamente; basta con que pueda efectuar compromisos entre intereses distintos. El Estado sólo regula ese juego, como un guardián de la sociedad económica.

La soberanía popular, desde el punto de vista liberal, legitima el ejercicio del poder. Tal poder es confiado a un elenco gobernante por un cierto período.

La alternativa republicana

El modelo republicano de democracia, en cambio, toma al proceso político como parte de la socialización de los individuos¹². Los miembros de una sociedad se integran a ella también en el marco del proceso político. Los ciudadanos reciben allí los valores que definen la identidad de esa comunidad; lo hacen, claro, partiendo de un consenso de fondo que ya comparten. La actividad política recrea cada vez esos contenidos, poniéndolos al alcance de cada nueva generación, a través de esta práctica comunitaria.

La ciudadanía en la democracia republicana se autoadministra. No confía en un Estado autónomo respecto de la sociedad y reducido a un ente especializado. Por el contrario: el Estado constituye un brazo de la sociedad, una expresión más de la comunidad que se gobierna a sí misma.

La soberanía popular, en la visión republicana, no puede “confiarse” al Estado, ni delegarse en funcionarios, electos o no. Los representantes sólo son tales si cumplen las decisiones creadas por la comunidad a través del proceso político. En él, la sociedad se

12 Habermas, 1999: 231, 243.

constituye como comunidad política y obliga al Estado a seguir sus decisiones.

El modelo deliberativo

La democracia deliberativa intenta aliviar las altas exigencias éticas que el republicanismo plantea a la población. Para ello utiliza el recurso liberal del derecho. En cierta forma, el derecho contribuye a suplir la falta de una fuerte tradición común que una sin fisuras a todos los integrantes de una comunidad. Ello resulta apropiado en sociedades complejas, donde coexisten constelaciones de valores muy diversos.

La propuesta de Habermas parte entonces de una base más realista que la de los republicanos: admite que la ciudadanía no siempre puede o quiere autoadministrarse, constituirse como sujeto o actuar colectivamente¹³; en muchos casos, los individuos y los grupos preferirán promover sus valores e intereses propios, y no el bien común¹⁴. Dado ese hecho, el derecho provee una respuesta: institucionalizar los procesos, a través de las normas propias del Estado de Derecho liberal. Como resultado, la democracia deliberativa no exige una ciudadanía con propensión a conducirse como colectivo. Tampoco necesita un consenso de fondo entre todos los participantes. Las normas jurídicas dan un punto de apoyo para cubrir estas situaciones. Habrá también un amplio espacio para compromisos basados en un procedimiento que permita considerar legítimo el resultado alcanzado¹⁵. Aquí se combinan los elementos de los modelos republicano y liberal: Habermas enfatiza, al igual que los republicanos, la importancia del proceso de formación de la voluntad; y propone las normas del Estado de Derecho como institucionalización de los requisitos para garantizar ese proceso¹⁶.

13 Habermas, 1999: 242.

14 Baker, 2002: 144.

15 Baker, 2002: 147.

16 Habermas, 1999: 239, 242.

El realismo de Habermas no lo conduce a basarse solamente en los intereses privados de los ciudadanos, como ocurre en el modelo liberal. Esa forma de democracia confía su marcha al imperio de la ley sobre ciudadanos autointeresados y a la actuación de un Estado disciplinador. La democracia resulta de la búsqueda de intereses privados y la aplicación de sanciones estatales, o la amenaza de ello. No parece haber necesidad de argumentar las decisiones: ni las de los ciudadanos ni las del Estado; sólo interesa el resultado de ellas. En el planteo habermasiano, en cambio, el acuerdo legítimo necesita de razones aceptadas en un debate abierto, en un procedimiento –como veremos– que pueda considerarse racional, que pueda justificarse racionalmente.

En la democracia deliberativa la formación de la voluntad política transcurre en el marco de instituciones y también en la interacción que transcurre fuera de ellas. Para dar cuenta de cómo sucede, Habermas distingue en el espacio público dos campos.

2.5.3) Espacio público formal e informal

El modelo deliberativo diferencia en el espacio público un ámbito formal y otro informal¹⁷. El primero consta de instituciones, la encarnación del procedimiento para deliberar. El parlamento ofrece el ejemplo más evidente. El informal, en cambio, consta de innumerables grupos y comunidades donde acciones comunicativas y estratégicas ocurren permanentemente. Aquí los ejemplos abundan, incluyendo muy diversas entidades de participación política: asociaciones de consumidores, agrupaciones indigenistas, partidos políticos y grupos de estudio y discusión, entre otros.

En el espacio informal se debaten necesidades y propuestas; se genera el poder comunicativo que nutre al poder administrativo a través del espacio formal y lo dirige hacia los objetivos elaborados en el espacio informal¹⁸. Por lo tanto, la deliberación política transcurre

17 Habermas, 1994: 384-385. También en Habermas, 1999: 245.

18 El proceso se describe sintéticamente en Habermas, 1994: 377-378.

en los dos ámbitos. Es un proceso de doble vía, entre un espacio informal plural, inorgánico, “silvestre” y un espacio formal, reglamentado, institucional.

Así lo describe Habermas:

“[L]a soberanía popular surge de [...] interacciones entre la formación de la voluntad común, institucionalizada con técnicas propias del Estado de Derecho, y los espacios públicos movilizados culturalmente, que [...] hallan su base en [...] asociaciones de una sociedad civil alejada por igual del Estado como de la economía.”¹⁹

La soberanía popular se genera entonces en la interacción entre los dos ámbitos, y Habermas propone reinterpretarla “en términos intersubjetivistas”²⁰. El autor alemán rechaza ver en el pueblo concreto la soberanía popular (lo cual significaría una adhesión al modelo republicano) así como se niega a reducirla a un mero reparto de competencias a través de reglas del derecho constitucional. El resultado de la interacción entre el espacio formal y el informal se denomina “poder comunicativo”²¹, que puede emplearse administrativamente. Dicho de otro modo: en el ámbito informal se genera la opinión pública, que luego, a través de los procedimientos formales, se convierte en la voluntad común. Así se logra dirigir el aparato administrativo a fines adoptados deliberativamente. La opinión pública, aclara Habermas, “no puede ‘mandar’ ella misma”, sino que sólo puede “dirigir el uso del poder administrativo” luego de haberse convertido en poder comunicativo a través de los procesos democráticos²².

En ese marco, veremos cómo los derechos sociales aportan a la construcción de una democracia deliberativa y a la creación de derecho legítimo, a través de su relación con la autonomía.

19 Habermas, 1999: 245.

20 Habermas, 1994: 377.

21 Habermas, 1994: 377-378.

22 Habermas, 1999: 244.

2.5.4. *La autonomía en el marco de la democracia deliberativa*

El planteo de Habermas nos permite partir de una noción de autonomía que puede brindar un fundamento más sólido a los derechos sociales.

La búsqueda de acuerdos racionalmente motivados (o la adopción de un procedimiento democrático institucional que pueda justificarse del mismo modo) presupone sujetos capaces de ejercer crítica sobre los enunciados que reciben. Tal aptitud (y su ejercicio) es la base de la autonomía.

La autonomía, en sentido general, implica que una persona puede dirigir su vida, adoptando su propio conjunto de normas, sin sufrir la imposición de tales normas por una fuente externa. No se trata de un concepto absoluto: resulta difícil imaginar una persona *absolutamente* libre con respecto a los demás²³. La autonomía implica encontrar las raíces de acciones y decisiones primariamente en el sujeto mismo. La heteronomía significa que todo ello se origina en algún ente externo (del griego *heteros*, otro).

Un aspecto crucial de la autonomía consiste en que una persona tenga la oportunidad de reflexionar críticamente sobre sus propias ideas. Habermas denomina a este proceso “autorreflexión”²⁴. No ocurre sólo por iniciativa propia, sino que también puede surgir por eventos externos, como el contacto con ideas diferentes.

Esta autonomía constituye, según admite Habermas, la única idea dogmática de su modelo de democracia. Bajo esta noción de autonomía²⁵, las personas sólo actúan libremente cuando se rigen por leyes que resultan de un entendimiento intersubjetivo. Habermas afirma que este dogma resulta inofensivo: deriva de la “estructuración lingüística de las formas de vida socioculturales”, de la manera en que el lenguaje nos obliga a argumentar y discutir lo que mu-

23 Benkler, 2001: 34.

24 Habermas, 1965: 172, 177.

25 La existencia de una esfera de autonomía individual como condición para la deliberación, también en Gargarella, 1996: 263-264.

tuamente nos proponemos. Esto nos resulta “irrebasable”²⁶, sostiene Habermas. No podemos salir del marco puesto por el lenguaje.

Autogobierno y autonomía

La democracia deliberativa es el marco para esta autolegislación, para que las personas se den a sí mismas las leyes. Tal es la idea de autonomía. Los ciudadanos son a la vez autores y destinatarios del derecho. Esto parece paradójico: ¿cómo puede limitarse quien crea los mismos límites? La paradoja se reduce en gran medida cuando se percibe que es una comunidad la que adopta o modifica los límites sobre la base del acuerdo racional e intersubjetivo. No basta la voluntad individual de apartarse de los límites. Los cambios exigen aportar razones que justifiquen apartarse del acuerdo anterior o vigente. Se trata una autolegislación entendida como “producción *políticamente autónoma* del derecho”, y no sólo como “autolegislación *moral* de personas *particulares*”²⁷.

Darse las propias normas implica un concepto amplio de autonomía. No basta la autonomía privada o personal: es igualmente necesaria la autonomía ciudadana (también llamada pública, o política). La autonomía pública se ejerce sólo junto a la autonomía privada. Por ello, según Habermas, la legitimidad de un derecho depende de que “asegur[e] la cooriginaria autonomía privada y autonomía ciudadana de sus destinatarios”²⁸. Ninguna de las dos autonomías tiene precedencia lógica sobre la otra.

2.5.5) La autonomía como fundamento de los derechos

Intentaremos fundamentar los derechos sociales en la noción de autonomía. Esta visión aparece en fallos de nuestra Corte. Por ejemplo, se halla en el voto de la mayoría en “Asociación Benghalen-

26 Habermas, 1994: 532.

27 Habermas, 1994: 186-187; énfasis en el original.

28 Habermas, 1994: 491-492.

sis” (2000), que hace suyos los argumentos del dictamen del Procurador General de la Nación. Allí el derecho a la salud se describe como parte de la protección de la vida, fundamental para “el ejercicio de la autonomía personal”, defendida en CN, 19 y definida como “optar libremente por el propio plan de vida”²⁹.

Tomaremos el concepto habermasiano de autonomía, que parece más amplio: abarca los aspectos público y privado. Sin embargo, cabe revisar antes otros planteos que parten de nociones más limitadas de autonomía, o bien terminan por dar a los derechos sociales un rol subordinado.

2.5.6. La propuesta de Cécile Fabre

Esta autora basa su justificación³⁰ de los derechos sociales en que protegen la autonomía y el bienestar de las personas reconocidas como entes dignos de respeto. Fabre parte de ciertos supuestos explícitos: que todo el mundo tiene un interés fundamental en llevar una vida decente; que son condiciones privilegiadas para ello la autonomía (entendida como “la capacidad de definir, revisar y perseguir una concepción del bien”) y el bienestar (entendido como ausencia de dolor físico); que tenemos derecho a que se respete ese interés, y a que se lo promueva. Consideramos innecesaria esta noción de “bienestar”: la autonomía presupone la ausencia de dolor físico; una persona afectada por el dolor no puede elegir libremente. La tortura ofrece un ejemplo de esto.

A partir de los supuestos ya señalados, Fabre deriva que las personas tienen derechos sociales a ingreso mínimo adecuado, vivienda, salud y educación (sin ellos, no es posible llevar adelante una vida decente); que esos derechos deben estar en la Constitución y que las mayorías no pueden derogarlos, sino que alguna institución (por ejemplo, la magistratura) debe tener la facultad de anular la legislación que se oponga a tales derechos.

29 “Asociación Benghalensis” (2000), dictamen del Procurador, parág. IX y X.

30 Fabre, 2000: 3-4, 7-8, 13, 18, 20, 22, 99-100.

La autonomía exige llenar necesidades de subsistencia y otras que no lo son; no se trata sólo de necesidades básicas. Fabre admite la coerción sobre quienes estén mejor económicamente, para obtener los recursos necesarios por vía de tributos.

La relación con la democracia en el planteo de Fabre

La autora explica claramente por qué la autonomía necesita de derechos sociales; sin embargo, no los integra en la democracia. Si bien acepta relacionarlos, lo hace introduciendo ciertas distinciones. Define algunos derechos como “democráticos”, esto es, que constituyen características definitorias de la democracia y condiciones para su funcionamiento y supervivencia (en general, los derechos civiles y políticos)³¹. Otros son “no democráticos”, esto es, no necesarios para la existencia de la democracia. Entre ellos, Fabre incluye el derecho a un ingreso mínimo, salud y vivienda, salvo que en algún contexto sean condición para el funcionamiento de la democracia. Un solo derecho social, sin embargo, tiene carácter “democrático” en la acepción de Fabre: la educación, imprescindible para intervenir significativamente en la deliberación. Sin educación mínima no es posible “comprender los temas puestos en la discusión política, [...] [ni] expresar preferencias genuinas sobre cómo debe gobernarse la sociedad”³².

Sin embargo, consideramos injustificada esta distinción de Fabre. ¿Por qué la educación tiene mayor peso que la vivienda o la salud, por ejemplo, al momento de formar y expresar preferencias genuinas? Alguien sin educación no puede entender los debates públicos; pero quien padece una enfermedad dolorosa tampoco podrá, al menos igual que una persona sana. Resulta llamativo el lugar que Fabre da a la salud, ya que ella toma la ausencia de dolor físico como condición para una vida decente. La autora parece adoptar un concepto reducido de la actividad intelectual, donde las condiciones

31 Fabre, 2000: 119, 151.

32 Fabre, 2000: 126.

físicas no tienen importancia. Preferimos el modelo habermasiano, donde –como veremos– los derechos sociales, sin distinciones, integran el núcleo de la democracia.

2.5.7. *La autonomía y los derechos sociales en Nino*

Aunque Nino aporta un concepto más elaborado de autonomía moral, no funda en él los derechos sociales. A su juicio, la autonomía moral implica libre aceptación de principios morales, según razones (definidas según criterios de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos). De esto deriva la autonomía personal, que prohíbe “*interferir con la libre elección de ideales de excelencia personal*”³³.

Del concepto de autonomía, según Nino, pueden deducirse el contenido de los derechos individuales básicos. Estos derechos tutelan las condiciones requeridas para elegir y llevar a cabo planes de vida basados en principios morales personales.

Podría suponerse que el planteo de Nino conduce a incluir los derechos sociales como la tutela de condiciones necesarias para llevar adelante la autonomía. En cierta forma, así parece ser. Nino describe a estos derechos sociales como “un correctivo” frente a las deficiencias de los derechos económicos, y –en el marco del liberalismo– como una “*extensión natural*”³⁴ de los derechos individuales. Este liberalismo igualitario, en palabras de Nino, permite superar al liberalismo clásico, o conservador.

Sin embargo, estas “extensiones naturales” no tienen igual jerarquía. Nino sostiene que los alcances de ese liberalismo igualitario deben quedar en manos de la interacción política. Los derechos sociales variarán según el proceso político ordinario; se los podrá alterar por esa vía, a diferencia de otros derechos derivados de la autonomía, que no aparecen sujetos a esas oscilaciones.

33 Nino, 1992: 165; énfasis en el original.

34 Nino, 1992: 397-398; énfasis en el original.

Más aún: Nino afirma que la vigencia de los derechos sociales se logrará con “cambios estructurales” que pongan –como exige un “liberalismo constitucional genuino”– el sistema de producción y distribución al servicio de la autonomía de los menos autónomos³⁵. ¿Por qué debe actuarse así sólo en materia de derechos sociales? Para asegurar la libertad de prensa, Nino no propone esperar a la adopción de cambios estructurales. Resta explicar la diferencia esencial entre derecho a la vivienda y derecho a publicar ideas por la prensa sin censura previa. ¿Por qué sería menos “democrático” exigir alimentos que, por ejemplo, reclamar un mecanismo electoral para quienes sufren prisión preventiva?³⁶ El capítulo 4 revisa las presuntas diferencias entre DESC y DCP.

Derechos a priori y a posteriori

En una línea similar, Nino separa los derechos según su relación con la deliberación democrática. Distingue entre los derechos “*a priori*”, que son una precondition para la deliberación democrática, y los “*a posteriori*”, cuyo alcance se determina en el marco de esa deliberación. Admite que para algunos derechos sociales, como la salud o la educación, resulta difícil precisar si se trata de requisitos para la deliberación o no. Nino concluye en que “alguna satisfacción” de estos derechos puede considerarse necesaria para participar en el proceso democrático, mientras que su “alcance preciso” se delimita en el proceso mismo, ya que se trata de derechos que “generalmente entran en agudo conflicto con otros”³⁷. Cabe preguntarse si no ocurre lo mismo con la libertad de expresión y la igualdad electoral, o el derecho a la vida mismo (señalados por Nino como derechos *a priori*). Si todos pueden entrar en conflicto, o ser condición y a la vez objeto de la discusión, la distinción entre derechos *a priori* y *a posteriori* carece de utilidad. Nino parece privilegiar algu-

35 Nino, 1992: 410-411.

36 La Corte Suprema, en “Mignone” (2002), reconoció el derecho a votar de estas personas detenidas sin sentencia firme.

37 Nino, 1992: 209.

nas precondiciones (libertad de prensa, igualdad electoral) en lugar de otras (nutrición, vivienda, salud). El argumento de Nino es que “en la medida que se procura reforzar el proceso democrático exigiendo que él satisfaga más y más condiciones al mismo tiempo se reduce su alcance, sacándose la decisión sobre tales condiciones del mismo ámbito democrático”. En tal caso “[t]endríamos un método óptimo para decidir muy pocas cosas”. Sin embargo, Nino parece tener otra visión más amplia: sostiene que las precondiciones para el funcionamiento adecuado del proceso democrático “constituyen un continuo que comienza por cuestiones como la libertad negativa de expresión, pasa por las libertades positivas correspondientes [...] y termina abarcando derechos [sociales]”³⁸.

Aún así, el problema persiste: falta un criterio para distinguir entre derechos *a priori* y *a posteriori*. Maurino sigue el planteo de Nino y reconoce el problema; pero afirma que los derechos *a priori* abarcan “los contenidos de derechos sociales relevantes para funcionar efectivamente como un agente moral autónomo”, tales como la protección contra “la necesidad económica estructural (y sus consecuencias), la falta de acceso a la educación y la información, la falta de atención a la salud en caso de enfermedades graves”³⁹. Aunque su concepción resulta más amplia, tampoco aporta un criterio claro de distinción. La diferencia importa: los derechos *a priori* no se definen, negocian ni discuten en el procedimiento democrático, porque son sus prerequisites.

Por nuestra parte, señalamos que los derechos *a priori* tampoco están exentos de volver a discutirse, al igual que los denominados *a posteriori* en el planteo de Nino. Por citar un solo ejemplo, la libertad de expresión, definida como *a priori*, ha sido y seguirá siendo el centro de numerosos debates y reformulaciones. Su existencia no se pone en cuestión, pero sí su alcance particular en cada etapa histórica, los medios para ponerlo en vigencia, el modo de financiar su concreción, o de combatir sus violaciones.

38 Nino, 1992: 706, 714.

39 Maurino, 2008: 905, 907.

El planteo de Nino deja algunos puntos oscuros. Por una parte, brinda un concepto profundo de autonomía personal, y lo utiliza para fundamentar los derechos individuales como tutelados de esa autonomía. Luego da lugar a los derechos sociales como “extensión natural” de los individuales; pero les da un lugar subordinado. Los hace depender de “cambios estructurales” y de la deliberación política (como derechos *a posteriori*) mientras que los otros derechos no se sujetan a tales condiciones (en tanto derechos *a priori*). Este trato diferenciado no resulta censurable en sí mismo, sino por la falta de fundamentación explícita. No reconocemos en el texto de Nino los elementos que nos permitan trazar la línea divisoria entre ambas clases de derechos.

A continuación, exponemos el planteo de Habermas. Consideramos que representa un avance frente a la postura de Fabre, ya que permite comprender por qué resulta valiosa la autonomía y cómo se relaciona con la democracia. También sostenemos que va más allá de Nino: prescinde de la diferencia entre derechos *a priori* y *a posteriori*, difícil de precisar y fundar. Sin esa distinción, daremos a los derechos sociales una jerarquía igual a la de otros derechos que tutelan la autonomía.

2.5.8. *El principio democrático, la autolegislación y la autonomía*

Habermas sostiene que la legitimidad de las normas depende de que su pretensión de validez pueda sostenerse con razones, y “en última instancia” de que hayan surgido de “un procedimiento legislativo que quepa considerar racional”, o a si “por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales”. Cuando no existe legitimidad de un orden jurídico, debe acudir a otros medios: la intimidación, el “poder de las circunstancias”, los usos o la costumbre⁴⁰.

Según el principio de discurso, la validez (en un sentido general, que puede aplicarse a la moral o al derecho) pertenece a “aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como par-

40 Habermas, 1994: 92.

ticipantes en discursos racionales”. Y por discurso racional, Habermas entiende “*toda* tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas”, bajo condiciones de comunicación pública que permitan “el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones”⁴¹. Las dudas sobre la legitimidad de una norma pueden resolverse a través del uso de la razón en diálogo. Todo potencial afectado debería poder participar, pero con la posibilidad de revisar abierta e ilimitadamente los argumentos ofrecidos a favor o en contra de la norma. No basta invocar emociones, supuestas autoridades intelectuales, conveniencias personales o cualquier otra base no racional. Se presupone, en este modelo, que las cuestiones prácticas pueden resolverse racionalmente de modo imparcial.

Aplicando este principio discursivo al derecho⁴², las normas jurídicas reciben su legitimidad a través de “procedimientos y presupuestos comunicativos [...] institucionalizados a su vez jurídicamente”. Tales procedimientos crean condiciones para la crítica y el intercambio de argumentos. Siguiendo estos pasos, se forma la presunción de que el resultado será racional al crear y aplicar derecho. Esta expectativa de legitimidad de la decisión legislativa permite el uso de la coerción contra quienes violan la norma. En cuanto al contenido, la racionalidad se evidencia en que a los ciudadanos se los trata “como miembros iguales y libres de la comunidad de sujetos jurídicos, [...] protegidos a la vez en su integridad”. Esto implica trato igual, incluyendo la igualdad en lo material (como vemos en 2.5.9), que se resuelve en cada caso a través de razones⁴³.

El sistema de los derechos

Habermas reformula así el derecho en torno al principio del discurso. Cuando este principio entra en la forma jurídica, se con-

41 Habermas, 1994: 172-173; énfasis en el original.

42 Habermas, 1994: 95, 497.

43 Habermas, 1994: 497-498.

vierte en el principio democrático. Da al proceso de producción de derecho la “fuerza generadora de legitimidad”. Asegura libertades subjetivas, pero también establece jurídicamente las condiciones para ejercer de modo discursivo la autonomía política. Habermas describe a este proceso como la “*génesis lógica de derechos*”⁴⁴. Surge un sistema de derechos, que se desarrolla según la necesidad de garantizar la autonomía en lo subjetivo y en lo político.

Este sistema incluye aquellos derechos que las personas necesitan reconocerse mutuamente para actuar como destinatarias y autoras, a la vez, de las leyes⁴⁵. Habermas distingue cinco categorías de derechos. Las tres primeras se requieren para ser destinatarios de normas jurídicas; las otras dos resultan necesarias para ser autores. Las primeras se refieren a la autonomía privada y su protección; las segundas, a la autonomía pública o política. A diferencia del planteo de Nino, no se diferencia entre *a priori* y *a posteriori*. No hay un “antes” y un “después” de la deliberación. Todos los derechos se definen en ella, y son su condición, asegurados igualitariamente a cada persona.

Las tres primeras categorías incluyen los derechos surgidos del desarrollo políticamente autónomo de:

(1) un “derecho *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción*”; se entiende a estas como las libertades para conducirse según el arbitrio propio, según sus intereses; es la facultad para permanecer fuera de la zona comunicativa.

(2) un *status* de miembro de la comunidad jurídica, o “derecho de pertenencia” (lo cual implica protecciones contra la pérdida de esa pertenencia, sin perjuicio del derecho de renunciarla) y

(3) “la *accionabilidad* de los derechos” y de su “*protección*”, en caso de conflicto, para que sean “interpretado[s] y aplicado[s] de forma vinculante en un procedimiento específico”.

Las dos últimas categorías son correlativas de la primera. Sin alguna de las tres, no hay derecho legítimo.

44 Habermas, 1994: 187; énfasis en el original.

45 Habermas, 1994: 188-192.

A la vez, se hallan las categorías de derechos que permiten a las personas ser autoras de las leyes, a través de

(4) derechos fundamentales “a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes”, ejerciendo la “*autonomía política*” y así creando derecho legítimo, o interpretándolo y juzgando la legitimidad de su derecho en virtud del principio del discurso.

Estos derechos implican también, según Habermas,

(5) derechos fundamentales “a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas”, según sea necesario, “para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades” de los derechos civiles (1) a (4).

Esta última categoría incluye a los derechos sociales, que en el contexto actual (la moderna sociedad industrial) aseguran la misma autonomía individual bajo condiciones diferentes⁴⁶. No basta la protección legal de la vida privada tradicionalmente considerada, sino que se hacen necesarios derechos a prestaciones, porque muchas personas carecen de las bases materiales para su libertad⁴⁷. La inexistencia de derechos sociales pondría en riesgo elementos básicos para la participación en la vida pública y también para la autonomía personal o privada⁴⁸. El reconocimiento de los derechos crea “*un campo de poder para sus titulares*” y limita el margen de actuación del Estado y los demás obligados a respetarlos⁴⁹.

Cabe recordar que en el planteo de Habermas ambas autonomías tienen un carácter co-originario. En esto se diferencia de quienes toman a los derechos sociales como condición para la participación política, y así los subordinan a esa noción. Los derechos no

46 Una idea similar sobre la importancia de los derechos sociales, en Gargarella, 2007: 134-135.

47 Habermas, 1994: 482, 485.

48 Vanossi afirma que estos derechos potencian la libertad frente a la necesidad; véase Vanossi, 1987: 363. Es decir, refuerzan la posibilidad de decidir (lo que llamamos aquí autonomía) frente a las condiciones de privación que acercan a la persona a actuar de modo necesario, inevitable, ineludible, como un objeto sometido a leyes físicas.

49 Abramovich y Pautassi, 2009: 311-312.

sólo hacen viable el procedimiento democrático⁵⁰; también tienen como sentido asegurar la autonomía privada.

De esta forma, los derechos sociales se integran en el sistema de los derechos necesarios para garantizar la autonomía (en un sentido amplio) requerida para participar en un modelo deliberativo de democracia y llevar adelante el proyecto propio de vida.

2.5.9. *Autonomía e igualdad*

La autonomía como fundamento de los derechos no puede separarse de la noción de igualdad. Ella exige tratar “a cada persona como un igual, más que tratar a cada persona igual”⁵¹. Este derecho a ser tratado como igual significa ser tratado “con la misma consideración y respeto que cualquiera”⁵². Podemos basar esta noción en que todas las personas poseen la misma capacidad de “lenguaje y acción”⁵³, esto es, las mismas competencias que permiten a todo sujeto actuar en los procesos que llevan a lograr acuerdos racionalmente motivados y afirmar, en ese marco, su identidad.

Las personas cuentan con estas capacidades similares: pueden alcanzar grados iguales de autonomía. Como hemos visto, los derechos surgen para proteger la autonomía pública y privada. Esto significa que los derechos deben garantizar a cada persona un nivel igual de autonomía. No puede justificarse un sistema que asigne diferentes grados de autonomía, ya que la potencialidad para ello es la misma en cada sujeto.

En el modelo de democracia deliberativa, la autonomía debe reunir otro requisito: su carácter igualitario. En eso basa Habermas su convicción de que el sistema de derechos implica asegurar “iguales libertades subjetivas de acción”⁵⁴. La igualdad aquí no sólo protege contra la discriminaciones: incluye el derecho a prestaciones y a

50 Habermas, 1994: 502.

51 Gargarella, 2008f: 33; énfasis en el original.

52 Así definido en Dworkin, 1977: 332.

53 Habermas, 1982: 498.

54 Habermas, 1994: 186; énfasis en el original.

políticas activas⁵⁵. Garantiza la deliberación *entre iguales*. Esa igualdad abarca ambos aspectos de la autonomía, el público y el privado, para asegurar que todos los grupos tomen parte en una democracia deliberativa, entendida en general como autogobierno⁵⁶.

Tras la reforma de 1994, la Constitución argentina avanzó en la conexión entre igualdad y derechos. Ya no se trata solamente de la igualdad formal “ante la ley” (CN, 16), consagrada en 1853. Se intenta asegurar un igual ejercicio efectivo de los derechos; esto implica el goce de una igual autonomía protegida por ellos. Se destacan las referencias a “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres” en el acceso a cargos electivos y partidarios (CN, 37), la “igualdad de oportunidades” en todo el territorio nacional (CN, 75 inc. 2), la “igualdad de oportunidades y posibilidades” en materia educativa (CN, 75 inc. 19) y la autorización al Congreso para que adopte “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes” con especial referencia a la situación de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (CN, 75 inc. 23). En estos textos incorporados, la igualdad no sólo elimina modalidades gruesas de discriminación (como el *apartheid* o la capacidad civil y política disminuida de la mujer). La “igualdad real” se conecta con las condiciones de ejercicio de los derechos y con las acciones estatales que pongan a las personas en igual situación de autonomía, recibiendo un trato igual.

La relación entre igualdad y libertad

Comprender el rol (y la necesidad) de una igual autonomía permite poner bajo otra luz el clásico dilema entre libertad e igualdad. Parte de la doctrina argentina presenta a ambas como polos opuestos, que obligan a optar por una de ellas, o por alguna com-

55 Gargarella, 2008f: 34-35.

56 Esta interpretación de la igualdad en Saba, 1997: 574-575.

binación en la que cada avance de la libertad se corresponde con un retroceso de la igualdad, y viceversa. A través del concepto de autonomía podemos pensar este supuesto dilema de otra forma. Ambos polos ahora se superponen: sólo hay libertad si es igual para todas las personas; solamente hay igualdad si ello significa elegir el propio plan de vida, sin condicionamientos ni tutelajes. Quizá la confusión surge porque asegurar igual autonomía implica reconocer mutuamente los mismos derechos; y para algunas personas esto puede significar una reducción en sus poderes. Veamos un ejemplo histórico. La emancipación de esclavos significó, en su momento, un paso adelante en la igualdad. A la vez, redujo el poder de los antiguos propietarios de seres humanos. Sin embargo, cuesta pensar en la eliminación de la esclavitud como un recorte en la “libertad” de los amos. Seguramente algunos lo pudieron considerar así. Aquí resulta útil el planteo de Habermas: “lo que aparece como restricción es sólo el reverso de la imposición de *iguales* libertades subjetivas de acción para todos”.

De modo que cuando se afirma que los avances en la igualdad (tales como la emancipación de los esclavos, el voto femenino, o la negociación paritaria laboral) reducen la libertad, en realidad lo que se dice es que esos progresos disminuyen el área de libertad de *algunas* personas (los dueños de esclavos, los votantes varones, los que tienen mayor fuerza en la negociación laboral). Agrega Habermas que no se afecta la igualdad ni las libertades; es sólo “la eliminación de aquellos privilegios que son incompatibles con la igual distribución de libertades subjetivas [...]”⁵⁷.

A su vez, la igualdad también justifica la deliberación como mecanismo para tomar decisiones legítimas. La igual falibilidad de todas las personas⁵⁸ aconseja someter las ideas propias al cuestionamiento de los demás (o a un sistema de frenos y contrapesos, en el ámbito institucional).

57 Habermas, 1994: 483.

58 Gargarella, 2008e: 17-20, 22.

La igualdad en la autonomía, en síntesis, es condición para lograr una democracia auténticamente deliberativa. El debate abierto exige que los participantes no se vean afectados por desigualdades en su autonomía.

2.5.10. El argumento de Naciones Unidas: la interdependencia

Vemos cierta analogía entre el planteo de Habermas y la postura oficial de Naciones Unidas, que defiende la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los sociales: ningún derecho sirve de instrumento al otro. La importancia de cada derecho deriva en parte de su relación con otros derechos⁵⁹.

Se trata de un vínculo recíproco e igualitario entre las categorías usualmente reconocidas de derechos. Reconocer derechos civiles y políticos vuelve inevitable la inclusión de derechos sociales, y viceversa. En 1948, al explicar su anteproyecto de Declaración de Derechos Humanos, René Cassin usaba la imagen de un templo, cuyas cuatro columnas son los derechos individuales personales, los derechos de la persona frente a los demás, las libertades espirituales, públicas y políticas, y los derechos económicos y sociales. Los cuatro tienen la misma importancia y se hallan en un pie de igualdad⁶⁰.

La interdependencia expresa una idea integral de persona. Según Scott y Macklem, no debe negarse rango constitucional a los derechos sociales si se lo otorga a los derechos civiles y políticos. Si no, se protegería una “humanidad truncada”, sólo una parte de lo que es una persona. Se quitaría legitimidad a los valores protegidos por los derechos sociales, ya que el discurso sobre los derechos tiene un “efecto constitutivo” en el debate político general. El mismo principio parece emerger en el sistema interamericano⁶¹. La Comisión Interamericana recibe reclamos basados en la Declaración

59 Scott y Macklem, 1992: 87. Sunstein, por su parte, sostiene que los derechos políticos son aliados de los derechos sociales; véase Sunstein, 2004: 184.

60 Charvin, 1998: 326, 334-335.

61 Scott y Macklem, 1992: 27, 29, 109 y ss.

Americana de 1948, que sí incluye derechos sociales⁶². El Protocolo de San Salvador consagra el principio de interdependencia en el sistema interamericano⁶³.

En síntesis, aquí hemos revisado diversas alternativas para fundamentar los derechos sociales. Si bien reconocemos la utilidad y fertilidad de ciertas propuestas, consideramos que ellas no alcanzan a justificar, de modo separado, estos derechos. Los planteos centrados en el efecto social benéfico de los derechos sociales dan a la legitimidad de ellos un carácter coyuntural, dependiente de ciertos resultados de su ejercicio; y también introducen una diferencia no completamente justificada con los derechos civiles y políticos. No nos basta tampoco la fundamentación basada en las necesidades básicas, ya que ello exige dar un salto lógico difícil de justificar, desde el plano descriptivo al normativo. Finalmente, no resulta suficiente tomar a los derechos sociales como un instrumento para el ejercicio de los civiles y políticos; puede conducir a una subordinación de los primeros, lo cual no tiene fundamentos suficientes.

Para justificar los derechos sociales, entonces, intentamos utilizar todas esas fundamentaciones, integrándolas a otra alternativa. Consiste en incluir esos derechos dentro de un modelo de democracia y en conexión con la autonomía personal y política. En este marco, los derechos civiles y políticos no tienen preeminencia sobre los sociales; allí encontramos similitudes con el planteo de Naciones Unidas acerca de la interdependencia entre todos los derechos humanos.

62 En la DADDH se consagran el derecho a la protección de la familia (art. VI) y de la maternidad (art. VII), el derecho a la salud y el bienestar (art. XI) al trabajo y a una justa retribución (art. XIV), al descanso (art. XV), además de los derechos a la educación (art. XII) y a la seguridad social (art. XVI).

63 Véase el preámbulo del Protocolo de San Salvador (1988), ratificado por Argentina a través de la ley 24.658.

CAPÍTULO 3

**LA INCORPORACIÓN COMO DERECHOS
A LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA**

Una vez presentada una fundamentación para los derechos sociales, aquí analizamos cómo se incorporan estos derechos a la Constitución argentina. Primero efectuamos (3.1) una descripción sobre las distintas alternativas existentes para consagrar derechos sociales. Luego exponemos (3.2) el proceso de su incorporación en la Constitución argentina.

3.1. Las alternativas para la incorporación de derechos sociales

Los derechos sociales, una vez aceptada su necesidad (por cualquiera de las líneas de fundamentación que expusimos), pueden entrar a un orden jurídico positivo de distintas formas.

Una primera alternativa deriva estos derechos a la legislación ordinaria, ya sea porque los derechos sociales se consideran implícitos en el texto constitucional, o bien porque se entiende que pertenecen a las facultades de los poderes constituidos. Esta solución se emplea en el caso de constituciones antiguas (anteriores a la de México de 1917, por lo general) que no incluían derechos sociales y a las que no se desea reformar.

Otra alternativa, en cambio, consiste en incluir los derechos sociales en la constitución. Aquí se abren diversas posibilidades, según la extensión, eficacia y jerarquía que quiera otorgarse a estos derechos. Sunstein presenta algunas alternativas en materia de derechos sociales¹: un control por medio de monitoreo o informes

¹ Sunstein, 2004: 101-104, 209-210.

(como en el PDESC); darles carácter de objetivos (como en India); fijarlos como derechos, pero atendiendo a los recursos disponibles y su realización progresiva (como en Sudáfrica²).

Luego surge una cuestión adicional. Cuando se reconocen derechos sociales (en la legislación común, o en la constitución), debe definirse si tales derechos pueden oponerse sólo al Estado (esto es el denominado “efecto vertical”) o también a los particulares (“efecto horizontal”).

A continuación exponemos estas maneras de dar lugar a los derechos sociales en un orden jurídico. En primer lugar (3.1.1) revisamos su tratamiento a través de la legislación común. Luego, (3.1.2) repasamos dos alternativas de inclusión constitucional: los derechos sociales (3.1.2.1) como directrices, y (3.1.2.2) como derechos.

Por último, (3.1.3) exponemos posturas a favor de reconocer (3.1.3.1) sólo un efecto “vertical” a los derechos, o bien (3.1.3.2) efectos “horizontal” y “vertical”.

3.1.1. Una constitución sin derechos sociales

En esta alternativa, se omite la regulación constitucional de cuestiones como la salud, la alimentación, la vivienda o las condiciones de trabajo, temas frecuentes de los derechos sociales. La Constitución norteamericana, por ejemplo, sigue esta línea³.

En general, estos derechos se reconocen y tratan mediante legislación ordinaria. Esta fue la solución adoptada en los Estados Unidos⁴. En ciertas ocasiones se alcanza un consenso tan amplio que hace muy difícil la modificación de la legislación ordinaria adoptada. Sunstein denomina a esta alternativa “compromiso constitucional”, y sostiene que eso persiguió el presidente estadounidense Franklin

2 Sunstein, 2004: 211.

3 Rosenkrantz y Cross, como se expone en el apartado 5.1.1 y en la sección 8.2, proponen esta solución, al menos por un tiempo prudencial; véanse Rosenkrantz, 2003 y Cross, 2001.

4 Nino, 1992: 406. Rosenkrantz propone esta solución explícitamente; véase Rosenkrantz, 2003: 251.

D. Roosevelt en torno a la política del *New Deal*. Roosevelt buscó un cambio en la interpretación de la Constitución, para que fuera compatible con su programa económico; pero no intentó incluir su “segunda declaración de derechos” en el texto constitucional⁵.

3.1.2. *Derechos sociales en una Constitución: dos modelos*

3.1.2.1. *Como “directrices” en materia económico-social*

Estos principios o directivas constituyen mandatos dados al legislador y al ejecutivo. A la vez, el ciudadano puede emplearlos como criterio para juzgar la actuación de los poderes. La Constitución de la India ofrece un ejemplo⁶. La Constitución de Irlanda de 1937 incluye ciertos derechos económicos y sociales bajo el acápite “Principios Directivos de Política Social”; allí se deja establecido un orden social “con justicia y caridad”. Sin embargo, el apartado se inicia (art. 45) con la aclaración de que los principios son “una guía general” para el parlamento, pero que “su aplicación [...] no será analizable por ningún tribunal bajo ninguna cláusula de esta Constitución”.

Sin embargo, en algunos casos, los principios o directrices se han interpretado como derechos, por vía de asociación con derechos civiles y políticos. La India ofrece un ejemplo de este desarrollo. La Corte Suprema de la India tomó el derecho a la vida consagrado en la Constitución, y lo interpretó de acuerdo a los Principios Directivos en materia social, que los tribunales no podían aplicar. Fue más lejos, según Scott y Macklem, en el caso *Azad Ricksshaw Pullers Union v. Punjab*. Allí emitió una orden con especificaciones acerca de los plazos y condiciones para los créditos a otorgar a un sector de trabajadores, y tareas para las autoridades municipales. La Corte también interpretó la prohibición del trabajo forzado (art. 23 de

⁵ Sunstein, 2004: 61. Esta “segunda declaración” se analiza en el apartado 3.2.2.

⁶ Sunstein, 2001: 124. También fue la propuesta de Dennis Davis para Sudáfrica; véase Davis, 1992.

la Constitución de la India) como una barrera al pago de sueldos inferiores al mínimo legal aun en el sector privado⁷.

3.1.2.2. Como derechos

En esta alternativa, la constitución incluye derechos sociales formulados, en general, de manera semejante a la utilizada para los derechos civiles y políticos.

Los constituyentes introducen, en ciertos casos, pautas que diferencian a los derechos sociales de los civiles y políticos, o que incluso introducen diferencias entre los derechos sociales mismos.

Por ejemplo, quienes redactan la constitución pueden otorgarles a los derechos sociales una jerarquía inferior, o bien privarlos de algún efecto, o de alguna tutela. Desde el punto de vista formal, esta diferencia se plasma en la creación de un capítulo separado, o en la adopción de una nomenclatura diferente para cada grupo de derechos, o en la inclusión de alguna cláusula que aclare el rango inferior de estos derechos, o alguna limitación en particular.

Un ejemplo se halla en la Constitución española de 1978. El capítulo tercero del primer título se denomina “De los principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 al 52), lo cual parece acercarlos al modelo de incorporación como directrices políticas. Sin embargo, allí se insertan derechos “a la protección de la salud” (art. 43.1) y “a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47), entre otros. Pero sólo pueden invocarse ante los jueces según las leyes que los desarrollen (art. 53.3). Claramente queda establecida su falta de exigibilidad y su subordinación a la actividad del legislador. Otros derechos (arts. 14 y 30 al 38), que coinciden aproximadamente con los DCP⁸, sí pueden reclamarse directamente ante los tribunales mediante un proceso sumario; pero sólo pueden hacerlo los “ciudadanos” españoles (art. 53.2).

7 Scott y Macklem, 1992: 127-128, citando el caso *People's Union for Democratic Rights v. India*, 1 SCR 456 (1983).

8 Incluyen también el establecimiento de la educación básica obligatoria y gratuita (art. 27.4) y el derecho de huelga (art. 28.1).

Otro ejemplo de consagración diferenciada puede encontrarse en la Constitución Política colombiana de 1991. Ella distingue (art. 85) entre los derechos según su aplicabilidad, y establece una nomenclatura diferenciada. El grupo denominado “derechos fundamentales” (arts. 11 a 41) son “inmediatamente aplicables”; coinciden básicamente con los DCP, pero también abarcan el derecho al trabajo (art. 25) y los derechos de asociación gremial (art. 39). Para ellos se provee (art. 86) el mecanismo de la “tutela” judicial. Esta sólo procede contra actos de autoridad pública (sólo excepcionalmente puede reclamarse contra particulares). En cambio, los DESC (arts. 42 a 77) y los derechos colectivos y ambientales (arts. 78 a 82) no tienen esta protección. Sin embargo, explica Saffon, la Corte colombiana los ha protegido mediante la tutela a través de la doctrina de la conexidad. El derecho a la salud, por ejemplo, goza de la tutela por su vínculo con el derecho fundamental a la vida o a la integridad o a la dignidad⁹.

3.1.3. Efectos frente al Estado y frente a particulares

3.1.3.1. Efecto “vertical”: sólo frente al Estado

En algunas constituciones, los derechos (sociales o civiles y políticos) sólo tienen efecto “vertical”. En un sentido general, sólo pueden oponerse frente al Estado. No rigen entre particulares; en otras palabras, los ciudadanos no tienen deberes fundados directamente en la constitución. Sin embargo, en algunos casos los derechos tienen un efecto indirecto sobre los particulares.

En estos casos, se entiende que la Constitución regula el poder público y sus límites frente a los ciudadanos.

Los derechos, como defensas, se oponen al Estado, porque se presupone la existencia de un poder supremo en sus manos. A la vez, se intenta preservar la autonomía y la heterogeneidad de la so-

⁹ Saffon, 2007: 545-546, 548-549.

ciudad civil, manteniéndola libre de la regulación constitucional¹⁰. Este modelo presupone la debilidad relativa del individuo frente al Estado. Por otra parte, se da como supuesta la naturalidad de las relaciones privadas. Los vínculos entre particulares aparecen como “naturales”, esto es, que pueden desarrollarse sin necesidad de la intervención del derecho constitucional (o del derecho en general).

3.1.3.2. Efectos “vertical” y “horizontal”: frente al Estado y a particulares

En otros casos, los derechos constitucionales también tienen efecto “horizontal”, esto es, rigen las relaciones entre particulares. Dicho de otro modo: las personas privadas tienen deberes fundados en normas constitucionales. En este planteo, los derechos también protegen a la persona frente a otros particulares. No se presupone el monopolio estatal del poder (económico, físico), ni una igual debilidad (o fortaleza) de los individuos, o de sus asociaciones, frente al Estado y frente a los demás. Por el contrario, se reconoce la posibilidad de poderes amplios en manos privadas. El efecto meramente vertical, en cambio, permite consolidar esos poderes a expensas de los particulares más débiles¹¹.

Esta postura resulta más abierta a la evolución social, para cumplir su función en circunstancias cambiantes. Se adecua a circunstancias observables en muchas democracias, donde surgen poderes privados, concentraciones de riqueza o de fuerza o ambas en manos de particulares, y donde sólo por excepción se imponen límites jurídicos a dichas concentraciones. El efecto horizontal se adapta mejor a las actuales dimensiones y poderes (económicos, ideológicos, de influencia política) que se hallan en entes privados tales como empresas y bancos, o ciertas organizaciones civiles y religiosas.

Se funda en la centralidad de la persona protegida, y no en las características de quien violenta los derechos. Por ello, si los dere-

10 Gardbaum, 2003: 394-395.

11 Gardbaum, 2003: 395.

chos protegen ciertos intereses de las personas, vale la pena hacerlo contra las amenazas provenientes de organismos o individuos con fuerza o poder comparables a los del Estado o los de sus agentes. En el derecho comparado, se citan como ejemplos de este enfoque a las constituciones de Irlanda y de Sudáfrica¹².

3.2. El proceso argentino de incorporación de derechos sociales en la Constitución

En esta sección revisamos las distintas etapas y modalidades en las que los derechos sociales se integraron al texto constitucional. La tendencia general es la de una acumulación y ampliación gradual en estos derechos. Veremos que durante el siglo XX creció el consenso en torno a la necesidad de incorporarlos, aunque surgieron divergencias profundas en torno a la legitimidad de los procesos seguidos y al marco político general en que estas inserciones se llevaron a cabo. La última reforma constitucional del siglo pasado aparece quizá como dotada de la mayor legitimidad relativa y la que ofrece mayor potencial para el desarrollo de los derechos sociales.

3.2.1. La Constitución de 1853

La Constitución argentina sancionada en 1853 representa un ejemplo del constitucionalismo liberal. En general, se ha sostenido que su fuente es la Constitución estadounidense de 1787. Sin embargo, debe advertirse que nuestra Constitución actual, tras las reformas que analizaremos en esta sección, se ha distanciado ampliamente de su homóloga norteamericana¹³. Por esa razón, pese a

12 Gardbaum, 2003: 396-397; Gardbaum aclara que la Constitución interina de Sudáfrica (aprobada en 1993) no reconocía efecto horizontal a los derechos, y que en el caso irlandés, el efecto horizontal deriva de la interpretación efectuada por la Corte Suprema de ese país y su desarrollo de la acción por daño constitucional.

13 El art. 14 bis, por ejemplo, incluye derechos sociales, inexistentes en la Constitución norteamericana. Varios tratados internacionales de derechos humanos recibieron jerarquía constitucional en 1994; Estados Unidos continúa sin ratificar

cierta práctica en contrario, no resultan directamente aplicables entre nosotros diversas teorías o planteos elaborados por la doctrina y jurisprudencia de Estados Unidos¹⁴.

No existían derechos sociales como los hoy incluidos en el PDESC. Si bien la Constitución abría la posibilidad de políticas activas, siempre quedaban en manos del Congreso o de las provincias. El Estado tenía facultades para “promov[er] la industria, [...] la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional”, entre otras cuestiones, según el art. 67 inc. 16 (actual 75 inc. 18)¹⁵. No existía un derecho a que el Estado lo hiciera, sino que quedaba sujeto a la discreción de los poderes. No obstante, el art. 5 de la Constitución de 1853 establecía la obligación provincial de brindar “educación primaria gratuita”¹⁶. Esta cláusula se asemeja a otras posteriores, propias del constitucionalismo social. Se la eliminó en la reforma de 1860¹⁷.

La Constitución de 1853 puede incluirse en lo que Abramovich y Courtis denominan el paradigma del derecho clásico¹⁸. Se considera al mercado como el mejor mecanismo de producción y distribución de bienes. El Estado sólo debe mantener un marco ins-

muchos de ellos. A la vez, la ley suprema de aquel país no incluye institutos tales como el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento, la iniciativa y la consulta populares, el amparo y el hábeas data.

14 Subsiste la discusión acerca del valor de la jurisprudencia norteamericana en nuestro sistema; véanse, por ejemplo, Quiroga Lavié *et al.*, 2001: 91, y Arballo, 2003.

15 La cláusula tenía una redacción similar en el proyecto de Alberdi que acompaña a las *Bases* (art. 67 inc. 3). Cierta doctrina la denomina “cláusula de la prosperidad” o “del progreso”, y no existe una similar en la Constitución estadounidense; véase Sagüés, 1999: II, 207. Dalla Vía entiende que la Constitución de 1853 diseñó un “Estado decididamente preocupado por el fomento”; véase Dalla Vía, 2006: 368.

16 También se establecía en el art. 32 del proyecto de Constitución que Alberdi inserta en las *Bases*; sin embargo, allí la obligación de proveer esta instrucción gratuita queda a cargo del Gobierno federal.

17 Ekmekdjian destaca como antecedente de interés el art. 1 del capítulo VII del Estatuto Provisional de 1815, según el cual el cuerpo social tiene la obligación de “aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse”; véase Ekmekdjian, 1994: II, 16.

18 Abramovich y Courtis, 2002: 50-52.

titucional para dar previsibilidad al mercado y reparar las violaciones de derechos; no debe interferir en el ámbito individual de autonomía. Cabe agregar la importancia dada al derecho de propiedad, consagrado en dos artículos (CN, 14 y 17). Incluso se reconocen ciertos efectos a la propiedad sobre personas. En el art. 15, la Constitución de 1853 establece una indemnización¹⁹ para los dueños de esclavos que resulten afectados por la abolición de este régimen de dominio sobre personas²⁰.

Con el paso del tiempo, la legislación ordinaria incorpora al derecho argentino diversos derechos sociales, aceptados luego por la jurisprudencia de la Corte Suprema²¹. También aparecieron en las constituciones provinciales de la primera mitad del siglo XX²². Se los entendía compatibles con el margen de acción habilitado por la Constitución de 1853/60 y su planteo liberal.

3.2.2. *El constitucionalismo social*

La reforma de 1949 incorpora a la Argentina al ámbito del constitucionalismo social, surgido ante la evidencia de que la igualdad de derecho no alcanzaba a solucionar la desigualdad económica²³. Nuevos derechos se incorporan a constituciones desde el inicio

19 “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración [...]” (CN, 15; énfasis agregado).

20 Así, por ejemplo, el 30 de septiembre de 1853 (casi cinco meses después de la promulgación de la Constitución) los propietarios de esclavos en Mendoza elevan al Gobierno provincial un memorial con la tasación correspondiente para que se emita “la competente letra o vale que justifique la acción que tienen contra el Estado por indemnización de los esclavos que les pertenezcan”. El monto total reclamado era de dos mil seiscientos sesenta y ocho pesos. Para una transcripción del acta y un estudio sobre la abolición de la esclavitud en Argentina, véase Clementi, 1974: 53-76.

21 Ekmekdjian, 1994: II, 17; Vanossi, 1987: 369.

22 Dalla Vía, 2004: 177-178. Vanossi cita con detalle el caso de la Constitución de San Juan de 1927, donde se reconocía (art. 31) el derecho a “un mínimo de seguridad económica” y se regulaba un esquema amplio de seguridad social; véase Vanossi, 1987: 367-368.

23 Ekmekdjian, 1994: I, 2; Midón, 1997: 242.

del siglo XX²⁴, como las de México (Querétaro, 1917) y Alemania (Weimar, 1919). Estos desarrollos se inscriben en el comienzo de lo que Abramovich y Courtis definen como el paradigma del derecho social²⁵. Consiste en una corrección del anterior, y no en un modelo opuesto²⁶ (salvo en el caso del constitucionalismo soviético iniciado en 1918)²⁷. Se admite, en este modelo, la necesidad de la intervención estatal múltiple²⁸ para compensar desigualdades. Así, se “desmercantilizan” áreas de la vida social, colocándolas bajo el alcance del derecho público²⁹. La autonomía de la voluntad contractual sufre limitaciones, a través de la nulidad de cláusulas abusivas o de la fijación de mínimos de orden público, que son, además, irrenunciables³⁰. La libertad de trabajo clásica se complementa con

24 Otros autores ubican el inicio de este movimiento a mediados del siglo XIX; véase Badeni, 1997: 483.

25 Abramovich y Courtis, 2002: 52-56.

26 Badeni, 1997: 484. En el mismo sentido, Vanossi, 1987: 356.

27 Fraser señala al *New Deal* como un ejemplo de redistribución “afirmativa”, esto es, centrada en las consecuencias, y no en las causas, de la desigualdad. Se trata de aumentar el consumo de los sectores de bajos ingresos por medio de la seguridad social y la asistencia social. Advierte Fraser que ambas contribuyen a mantener la división entre obreros y capitalistas, e incluso separan a los empleados de los desocupados. Como consecuencia, la estructura económica se refuerza, en lugar de transformarse; véase Fraser, 1997: 41-42.

28 Ekmekdjian considera paradójico que se buscara a la vez limitar el poder estatal (como en el constitucionalismo clásico) y extender la actuación del Estado en la economía; véase Ekmekdjian, 1994: II, 5. Esta paradoja no es tal a la luz de un modelo de democracia deliberativa tal como el que aquí seguimos. La vigencia de los derechos que protegen la autonomía requiere limitar –por ejemplo– las atribuciones del Estado en ciertos usos de la coerción, y a la vez la provisión de prestaciones (bajo la forma de derechos sociales) que lo obligan a intervenir en algunos aspectos de la economía.

29 La desmercantilización de la vivienda, la salud o la educación no se limita necesariamente a que no se las distribuya a través del mercado. Lema Añón, por ejemplo, destaca que los derechos sociales también abren la posibilidad de que estos bienes se produzcan de modos alternativos, que no incentiven su conversión en mercaderías. En otras palabras: los derechos sociales no apuntan sólo a la etapa de la distribución, sino también a la de la producción; véase Lema Añón, 2009: parág. IV.

30 Sagüés, 1999: II, 654; Ekmekdjian, 1994: II, 10.

protecciones especiales al trabajador³¹. Surge un nuevo Estado, llamado “social de derecho”, o “de bienestar”, en reemplazo del Estado “gendarme” (o abstencionista en lo económico) propio del liberalismo clásico³².

Volviendo al caso argentino, la reforma de 1949 se inicia a través de la ley 13.233, sancionada el 27 de agosto de 1948, cuyo art. 1 declara necesaria la “revisión y reforma de la Constitución nacional” para “la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación”, sin especificación de artículos a modificar³³. La aprobación despierta polémicas ya que se hace por dos tercios de los legisladores presentes (y no del total de los integrantes); esto servirá de base a posteriores impugnaciones a la legitimidad de la reforma³⁴.

El justicialismo impulsa la inclusión de derechos sociales en la Constitución. Juan Domingo Perón sostiene, en un discurso publicado en 1948, la necesidad de “asegurar los *derechos del trabajador* incorporándolos a la ley y las costumbres argentinas, para que las clases económicamente débiles estén protegidas contra el egoísmo, la prepotencia y la explotación de las económicamente fuertes”³⁵. Este planteo reconoce ya diferencias entre patronal y empleados, apartándose de la neutralidad formal propia del constitucionalismo liberal. El fundamento parece estar en una crítica moral a las clases más ricas (“egoísmo”, “prepotencia”), y no tanto en una impugnación estructural al capitalismo como sistema.

La reforma también establece una política económica intervencionista y nacionalista, modificando el marco ideológico ge-

31 Ekmekdjian, 1994: II, 9. Sin embargo, Badeni señala que es “un frecuente y grave error [...] creer que el constitucionalismo social aspira a proteger a los trabajadores frente a los empleadores”; este autor sostiene que el objetivo perseguido es la “coordinación armónica entre los intereses individuales y los intereses sociales”; véase Badeni, 1997: 484.

32 Ekmekdjian, 1994: II, 4; Vanossi, 1987: 357.

33 Los trabajos preparatorios de la reforma estuvieron a cargo de José Figuerola, secretario de Asuntos Técnicos de la Nación; véase Unamuno y Bortnik, 1986: 31.

34 Dalla Vía señala que esta reforma estuvo “viciada de ilegitimidad de origen”; véase Dalla Vía, 2006: 297.

35 Perón, 1948: 146; cursivas en el original.

neral³⁶. Esto queda expresado en los arts. 38 (función social de la propiedad), 39 (subordinación del capital al bienestar social) y 40 (la propiedad estatal de las fuentes de energía, los yacimientos y los servicios públicos).

Se incorporan los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura (art. 37)³⁷. De todas formas, la reforma no incluyó vías judiciales para exigir estos derechos. No se creó algo similar a la acción de amparo³⁸. Sin embargo, un autor contemporáneo a la reforma señala que la verdadera garantía de los derechos sociales se halla en el modelo económico adoptado en la ley suprema³⁹.

Bases de los derechos sociales

De la lectura de los debates en torno a los derechos sociales, podemos señalar algunos de los fundamentos que la mayoría presentó. La dignidad humana del trabajador, la justicia social y la armonía entre patrones y obreros, junto a la solidaridad y ciertos puntos del pensamiento católico constituyen las principales bases. Se reivindica la legislación adoptada desde la llegada del peronismo al poder, y se invoca la necesidad de consagrar estos derechos en la Constitución para evitar futuros retrocesos. Hay referencias al derecho comparado; esta reforma se inserta en una tendencia mundial

36 Ello puede observarse, también, en la modificación introducida al Preámbulo. Manteniendo el texto aprobado en 1853, la convención reformadora hizo dos agregados. En primer lugar, luego de “promover el bienestar general”, los constituyentes añadieron “y la cultura nacional”. En segundo lugar, antes de la invocación a Dios, se intercaló este pasaje: “ratificando la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”. Se trata de expresiones que integran el acervo político del justicialismo.

37 La incorporación de estos derechos motivó intensos debates en la Convención, tal como recuerda la Corte Suprema en “Gentini” (2008), voto de la mayoría, considerando 7.

38 En cambio, sí se incorporó una garantía judicial explícita para la libertad ambulatoria: el art. 29 reformado incluía el hábeas corpus.

39 Antoni, 1950: 39.

(aunque se subraya constantemente el carácter singular e innovador del peronismo⁴⁰).

La oposición, en general, rechazó la incorporación de los derechos sociales con dos argumentos centrales. Por una parte, señaló que ello no era necesario, ya que la Constitución de 1853 permitía la adopción de leyes protectoras⁴¹. Por otra, atacó el articulado propuesto, describiéndolo como inocuo o insuficiente⁴², o bien falto de claridad⁴³.

Los derechos consagrados

Los derechos del trabajador incluyen el derecho “de trabajar” (que obliga a “la sociedad” a “prove[er] ocupación a quien la necesita”), el derecho “a una retribución justa”, “a la capacitación”, “a condiciones dignas de trabajo”, “a la preservación de la salud”, “al bienestar” (que incluye como “expresión mínima” la “posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, de satisfacer sin angustias sus necesidades y las de su familia”, para así poder “trabajar con satisfacción, descansar libres de preocupaciones y gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales”). También el trabajador tiene derecho, según el mismo artículo, “a la protección de su familia”, “al mejoramiento económico” y “a la defensa de los intereses profesionales”.

En todos los casos, el texto impone obligaciones a “la sociedad” o “la comunidad” para satisfacer estos derechos. El Estado

40 Ello se observa, por ejemplo, en la intervención del convencional Mendé (PP), quien define a la doctrina peronista como “tercera posición”, que “ha venido a ser una esperanza real para los pueblos de la tierra”, “mientras Washington y Moscú se siguen definiendo como dos mundos irreconciliables hasta la destrucción”; agrega que esta “doctrina peronista de inspiración cristiana es la solución de la Humanidad”; véase *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 395.

41 Intervención del convencional Sobral, *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 302.

42 Intervenciones del convencional Sobral, *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 303, 608-610.

43 Intervención del convencional Bernasconi (UCR), *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 611.

no aparece como el obligado principal; allí puede reconocerse el principio de subsidiariedad propio del pensamiento social católico. Por otra parte, el artículo no incluye el derecho de huelga entre los derechos del trabajador. Sampay argumenta que existe un derecho “natural” a la huelga, equivalente al derecho de resistencia a la opresión en el ámbito político. Como ese derecho de huelga implica “un rompimiento con el orden jurídico establecido”, la Constitución no puede consagrar un derecho “positivo” de huelga⁴⁴. Aquí se observa la aspiración a la armonía de clases como el estado normal, donde la huelga introduciría una ruptura desde fuera del orden legal.

Los derechos de la familia (art. 37, parág. II) se formulan como obligaciones del “Estado” para permitir a la familia “el cumplimiento de sus fines”. Así, el Estado “protege el matrimonio, garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad”; también “formará la unidad económica familiar” y “garantiza el bien de familia”. Por último, el Estado compromete su “especial y privilegiada consideración” para la “atención y asistencia de la madre y del niño”. La noción de familia también se apoyó, centralmente, en preceptos religiosos. Así, por ejemplo, el convencional Mendé (PP) sostuvo que este segmento del artículo 37 se fundaba “en la concepción cristiana de la familia sostenida por la doctrina peronista, de acuerdo con el más auténtico y tradicional sentir del pueblo argentino” y señaló que esa familia “cristianamente constituida [...] se funda en el matrimonio indisoluble”⁴⁵. Sin embargo, en el marco de la Subcomisión de Derechos Sociales, el convencional Méndez San Martín (PP) destacó que la reforma brindaba protección a la maternidad “sin investigar su origen”⁴⁶.

Los ancianos (art. 37, parág. III) tienen derecho “a la asistencia”, “a la vivienda” (aunque en este caso se establece que ello “es inherente a la condición humana”, lo que ampliaría su alcance), “a la alimenta-

44 *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 274. Véase también Sagüés, 1999: II, 681. El convencional Sobral, por su parte, denuncia la omisión de este derecho; véase *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 302.

45 *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 392, 393.

46 *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 611.

ción”, “al vestido”, “al cuidado de la salud física” y “al cuidado de la salud moral” (aunque limita las “expansiones espirituales” a aquellas que sean “concordes con la moral y el culto”). También el anciano tiene derecho “al esparcimiento” y “al trabajo” (esto último como “labor-terapia productiva” para evitar “la disminución de la personalidad”). Por último, se asegura el derecho “a la tranquilidad” y “al respeto”. En este grupo de derechos, el texto hace recaer la obligación en la familia del anciano, y “en caso de desamparo”, hace responsable al Estado, que puede actuar en forma directa o a través de entidades privadas; tanto el Estado como esas instituciones tienen derecho a demandar a los familiares “remisos y solventes” del anciano por los gastos. Si bien aquí reaparece la noción de subsidiariedad estatal, el convencional Méndez San Martín defendió en el debate el concepto de la seguridad social como deber estatal, luego de la etapa en que aquella se organizó como filantropía o como acción religiosa⁴⁷.

En cuanto a los derechos “de la educación y la cultura” (art. 37, parág. IV), el texto reconoce que “[l]a educación y la instrucción corresponden a la familia”, por lo que las instituciones privadas y oficiales sólo colaboran con ella. Además de ese principio general, el texto detalla contenidos y orientaciones y fija la gratuidad de la enseñanza primaria elemental en las escuelas estatales. Regula también la educación rural, que “tenderá a inculcar en el niño el amor a la vida del campo” y a capacitarlo para las “faenas rurales”; las niñas, en cambio, deben “formar[se] para las tareas domésticas campesinas”. En cuanto a las universidades, este apartado les asigna la tarea de preparar a “la juventud” para la actividad científica y profesional, pero siempre “en función del bien de la colectividad”. Se les reconoce la autonomía para gobernarse, sujeta a una ley especial del Congreso. Se adopta un sistema de regiones universitarias; las instituciones de cada región deben profundizar el estudio de la cultura local y aportar al desarrollo de la zona. También se establecen cursos obligatorios de “formación política” para todos los estudiantes. Los “deberes sociales” de los científicos y artistas quedan fijados como

47 *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 399, 400.

límite a sus actividades. No se establece la gratuidad de la educación superior; sólo se reconoce el derecho de los “alumnos capaces y meritorios” de “alcanzar los más altos grados de instrucción”. Para ello, el Estado otorga becas y ayudas familiares, pero distribuidas “por concurso”.

La intervención del Estado en la economía queda condensada en el art. 40. Allí se nacionaliza el comercio exterior, los servicios públicos y los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, carbón y gas, y toda otra fuente de energía natural (salvo las vegetales). En el caso particular de los servicios, el artículo prohíbe la concesión. En el debate, Sampay señala que esta nacionalización se efectúa también para usarlos como “instrumento de la reforma social”⁴⁸. Esto parece confirmar que el modelo económico garantizaba los derechos sociales.

Como hemos señalado, la reforma de 1949 subordina algunos de los derechos al carácter de trabajador, o a pautas derivadas de la moral y el culto, o establece requisitos de mérito para su ejercicio (como en el caso de los estudios superiores). No se garantizan de modo universal, aunque hay que reconocer que la bancada mayoritaria opinaba que los derechos de los trabajadores alcanzaban “a toda la población”⁴⁹. En ciertos casos, algunos derechos tienen un carácter conservador⁵⁰. Así ocurre –por ejemplo– con la educación rural, destinada a mantener a los educandos en su lugar de residencia original, y a la mujer en el ámbito doméstico. Por otra parte, el art. 35 fija un

48 *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 282.

49 Intervención del convencional Valenzuela; véase *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 312.

50 Tiene esas resonancias la intervención del convencional Ramella (PP), quien afirma, citando el pensamiento de Santo Tomás, que “el padre es principio de generación, de educación y de disciplina”; a renglón seguido, el convencional Berraz Montyn (PP) agrega que “el padre [es] cabeza de familia”; véase *Diario de Sesiones – Convención 1949*: 397. Esta asignación de roles en virtud del sexo resulta al menos llamativa en el marco de un gobierno que, por ejemplo, había reconocido a la mujer el derecho a sufragar y a ser elegida. Sin embargo, no había mujeres convencionales. La ley de derechos políticos de la mujer, aprobada en 1947, se aplicó por primera vez en la elección presidencial de 1951.

límite claro al ejercicio de derechos: no pueden “perjudicar a la comunidad”, retomando la noción de solidaridad social o armonía de la comunidad. El mismo texto, sin embargo, contiene una cláusula que puede leerse como base para una interpretación protectora de los trabajadores: los derechos no pueden dar lugar, según el artículo, “a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre”.

3.2.3. Una nueva versión del constitucionalismo social: la reforma de 1957

El gobierno surgido del golpe de Estado de 1955 derogó por proclama⁵¹ la Constitución de 1949. Posteriormente, convocó a un proceso de reforma, sin cumplir los requisitos fijados en el art. 30 de la CN⁵². Se hizo a través de un decreto presidencial⁵³, sin contar con la votación en el Congreso, que se hallaba disuelto. La legitimidad del procedimiento también quedó viciada por la proscripción del Partido Peronista, en virtud del decreto 4161⁵⁴; se registró un 24,3% de votos en blanco; esa cifra superó a los porcentajes obtenidos por los partidos mayoritarios⁵⁵. Pese a estos vicios de origen, esta reforma quedó consagrada⁵⁶ en el texto, aunque su vigencia en los hechos siempre ha enfrentado dificultades⁵⁷.

Los derechos consagrados

La Convención incorpora un nuevo artículo (hoy denominado 14 *bis*), que contiene los derechos del trabajador y de los gremios,

51 La proclama se dictó el 27 de abril de 1956; véase Sagüés, 1999: I, 219.

52 Quiroga Lavié, 2000: 82.

53 Dec. 3838, del 12 de abril de 1957.

54 Emitido el 5 de marzo de 1956 (*BO*, 9 de marzo de 1956).

55 UCR del Pueblo: 24, 2%; UCR Intransigente: 21,2%. Véase Graham-Yooll, 1989: 25; Rodríguez Lamas, 1985: 90-91.

56 La Corte Suprema decidió no pronunciarse sobre objeciones a la incorporación del art. 14 bis fundadas en incumplimientos del reglamento interno de la convención; así lo resolvió la mayoría del tribunal en “Soria” (1963).

57 Gelli señala que se fue convirtiendo en una “formulación normativa cada vez más ajena a la realidad”, véase Gelli, 2005: 155.

y regula la seguridad social⁵⁸; no hace distinción entre ciudadanos y extranjeros, de modo que resulta aplicable, como el art. 14, a todos los “habitantes”⁵⁹. También se destacó en el debate que la enumeración de derechos no es “taxativa” y que no se consideró adecuado incorporar una declaración de “deberes”⁶⁰.

El primer párrafo del art. 14 *bis* establece la “protección de las leyes” al “trabajo en sus diversas formas”. De esta manera, según ha señalado la Corte Suprema, se establece una tutela constitucional preferente sobre el trabajador⁶¹, lo que también se conoce como “principio protectorio”⁶². La legislación deberá regular las condiciones de trabajo (“dignas y equitativas”⁶³, con “jornada limitada” y “descanso y vacaciones pagados”), como así también asegurar una “retribución justa” (nunca inferior al “salario mínimo vital móvil”), respetando el principio de “igual remuneración por igual tarea”. Las

58 Badeni sostiene que en el art. 14 *bis* se utilizó una técnica constitucional “sumamente defectuosa y confusa” y que muchos de los principios incorporados en esa norma “ya estaban implícitamente establecidos” en la Constitución de 1853/1860; véase Badeni, 1997: 486. El convencional Palacios (PS) afirmó en la Convención que la legislación social había podido hacerse en el marco de la Constitución originaria; véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1266. Sin embargo, el también socialista Martella afirmó que la necesidad de los nuevos derechos sociales se evidenciaba en su inclusión en la DUDH, aprobada por “los pueblos civilizados”; véase *idem*, II, 1243. El conservador cordobés Aguirre Cámara destacó que las “cláusulas sobrias, previsoras y flexibles” de la Constitución de 1853 permitieron los derechos sociales; pero a la vez sostuvo que en ocasión de una reforma “no puede la Asamblea dejar de incluir en el texto de la Carta histórica algunos de los principios más básicos, de sentido orientador en materia laboral [...] porque ésa es la orientación, desde hace mucho tiempo, en el mundo contemporáneo” y porque estas nuevas cláusulas “tendrán eficacia. No serán inútiles. No serán simples enunciados verbales”; véase *idem*, II, 1278-1279.

59 Se destaca este aspecto en Jaureguiberry, 1957: 28, 31; véase también *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1219.

60 *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1220-1221.

61 “Vizzoti” (2004), considerando 8. La misma postura en “Rossi” (2009), voto de la mayoría, considerando 4. El trabajador se definió en el informe por mayoría de la Convención como “la parte más débil de la contratación” laboral; véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1224.

62 Véase “Milone” (2004), voto de la mayoría, considerando 6.

63 El miembro informante por la mayoría, Jaureguiberry (UCRP), sostuvo que la cláusula reflejaba las fórmulas de la OIT, “a la cual le debemos acatamiento”; véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1335.

leyes garantizarán la “participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección”⁶⁴. La tranquilidad del trabajador se afianza mediante “protección contra el despido arbitrario”, que avanza un paso más allá en el caso del empleado público, al que se garantiza “estabilidad”⁶⁵. El trabajador puede defender sus intereses a través de la “organización sindical libre y democrática”. Por medio de estas cláusulas, el trabajo pierde su carácter de mercancía sujeta únicamente a la oferta y la demanda⁶⁶. Los derechos de los gremios⁶⁷ también se presentan de modo indirecto, como garantías (de celebrar convenios, por ejemplo). Se les reconoce explícitamente el derecho de huelga⁶⁸ y se adoptan también garantías para los representantes gremiales⁶⁹.

64 Cayuso admite el carácter “fuertemente polémico” de la norma, y sostiene que se relaciona con “sistemas económicos estables y con gran nivel de desarrollo”; aquí resulta difícil entender esta restricción, ya que las ganancias y los trabajadores existen en casi todo sistema económico, desarrollado o no; véase Cayuso, 2006: 82.

65 Un tema “complejo y conflictivo”, según se lo define en Cayuso, 2006: 84, aunque no se aportan las razones para considerarlo así.

66 Sagüés, 1999: II, 654; Ekmekdjian, 1994: II, 21. La Corte ha señalado en años recientes que “el trabajo humano no constituye una mercancía”; véase “Vizzoti” (2004), considerando 11.

67 Sagüés entiende que para la Constitución, gremio y sindicato son sinónimos; véase Sagüés, 1999: II, 671. Sin embargo, el artículo utiliza estas dos palabras distintas, y es razonable suponer que hay alguna diferencia entre ambas. Quiroga Lavié, por ejemplo, sostiene que el gremio abarca a todos los trabajadores de una determinada rama, y los sindicatos son grupos políticos dentro de ese gremio. En la Convención, se impuso el concepto de “gremio” como conjunto de trabajadores, véase la intervención del convencional Bravo en *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1457.

68 Una postura minoritaria, expresada por el convencional Bravo, favorecía reconocer el derecho de huelga como derecho de los trabajadores, agremiados o no; el mismo convencional afirma que el artículo legitima las huelgas de solidaridad; *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1228-1229; véase también Jaureguiberry, 1957: 57.

69 La Corte amplió estas garantías a representantes que no integren el sindicato con personería gremial; véase, por ejemplo, “Rossi” (2009). En su informe por mayoría, el convencional Bravo sostuvo que estas “inmunidades” (el término se reemplazó luego por “garantías”) incluían el llamado “fuero sindical” que también impedía el arresto o la “demora” de los representantes gremiales; véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1229-1230. Según el convencional, de esa forma el Estado no tomaba parte en el conflicto favoreciendo a una de las partes.

Por último, el art. 14 *bis* establece un sistema de seguridad social “integral e irrenunciable”⁷⁰. Las normas deben establecer “un seguro social obligatorio”, además de “jubilaciones y pensiones móviles”. También debe protegerse de modo “integral” a la familia⁷¹, a través de compensaciones económicas y la defensa del bien de familia. El “acceso a una vivienda digna” constituye otra exigencia de esta norma⁷².

A diferencia de la reforma de 1949, la mayoría de las cláusulas no adoptan la forma de derechos explicitados bajo esa denominación, pero la responsabilidad del Estado aparece con mayor claridad (al menos en el ámbito de la seguridad social). El derecho de huelga, formulado como tal, representa un avance claro respecto de 1949. No hay condicionamientos morales para acceder a la seguridad social, ni se subordinan específicamente estos derechos al bien común. No se incorporaron garantías judiciales explícitas para los derechos reconocidos, aunque en el despacho por mayoría se incluía un nuevo artículo (para ser ubicado a continuación del art. 18) que creaba el amparo judicial contra actos u omisiones de autoridad pública o de particulares que implicaran una “privación, restricción o amenaza” contra derechos individuales consagrados en la Constitución⁷³.

70 El miembro informante, Giordano Echevoyen (UCRP), reconoció la inspiración dada por numerosos precedentes, incluyendo el Informe Beveridge (Gran Bretaña, 1942); sostuvo la necesidad de “normas precisas de protección de la persona humana, que vayan desde el momento de la concepción hasta más allá de su propia muerte”, reemplazando el “concepto primitivo de la caridad [...] por un verdadero derecho que [...] [va] al fondo de los problemas”; véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1232-1233.

71 En opinión de Gelli, esto abarca a la familia con matrimonio o sin él; véase Gelli, 2005: 175; la misma postura en Zarini, 1996: 77. Quiroga Lavié, aunque acuerda con esta postura, afirma que la jurisprudencia de la Corte ha privilegiado la familia formalmente constituida; véase Quiroga Lavié, 2000: 98.

72 El convencional Bravo relata en su informe por mayoría que un grupo de personas habitantes de “viviendas misérrimas, de cartón y lata [...] entre aguas estancadas”, ubicadas cerca de establecimientos industriales, “llegaron al seno de la Subcomisión de Asuntos Sociales [de la Convención] pidiendo paz y protección para su vida desesperada”; véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1231-1232.

73 El texto completo del artículo, en *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1019-1020. Cabe recordar que aún la Corte no había dictado su decisión en “Siri” (1957), que tuvo lugar un mes después del fin de la Convención.

3.2.4. La reforma de 1994: nuevos derechos sociales y nuevas vías de exigibilidad

En 1994 se amplió el catálogo de derechos sociales, dentro de una reforma que tuvo un amplio alcance⁷⁴. En general, puede decirse que el refuerzo de los derechos sociales resultó, como veremos, del cruce entre la incorporación de tratados internacionales y la adopción de garantías judiciales expresas.

Los derechos consagrados

La reforma incluyó nuevas políticas activas y algunos intérpretes derivan de ellas derechos implícitos. Cabe destacar el inciso 19 del art. 75; Dalla Vía nombra a este inciso como “cláusula del nuevo progreso”, siguiendo la denominación dada al inciso 18 (ex 67 inc. 16), y lo define como el “núcleo ideológico” de la reforma.⁷⁵ En lo que interesa a los derechos sociales, allí se establece que corresponde al Congreso “[p]roveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, [...] a la formación profesional de los trabajadores [...]”. Según el mismo inciso 19, corresponde al Congreso legislar en materia educativa asegurando “la responsabilidad indelegable del Estado” y “los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal”. El inciso 23, en cambio, alude a “un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. También se habilita al Congreso a adoptar “medidas de acción positiva” para garantizar “la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos” reconocidos por la CN y tratados de igual jerarquía, “en particular

74 Según Dalla Vía, esta reforma estuvo influida por las experiencias del constitucionalismo europeo de posguerra, especialmente por la Constitución española de 1978; véase Dalla Vía, 2006: 126.

75 Dalla Vía, 2006: 125, 369.

respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

De este conjunto normativo pueden deducirse derechos a la formación profesional (en el caso de los trabajadores), a la educación pública estatal gratuita y equitativa, a gozar de un régimen de seguridad social e integración (en el caso del niño y de la madre durante el período determinado).

Los derechos formulados como tales provienen de los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional y “en las condiciones de su vigencia”, a través del art. 75 inc. 22⁷⁶. Estas “condiciones” incluyen las decisiones y opiniones consultivas de organismos internacionales, tal como analizamos en el apartado 6.7.1. El PDESC constituye, por cierto, el instrumento más destacable en materia de derechos sociales. Otros tratados de igual jerarquía, además, contienen cláusulas que pueden considerarse derechos sociales. Así, por ejemplo, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) incorpora el “derecho a la protección de la salud [...] en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción” (art. 11.1.f). La Convención de los Derechos del Niño (CDN) establece el derecho de toda persona menor de 18 años a “estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que puede ser peligroso o entorpecer su educación [...]” (art. 32). La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) garantiza, en su art. 25, el derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vivienda, vestido, asistencia médica y servicios sociales.

76 Esta cláusula despertó resistencias en la convención reformadora. Se señalaba que de esta manera se estaba alterando la pirámide normativa definida en el art. 31, y que ello violentaba la prohibición de modificar la primera parte de la Constitución (art. 6, ley 24.309). A favor de este nuevo inciso se argumentó que el art. 31 no establecía jerarquías entre la Constitución y los tratados, de modo que la reforma solamente introducía distinciones que el constituyente del siglo XIX no había prohibido. Véase Quiroga Lavié, 2000: 482.

Se trata de derechos constitucionales por su jerarquía. Esto significa que para modificarlos o eliminarlos, es necesaria una reforma constitucional, siguiendo el procedimiento del art. 30. Existe una vía adicional de derogación (pero no de modificación). Consiste en la denuncia del tratado⁷⁷, previa aprobación de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tal como se prevé en el art. 75 inc. 22⁷⁸.

Sin embargo, estos derechos sociales parecen tener una incorporación lenta al debate constitucional⁷⁹. En muchos casos, el tratamiento doctrinario no los incluye junto al art. 14 *bis* ni los pone en juego con los demás preceptos de la ley suprema de modo sistemático. La jurisprudencia de la Corte, en cambio, suele tratar los derechos sociales analizando también los contenidos de los tratados con jerarquía constitucional⁸⁰.

77 Quiroga Lavié señala que la iniciativa exclusiva en este aspecto corresponde al Ejecutivo, mientras que en los demás tratados comunes y de integración el Congreso puede dar comienzo al trámite; véase Quiroga Lavié, 2000: 486-487.

78 Aquí cabe señalar que Sola parece dar a los tratados incluidos con jerarquía constitucional la misma jerarquía que la de los tratados comunes; sostiene que la enumeración del art. 75 inc. 22 tiene “un importante fin didáctico”, esto es, que sirve sólo para que “textos en gran medida ignorados por la opinión pública [sean] ahora de lectura habitual”; véase Sola, 2006: 300. Discrepamos completamente con esta posible lectura del art. 75 inc. 22. En general, seguimos la postura mayoritaria que entiende que la reforma de 1994 introdujo una distinción entre los tratados internacionales, tal como exponemos en los apartados 6.7.1 y 7.5.6.

79 Según Gargarella, debe estudiarse con detenimiento el proceso por el que una constitución de un modelo liberal-conservador (por ejemplo) incorpora derechos sociales. En cierta forma, la incompatibilidad entre el tronco original y los injertos crean ciertas dudas sobre el desarrollo ulterior de las reformas; véase Gargarella, 2011: 1539 y ss.

80 A modo de ejemplo, véanse “Vizzoti” (2004), considerando 8, donde se habla de la protección contra el despido arbitrario como “un derecho humano”, y el considerando 10; “Rossi” (2009), voto de la mayoría, considerando 3; “Milone” (2004), voto de la mayoría, considerando 6; “Gentini” (2008), voto de la mayoría, considerando 10; “Campodónico” (2000), voto de la mayoría, considerando 17; “Reyes Aguilera” (2007), voto de la mayoría, considerando 3; “UNC” (1999), voto de la mayoría, considerando 20; “UNLP” (2008), voto de la mayoría, considerando 14.

La reforma de 1994 incorporó vías de exigibilidad judicial de derechos⁸¹. El art. 43 estableció el amparo como “acción expedita y rápida” en defensa de derechos contenidos en la Constitución, en un tratado⁸² o en una ley. De esta forma, la ampliación del catálogo se volvió más relevante, al contar las personas con modalidades de acción, incluso ante la Justicia. En ciertos casos, también pueden iniciar un amparo las asociaciones y el Defensor del Pueblo.

Sin embargo, este posible aumento del poder de la magistratura se dio al mismo tiempo que el aumento de las facultades formales del Poder Ejecutivo. La reforma le dio al Presidente facultades de legislación, a través de los decretos de necesidad y urgencia (CN, 99 inc. 3), la legislación delegada (CN, 76) y la posibilidad del veto parcial de leyes (CN, 80). También se aumentó la legitimidad democrática del Ejecutivo mediante la elección popular directa (CN, 94), con la posibilidad de renovar su mandato por un período más (CN, 90). De esta forma, se fortaleció la figura presidencial, más allá de la creación de figuras como el Jefe de Gabinete (CN, 100), cuya designación y remoción siguen en manos del Presidente, aunque el Congreso puede censurarlo o destituirlo (CN, 101).

En síntesis, la reforma de 1994 significó una ampliación del catálogo de derechos sociales, la incorporación de fuentes especiales para su interpretación (las “condiciones de su vigencia”), la posibilidad de la exigibilidad judicial, pero en paralelo con la ampliación de las facultades y legitimidad del Ejecutivo.

81 A diferencia de la reforma de 1949, el modelo económico no quedó como garantía principal de los derechos sociales. Tal como se había planeado en 1957, se incluyeron los mecanismos judiciales.

82 Al no hacer precisiones en contrario, se abarca a todos los tratados internacionales, tengan o no jerarquía constitucional. Esta interpretación tiene lógica, ya que los tratados comunes (y también los de integración, regulados en el art. 75 inc. 24 de la CN) tienen rango superior a las leyes. Si los derechos contenidos en leyes son materia de amparo, también lo son –*a fortiori*– los de normas más elevadas en rango. Véase Quiroga Lavié, 2000: 244-245.

3.2.5. *La tendencia histórica*

A partir de esta revisión, vemos la progresiva ampliación del campo de los derechos en la CN, potenciando las dimensiones pública y privada de la autonomía. La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos alimenta ambas áreas de la autonomía, reconocida igualitariamente. Estos tratados pueden mostrarse como una versión histórica concreta y amplia del sistema de derechos contenido en la propuesta de Habermas. Bajo esta forma, la CN va más allá de los supuestos del paradigma liberal, al reconocer la importancia de las condiciones materiales de vida. Así queda explicitado, por ejemplo, en el preámbulo del PDESC, que establece el ideal del hombre libre de miseria. Los derechos sociales incorporados aseguran, junto al resto de los derechos, la autonomía en sentido amplio que Habermas señala como base del modelo de democracia deliberativa. Lo hacen en un marco nuevo, que exige nuevos instrumentos de protección, como señalamos en el apartado 2.5.8.

El art. 19 ya había fijado, desde 1853, la defensa de la autonomía privada, a través de las herramientas de liberalismo constitucional. La dimensión pública se refuerza hoy a través de las instituciones participativas incorporadas en 1994, tales como el voto obligatorio (art. 37), la consulta popular (art. 40) y la iniciativa popular (art. 39). También el énfasis dado a los partidos políticos como “instituciones fundamentales del sistema democrático”, que además cuentan con apoyo financiero estatal (art. 38), supone una esfera pública compuesta por instituciones que exceden lo individual y que van más allá del compromiso de intereses privados. Cabe destacar que la “democracia” es consagrada no sólo como sistema (art. 38), sino como un valor a preservar (art. 36) aun ejerciendo un “derecho de resistencia”. En otras palabras: se ha ido más allá de un modelo liberal de ciudadanía no politizada. Pero el pluralismo de valores y hasta de culturas⁸³ impide tomar como base un modelo republicano o comunitario de democracia. La deliberación pública

83 Como queda expresado en CN, 75 inc. 17.

se ha mantenido y ampliado a partir de la reforma. La libertad de prensa, consagrada ya en 1853, se ha visto fortalecida con las nuevas cláusulas fijadas en los tratados de derechos humanos incorporados; el derecho de réplica (CADH, 14), por ejemplo, fomenta el debate en los medios de comunicación, al abrir un foro para quien resulte aludido por las publicaciones. La Constitución actual “se encuentra comprometida con formas mucho más exigentes de democracia”⁸⁴, y reconoce este sistema de derechos bajo el principio de la “igualdad real” (CN, 75 inc. 23).

Por supuesto, la constitución vigente no llena las características de una democracia deliberativa completa. En la sección 9.5, señalamos algunos aspectos (especialmente en la parte orgánica) que debilitan el componente deliberativo de nuestro sistema. Sin embargo, nos interesa señalar que ya no podemos ubicar nuestro sistema en el marco liberal. Por ello, el modelo deliberativo nos provee una clave de justificación y una luz para la mejor interpretación del orden constitucional existente.

En cuanto a la modalidad de incorporación de los derechos sociales, el constituyente argentino eligió superar el texto de 1853/60 y dar paso al constitucionalismo social. Los derechos sociales ingresaron a la CN centralmente como derechos y, en menor medida, como directrices, pero con exigibilidad baja (1949) o discutida (1957). A partir de 1994, en cambio, se incorporaron, predominantemente, derechos⁸⁵.

En cuanto al efecto, parece haber acuerdo sobre el efecto vertical y horizontal de los derechos constitucionales (e incluso de los derivados de un tratado y de una ley). La Constitución de 1853/1860 no contenía una cláusula específica sobre efecto de los derechos. En 1957, la incorporación del art. 14 *bis* dio cabida, por ejemplo, a un “derecho de huelga” previsto también contra particulares. La jurisprudencia argentina incorporó el efecto horizontal a partir del

84 Gargarella, 2006: 44.

85 Cayuso afirma que se los incorporó “en razón de su entidad propia y fines especiales, y respondiendo a demandas universales”; véase Cayuso, 2006: 78.

caso “Kot” (1958), donde extendió la garantía del amparo para hacerla aplicable a actos de particulares. La reforma de 1994 incorporó este principio en el art. 43, y los tratados de derechos humanos que recibieron jerarquía constitucional cuentan con derechos de efecto horizontal⁸⁶. A partir del art. 43, podemos concluir que todos los derechos constitucionales tienen ese efecto. Si la garantía procede contra particulares, es porque el derecho garantizado también resulta oponible a ellos.

Hemos visto hasta aquí que la CN incluye derechos sociales predominantemente bajo la forma de derechos, y con poca diferenciación respecto de los civiles y políticos. Por lo tanto, no parece haber razones jurídicas para darles menor valor, tolerar sus violaciones o aceptar sin protestas la inobservancia general de sus contenidos. Para afirmar fundadamente que nada justifica el incumplimiento de los derechos sociales, deberemos revisar y criticar los argumentos que la doctrina tradicional viene ofreciendo en defensa de la situación actual.

86 A modo de ejemplo, puede tomarse el art. 8.d del PDESC, que garantiza, entre otros derechos, “las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”, sin distinguir entre empleadores públicos o privados.

CAPÍTULO 4
**LA COMPARACIÓN CON LOS
DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

4.1. La falta de diferencias jurídicas entre derechos sociales y derechos civiles y políticos

Entramos aquí a considerar los diversos argumentos utilizados para negar a los DESC vigencia plena y para justificar, a su vez, la omisión de su cumplimiento. Debemos iniciar la tarea con una noción central en el esfuerzo por quitar valor a los derechos sociales. Se trata de la idea de que entre estos y los derechos civiles y políticos existen diferencias esenciales. Es una manera de intentar disociar o dividir el sistema de derechos que Habermas coloca en el centro de su modelo de democracia deliberativa. Así, se intenta que algunos de esos derechos tengan más legitimidad o mayor justificación que los otros.

Estas supuestas diferencias, a su turno, justifican el trato diferencial dado a los derechos sociales. En otras palabras: según el planteo tradicional, la libertad de prensa es un derecho y el derecho a la vivienda también; pero ambos difieren en aspectos cruciales. Ello entonces permitiría entender por qué la primera recibe protecciones y defensas, mientras que el segundo permanece incumplido.

A continuación, revisamos los varios intentos por señalar la distancia que separa a los derechos sociales de los derechos civiles y políticos. Empezamos por la más formal y obvia, pero a su vez, la más débil: (4.2) la diferencia textual. Luego analizamos (4.3) la diferencia filosófica, (4.4) la diferencia histórica, (4.5) la diferencia de estructura y por último (4.6) la diferencia en impacto presupes-

tario. Como síntesis, adelantamos que llegaremos a la conclusión de que tales diferencias no son relevantes, y en los casos en que tienen alguna entidad, tampoco justifican un trato diferenciado hacia los derechos sociales.

4.2. La diferencia textual

Quienes se apoyan en esta diferencia, señalan que los DESC recibieron consagración en un instrumento separado del que contiene los derechos civiles y políticos. En efecto: si bien el PDESC y el PDCP se adoptaron el mismo día (16 de diciembre de 1966) a través de la misma resolución de la Asamblea General de NU, A 2200 (XXI), lo cierto es que ambos documentos se redactaron como cuerpos separados. Algunos derivan de esta situación la conclusión de que cada grupo de derechos representa una especie distinta.

A esto respondemos que la diferencia tiene raíces históricas, tales como la rivalidad entre los bloques capitalista y socialista durante la llamada Guerra Fría, cuyo tratamiento excede los alcances de este trabajo. Sin embargo, tampoco en el plano del derecho internacional público la consagración en dos instrumentos distintos permite inferir ninguna diferencia jerárquica entre ambos grupos de derechos¹. De todas formas, aquí nos concentraremos en la relevancia de este argumento en el plano constitucional argentino.

Al entrar en nuestro sistema, y tomando en su conjunto a la CN y los instrumentos de su misma jerarquía, la separación resulta irrelevante. En efecto: el art. 75 inc. 22 consagra un conjunto de instrumentos, dándoles el mismo rango (incluyendo ambos Pactos). Los textos enumerados incluyen la DUDH, que contiene derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin hacer distinciones dentro de su texto. Esta consagración integral priva de consecuencias a la separación de textos llevada adelante al redactar los Pactos. Si un instrumento de jerarquía constitucional (la DUDH) no establece diferencias, ello se suma a la circunstancia de que am-

¹ Díez de Velasco, 2005: 639.

Los Pactos se aprobaron conjuntamente a través de un solo y mismo acto de la Asamblea General de NU. Es decir, la clave de interpretación es integradora y no divisora de los derechos. Por otra parte, la supuesta diferenciación se contradice al ver que la CN consagra los derechos sociales en un artículo (14 *bis*) incluido en la misma primera parte (“Declaraciones, derechos y garantías”) donde se hallan los derechos civiles (arts. 14 y 20, por ejemplo) y políticos (art. 37). En conclusión, no pueden introducirse diferencias entre los distintos instrumentos dotados de jerarquía constitucional, porque ello significaría apartarse de la modalidad establecida en el resto del cuerpo. De seguir la postura que criticamos, los derechos de la mujer serían de una especie distinta, porque existe una Convención que los reconoce; lo mismo ocurriría con los derechos del niño. Resulta absurdo suponer que alguien atribuiría un valor diverso a los derechos humanos, precisamente, por quien fuera su titular.

Algunos señalan otra diferencia derivada de los Pactos: el PDCP incluye el derecho a un recurso efectivo (art. 2.3), ausente en el PDESC. Si bien esta distinción tiene base textual, la Constitución argentina la vuelve irrelevante. En efecto: la CN crea un mecanismo común de exigibilidad en el art. 43. El amparo se prevé para todos los derechos y garantías “reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley” (art. 43, 1er. párr.).

En síntesis, las diferencias textuales derivadas de la adopción de dos pactos no pueden tener consecuencias jurídicas debido a la inclusión de ambos Pactos en el conjunto integrado por la Constitución y los instrumentos de igual jerarquía².

2 Un planteo menos audible intentaba debilitar los derechos sociales señalando que el art. 14 *bis* está redactado en tiempo verbal de futuro imperfecto del modo indicativo (las leyes “asegurarán al trabajador”, o la seguridad social “tendrá el carácter de integral e irrenunciable”, entre otras cláusulas). Según este argumento, el empleo del futuro daba la pauta de que su realización podía diferirse, o de que constituían normas programáticas, a las que analizamos en la sección 5.1. Hoy, por supuesto, este esquema no resulta viable, ya que el PDESC emplea el tiempo presente en su redacción. Sin embargo, tampoco tenía valor antes de la reforma de 1994. En efecto: otras cláusulas de la CN están formuladas en futuro imperfecto, y nadie deriva de ello la posibilidad de postergar su puesta en práctica. A modo de ejemplo (en cada

4.3. La diferencia filosófica

Según este planteo, los derechos sociales no pueden tomar la forma de derechos individuales subjetivos exigibles (por ejemplo, ante un juez). La razón es que los derechos sociales se basan en el principio de la solidaridad y provienen del ideario comunitario y socialista. Por ello, resulta una contradicción en los términos postular la existencia de derechos sociales que sean a la vez exigibles a título individual. Tal exigibilidad destruye la solidaridad, porque el individuo estaría enfrentándose (con su reclamo) a la comunidad, desentendiéndose del bienestar de los demás y concentrándose sólo en la situación propia. Este ingenioso argumento ha sido expuesto por Fernando Atria³.

Como consecuencia de este planteo, Atria propone negar la exigibilidad individual de los derechos sociales. En cambio, aconseja tomarlos sólo como derechos en un “sentido político”⁴. Esto significa que un derecho puede simplemente expresar la idea de que la comunidad considera “*especialmente importantes*”⁵ a ciertos bienes. Ellos pueden ser asegurados de muchas formas; no sólo, insiste

caso el énfasis es agregado): “Un Congreso compuesto de dos Cámaras [...] será investido del Poder Legislativo de la Nación” (CN, 44); “[...] Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley [...]” (CN, 19); “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta [...]” (CN, 32); “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (CN, 28). No se usa el tiempo futuro porque se trate de prohibiciones (hay otras en tiempo presente, como en CN, 22 y 29). Dicho de otra forma: quien sostenga la inaplicabilidad presente de los derechos sociales sobre esta base textual, debe a la vez postergar la instalación del Congreso, la vigencia del principio de legalidad, la protección de la libertad de prensa y la aplicación del principio de razonabilidad. Por otra parte, la Corte Suprema ha destacado el uso del tiempo futuro como expresión del “carácter forzoso e inevitable” de las garantías previstas en el art. 14 bis. Así lo señaló al describir las protecciones dadas a los representantes gremiales; véase “Rossi” (2009), voto de la mayoría, considerando 4. En el mismo sentido, Montoro Gil, 2007: 57.

3 Véanse Atria, 2004 y Atria, 2004b.

4 Atria, 2004: 33.

5 Énfasis en el original.

Atria, a través de un derecho subjetivo. Por ejemplo, Atria señala que la declaración de derechos constituye “un acto performativo, cuyo sentido es cambiar el mundo al declararlo cambiado”. De esta forma, intenta rescatar el valor de una declaración que no fuera entendida en términos de derechos subjetivos. Insiste en que antes “la política gozaba de cierta prioridad frente al derecho”. El positivismo apuntaba a sujetar a los jueces: es decir, se afirmaba la “prioridad de la política (el derecho como voluntad, no como razón) sobre la razón artificial del derecho”. Mientras tanto, hoy “se nos invita a celebrar la sujeción de la política al derecho”; Atria denomina “legalismo” a la postura en la que el derecho “estructura, limita y ordena el conflicto político”⁶. Esta objeción de Atria se emparenta con uno de los argumentos contrarios a la intervención judicial en la materia, al que analizamos en la sección 9.3. Por ahora basta afirmar que el “legalismo” denunciado se parece mucho al concepto de supremacía constitucional, un elemento ya presente en la Constitución estadounidense de 1787 (art. VI) y cuya garantía judicial sugirió en 1803; no parece ser un desarrollo reciente o contemporáneo.

De modo que Atria no parece rechazar la inclusión de derechos sociales en una constitución; simplemente aconseja interpretarlos en un carácter “declarativo” y no exigible; en otra parte de su trabajo, favorece tomarlos como normas programáticas⁷. Se revisa esta idea (y sus argumentos) al tratar la cuestión de la programaticidad en la sección 5.1.

Dificultades del planteo de Atria

Este planteo merece algunas objeciones. La primera es que los derechos (sociales o de cualquier clase) no están atados a su origen histórico. Así, Gargarella responde a Atria que los derechos, como muchas otras creaciones humanas, tomaron vida propia, más allá del momento histórico y las razones concretas que los originaron;

⁶ Atria, 2004: 34-36.

⁷ Atria, 2004b: 152-153.

ello ocurrió por su pretensión universalista y su indeterminación interpretativa⁸. Por lo tanto, los derechos sociales, tal como están en la Constitución, pueden ser aplicados en el marco de ese sistema, y según los fundamentos filosóficos y políticos compatibles con esa ley suprema, siguiendo los cánones interpretativos vigentes. Lo mismo podría decirse de derechos civiles y políticos: la igualdad ante la ley que pudo haber surgido como protección de los burgueses frente a la nobleza, luego sirvió para exigir el voto para la mujer y hoy se invoca para garantizar el derecho al reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo⁹.

La segunda objeción es que los derechos subjetivos no necesariamente están animados por el egoísmo o la falta de solidaridad¹⁰. Para Atria, una política basada en derechos subjetivos implica rechazar la idea de una comunidad basada en “solidaridad y reciprocidad”¹¹, ya que el ser humano aparece “primariamente [como] portador de derechos en contra de la comunidad”¹². Aquí cabe recordar el planteo de Habermas: los derechos no se tienen contra la comunidad, sino que los integrantes de esa comunidad se los reconocen mutuamente para la vida en común y la toma legítima de decisiones. Se hacen inevitables en sociedades complejas, donde ya la solidaridad

8 Gargarella, 2004: 62-63.

9 Por otra parte, cabe cuestionar la descripción que Atria ofrece sobre el socialismo. En su planteo, el socialismo parece definirse a partir de la solidaridad. Parece una versión demasiado simple de un movimiento político que mostró, a lo largo de ciento cincuenta años, una multitud de variantes teóricas y encarnaciones prácticas. Gargarella señala que en su análisis de la relación entre socialismo y sistema jurídico, Atria ofrece una versión “más simplista que sintética”; véase Gargarella, 2004: 63. Además, el texto de Atria ofrece pocas citas tomadas de fuentes del pensamiento socialista; hay una breve cita de *La Internacional* y otra de un panfleto firmado por Marx; en la bibliografía se incluyen una obra de Marx (*Crítica del programa de Gotha*), una edición de los *Grundrisse* a cargo de David McLellan, la obra de E. Pashukanis (*Law and Marxism: a general theory*) y dos textos sobre socialismo de Gerald A. Cohen. Parece insuficiente para justificar una definición tan acotada del socialismo, centrada en la “solidaridad” como único principio determinante.

10 En un sentido similar, Cruz Parceró, 2004: 79.

11 Atria, 2004: 52.

12 Atria, 2004b: 176.

como base moral del comportamiento colectivo no puede darse por supuesta. Además, el derecho subjetivo puede cumplir otro papel. En efecto: puede servir, precisamente, como instrumento para los casos en que la solidaridad (aun en el “socialismo”) no alcanzara a garantizar una vida digna para todos. Puede ser útil cuando (aun en el “socialismo”) un individuo vulnera la integridad o la dignidad de otro. El derecho puede verse como un instrumento (no el único, ni necesariamente el mejor) para situaciones de falta de solidaridad suficiente.

Pero cabe otra precisión más. El argumento de Atria permitiría, quizá, rechazar la existencia de derechos sociales subjetivos en un hipotético “socialismo” solidario y sin conflictos entre personas. En tal escenario, por supuesto, también deberían rechazarse los derechos políticos y civiles, que también resultarían innecesarios. Sin embargo, la propuesta de Atria resulta inadecuada para cuestionar la adopción y defensa de derechos sociales aquí y ahora. En efecto: el derecho a la jornada limitada (por ejemplo) no es un derecho “contra la comunidad”, sino —en todo caso— contra un empleador; el derecho a la salud no es “contra la comunidad”, sino contra el orden actual, la conducta del gobierno o las políticas de salud que niegan salud (en los hechos, o incluso en lo formal) a grupos de personas. En otras palabras: ese derecho subjetivo a la salud no va contra la comunidad sino contra el sector social dominante que conduce el Estado. No puede darse por supuesta la representatividad de los funcionarios, ni que su comportamiento será siempre un reflejo fiel de la voluntad popular. Atria parece caer en la trampa de la ideología: entiende los intereses de ese sector dominante como los de la comunidad.

En síntesis, los derechos subjetivos no equivalen a herramientas de egoísmo, sino a instrumentos para satisfacer ciertas necesidades humanas o defender la autonomía de los sujetos, que —bajo distintos sistemas y especialmente en el actual— sufren amenazas y restricciones. No se utilizan necesariamente contra “la comunidad”, sino contra algunos de sus miembros: aquellos que vulneran la auto-

nomía o impiden la satisfacción de esas necesidades. Por otra parte, aun aceptando que los derechos subjetivos siempre fueran vehículo de acciones antisolidarias, ello debería llevar a Atria a rechazar también muchos derechos civiles y políticos. Por ejemplo, no sería aceptable defender la libertad de expresión que afectara el honor o la sensibilidad de un grupo político o religioso, o bien de la comunidad entera. Tampoco podría admitirse un derecho al debido proceso que dejara impunes a criminales de lesa humanidad. Sin embargo, Atria no extrae esa conclusión; su preocupación por el bienestar comunitario se circunscribe a las materias regidas por los derechos sociales. No se comprende por qué una comunidad debería aceptar derechos antisolidarios o abiertamente egoístas (como parecerían ser los DCP) sólo porque su origen histórico supuestamente los justifica como tales.

La tercera observación es que el reconocimiento de derechos subjetivos exigibles no implica menospreciar la situación de los demás. Según Atria, conceder prestaciones de salud a un demandante implica despreocuparse de la suerte de los demás miembros de la comunidad; el bienestar de los demás se convierte en una mera “aspiraci[ón] comunitari[a]”, incapaz de vencer al derecho¹³. Sin embargo, la lectura del PDESC no deja dudas: se reconoce el derecho a “cada persona”, y ello no habilita al Estado a desentenderse del resto. El bienestar de todos no es una mera aspiración, sino otro derecho (y además, el resultado de la vigencia simultánea de los derechos de cada sujeto de la comunidad). No vale menos jurídicamente.

Como conclusión puede señalarse que el argumento de Atria resulta útil para poner en perspectiva los derechos sociales e impulsar criterios de interpretación conectados con la solidaridad o el disfrute colectivo de derechos, pero no alcanza a explicar por qué el supuesto origen filosófico de estos derechos los vuelve inexigibles, o no ejecutables, o condicionados a la solidaridad comunitaria. Tampoco logra establecer que los derechos sociales exigibles sólo constituyen instrumentos para acciones antisociales o anticomunitarias.

13 Atria, 2004: 46.

En suma, no alcanza a demostrar que estos derechos no cumplen la función que Habermas les reconoce y que comparten con los derechos civiles y políticos. Su presencia sigue siendo necesaria, entonces, en el sistema de derechos que el autor alemán coloca como base del modelo de democracia deliberativa.

4.4. La diferencia histórica

Otra forma de plantear la distinción entre derechos sociales y DCP se funda en el **diverso origen histórico de los derechos sociales**.

Se distinguen “generaciones de derechos”, que muchas veces se presentan enfrentadas o separadas radicalmente¹⁴. Aparentemente, la metáfora de las “generaciones” se basa en la sucesión histórica¹⁵.

En general se distinguen tres (o a veces más) “generaciones” de derechos: la de derechos civiles y políticos (“primera generación”), la de derechos sociales (“segunda”) y la referida a derechos al ambiente, a la paz o al desarrollo (“tercera”). Según Hutchinson, la primera, de derechos individuales, surge entre fines del siglo XVIII y principios del XIX, y llega a expresarse en la DUDH en 1948¹⁶. Sagüés afirma que estos derechos afirman los valores de la libertad, la propiedad y la seguridad, y se ejercen contra el Estado. La segunda generación incluye a los derechos sociales y económicos, surgidos en el período de entreguerras, y apuntan a resolver la llamada cuestión social, recurriendo a los valores de igualdad y solidaridad¹⁷. Hutchinson afirma que estos derechos se centran en el trabajo y la salud; regulan la relación entre el particular y el Estado, y no se aplican a las relaciones entre particulares¹⁸; Sagüés está en desacuerdo y sostiene

14 Como explica Martínez de Pisón, 1998: 74.

15 Aunque resulta discutible la exactitud del relato histórico invocado para fundar la división en generaciones; véase más abajo y también Martínez de Pisón, 1998: 74.

16 Hutchinson, 1999: 332-333. Una clasificación similar, en Sagüés, 1999: II, 295 y ss.

17 Sagüés, 1999: II, 295.

18 Hutchinson, 1999: 333-334. Esta idea resulta discutible, como se explica más abajo.

que también se emplean contra personas privadas, como los empleadores¹⁹. Quiroga Lavié sostiene que la “segunda generación” se distingue de la primera porque sus derechos no se refieren a propia conducta, sino a la de un tercero, el empleador o el Estado²⁰. Consideramos imprecisa esta distinción. Como veremos, los derechos llamados “de primera generación” también exigen conductas de terceros, incluyendo al Estado: así ocurre con el derecho a tener un abogado gratuito para defenderse en juicio (CADH, 8.2.e), o el derecho al sufragio (CN, 37). Por último, Hutchinson basa los derechos de tercera generación en la solidaridad. Un ejemplo puede hallarse en el derecho al ambiente, que excede las fronteras geográficas y los límites del presente para proyectarse hacia el futuro²¹. Sagüés, en cambio, los funda en la dignidad humana²². Cabe agregar que Quiroga Lavié introduce el concepto de derechos de “cuarta generación”, donde incluye al tercer párrafo del art. 14 *bis*, esto es, los derechos de la seguridad social²³. Aquí el autor claramente no se guía por criterios históricos (ya que la norma señalada se incorpora en 1957, antes de la supuesta “tercera” generación). El criterio, en cambio, es que se trata de derechos que no pertenecen a ninguna de las otras generaciones. Consideramos que esto muestra, precisamente, la futilidad de la clasificación “generacional” que estamos criticando.

A veces se aduce que cada generación tiene una jerarquía superior a la siguiente, de modo que un derecho de primera generación puede “valer más” que otro de segunda. O bien que los derechos de una generación sólo tienen vigencia cuando se ha cumplido la generación anterior. Así, por ejemplo, algunos pueden sostener que hasta que las libertades políticas no estén garantizadas, el derecho a la vivienda no resulta exigible.

19 Sagüés, 1999: II, 295, 305; se trata de lo analizado como “efecto horizontal” de los derechos en el apartado 3.1.3.

20 Quiroga Lavié, 2000: 83.

21 Hutchinson, 1999: 334-335.

22 Sagüés, 1999: II, 295.

23 Quiroga Lavié, 2000: 94.

Problemas de la división en “generaciones” de derechos

Sin embargo, este planteo no resulta apto para reconocer categorías discretas de derechos, ni para asignar un valor jurídico diverso a cada “generación”²⁴.

En primer lugar, porque las “generaciones” no tienen límites claros, y ello impide tomarlas como criterios para clasificar derechos²⁵. En el siglo XVIII, algunos documentos cruciales incluyen derechos que hoy podríamos denominar sociales. Así, por ejemplo, puede verse la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, que sirve de preámbulo a la Constitución francesa de aquel año²⁶. El artículo 21 de la declaración establece: “La asistencia social es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurándoles los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar”. El artículo 22 agrega: “La educación es necesidad de todos. La sociedad debe esforzarse al máximo para favorecer el progreso de la razón pública, y poner la educación pública al alcance de todos los ciudadanos”. En el caso argentino, como se señala en el apartado 3.2.1, también la Constitución de 1853 incluía el deber positivo de brindar educación primaria gratuita.

En segundo lugar, porque el momento histórico en que un derecho surge no determina su valor jurídico actual²⁷. La vigencia o

24 Bazán cuestiona la división de los derechos en generaciones e insiste en que ella no puede afectar la “unidad conceptual” de los derechos, derivada de la unidad de la dignidad humana, que este autor toma como concepto fundante; véase Bazán, 2007: parág. III.2.

25 Esta crítica, también señalada en Martínez de Pisón, 1998: 73.

26 La Declaración, votada por la Convención Nacional el 23 de junio de 1793, se incorporó como preámbulo a la Constitución francesa sancionada al día siguiente. El texto de la Declaración puede consultarse en: <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1793.htm#dec%20I>

27 Al mencionar los derechos de “tercera y cuarta generación”, Gelli sostiene que esta clasificación no es “en realidad significativa”, y responde “sólo al momento en que [...] [los derechos] se incorporaron”; véase Gelli, 2005: 73.

alcance de un derecho depende de su inserción en el orden jurídico. El origen histórico o la base filosófica, en cambio, sí pueden tener importancia al momento de la interpretación, pero a la luz del resto del ordenamiento vigente.

En el caso argentino, la Constitución no distingue “generaciones” de derechos. Un solo cuerpo normativo (la CN²⁸) incluye todas las posibles “generaciones” de derechos. La época de sanción no hace más o menos válida una parte del texto. Cada palabra de la Constitución, a partir de su publicación en el *Boletín Oficial*²⁹, tiene el mismo valor desde esa única fecha³⁰.

Esto se refuerza en virtud del criterio interpretativo integral de la Corte Suprema. Según nuestro tribunal máximo, debe hacerse una interpretación sistemática y orgánica del texto constitucional, tal como se explica en la sección 6.6. No puede entonces crearse una jerarquía entre cláusulas de acuerdo al momento de su adopción. Esto contradice la idea de una constitución flexible, es decir, la misma posibilidad de reforma. En efecto: cada modificación valdría menos que el texto original.

En síntesis, si bien pueden reconocerse etapas en el surgimiento de derechos (aunque de límites discutibles), ello no determina diferencias jurídicas relevantes entre ambos grupos de derechos.

4.5. La diferencia de estructura

En este planteo se afirma que la formulación usual de los DESC como “derechos positivos” o “de prestación” resulta contradictoria con la estructura general de los derechos.

28 Como se describe en los apartados 3.2.4 y 6.7.1, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional no “integran” literalmente el texto constitucional, pero tienen idéntica jerarquía.

29 La Constitución reformada en 1994 fue publicada el 23 de agosto de 1994, y al día siguiente se dio a conocer una fe de erratas. Más adelante, la ley 24.430 ordenó la publicación de un texto ordenado que corrigió otras omisiones. Esta última publicación tuvo lugar el 10 de enero de 1995.

30 Bidegain, 1994: 91.

A diferencia de los derechos civiles y políticos, se argumenta, los derechos sociales no oponen barreras al poder estatal, ni aseguran un ámbito de libertad mediante prohibiciones al Estado. Por el contrario, estos derechos “sustancialmente diferentes” exigen una conducta de los terceros y “garantizan al titular un resultado determinado, que no depende de su voluntad ni de su mérito”³¹. Quienes sostienen esta crítica se basan en un concepto determinado de derechos, entendidos como “derechos a permanecer libres de ciertas reglas [estatales] que limiten [la] acción [de las personas]”³². En otras palabras: los derechos concebidos como frenos contra el Estado.

Este argumento presupone que su definición de derechos resulta única. Sin embargo, desde el inicio del constitucionalismo han existido derechos que fijaban obligaciones del Estado, y no sólo levantaban barreras contra su acción; así lo exponemos al cuestionar el concepto de “generaciones” de derechos. Por otra parte, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce derechos que implican deberes estatales; el art. 25 de la DUDH ofrece un claro ejemplo al respecto³³.

Si esta definición “negativa” de derechos no resulta única, este argumento resulta insuficiente para justificar el trato diferenciado a los derechos sociales.

Hay, sin embargo, problemas adicionales en este argumento “estructural”. Aun aceptando un concepto excluyente de “derecho”, basado en el carácter “negativo” de la norma, este planteo requiere contar con una clara distinción entre derechos positivos y negativos. Cross propone una manera de efectuarla³⁴. Según este autor, un derecho es negativo cuando podría satisfacerse mediante la eliminación del gobierno. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión sin interferencia estatal se cumpliría si se elimina el

31 Grondona, 1986: 118.

32 Cross, 2001: 867.

33 Cross acepta que este concepto “negativo” de derechos se halla en la Constitución estadounidense; otras constituciones, incluso a comienzos del siglo XIX, ya contaban con derechos positivos.

34 Cross, 2001: 866 y ss.

gobierno. Por el contrario, un derecho es positivo si no puede cumplirse sin acción estatal; en otras palabras, la desaparición del Estado impediría satisfacer ese derecho. Como ejemplo, el derecho a una educación gratuita sólo puede ser llevado a cabo si hay un gobierno que provea tal cosa.

Por supuesto, tal distinción se vuelve menos tajante si la idea de “derecho” abarca aquellas acciones estatales que lo garantizan ante una violación. Si es así, muy pocos derechos podrían verse como “negativos”; quizá la libertad de conciencia³⁵ podría verse como un caso. Sin embargo, Cross excluye tales acciones estatales del concepto de “derecho”. Por ejemplo, sostiene que si un juez ordena a un funcionario o agente público que deje de interferir con una publicación, esa acción no integra el “derecho a la libertad de expresión”. Se trata de una cuestión accesoria. Con estos criterios, Cross sostiene que es posible diferenciar entre derechos positivos y negativos. Este planteo presupone, además, que los derechos sólo son oponibles contra el Estado mismo (no se pueden emplear contra particulares; sólo tendrían efecto vertical). Además, la postura de Cross es que sólo pueden impugnarse o rechazarse acciones del Estado, y no omisiones. Esto toma como supuesto, también, que la evolución de una comunidad (es decir, lo no-gubernamental) siempre resulta aceptable, y que lo extraño (e impugnable jurídicamente) sólo puede ser la interferencia estatal. Por más injusta que fuera la organización social o económica vigente, el Estado puede permanecer ajeno a ella (conducta omisiva) sin que ello violente ningún derecho³⁶. Cabe señalar que esta visión del Estado y su rol está lejos de

35 Por ejemplo, en DUDH, 18; nos referimos aquí la libertad de conciencia estrictamente definida, esto es, el derecho de tener ideas propias en el fuero íntimo.

36 Cross sostiene que ciertos derechos “positivos”, los derechos políticos, en realidad constituyen derechos de participación o de autogobierno, y no derechos a recibir prestaciones del Estado; véase Cross, 2001: 873. Sin embargo, resulta difícil no percibir que esa participación debe estar facilitada por una serie de acciones y prestaciones estatales. Es decir, no parece clara la diferencia entre derechos positivos “políticos” y “sociales”. Y si bien tales acciones apuntan a un fin que parece diferente al de los derechos sociales, también puede afirmarse que el derecho a la educación resulta importante para el autogobierno, quizá tanto como el derecho a votar.

ser la única³⁷. Habermas sostiene que la esfera pública informal está atravesada por usos de poder criticables desde el punto de vista de la autonomía; allí es donde la intervención de las instituciones se hace necesaria para preservar, en lo posible, la posibilidad del ejercicio de la autonomía de las personas.

La distinción de Cross también implica otro supuesto discutible: que la conducta del Estado puede clasificarse nítidamente en activa u omisiva. Sin embargo, cada omisión siempre va acompañada de otras acciones por parte del resto del aparato estatal, y viceversa. De esta forma, el efecto de la conducta estatal (activa y omisiva) se siente como uno solo, más allá de la distinción analítica que pueda hacerse. A modo de ejemplo simplificado, puede pensarse que la omisión de crear empleo público puede coexistir con la acción de reclutar jóvenes para enviar a la guerra. O bien, la omisión de construir viviendas para sectores de bajos ingresos se produce al tiempo que la acción de desalojar a inquilinos morosos o rematar una casa por deuda impositiva. Otro ejemplo puede verse en la omisión de actualizar los haberes jubilatorios de acuerdo al principio de movilidad, producida en el mismo período en que se autoriza un aumento de las tarifas de electricidad. Como se ve, el efecto sobre las personas es único, y resulta de la combinación de la acción y de la omisión. No resulta fácil distinguir una acción estatal aislada y clasificarla así en “acción” u “omisión”.

Por otra parte, los “derechos negativos” intentan evitar una acción estatal en particular, pero sin que ello implique la extinción del Estado. Por eso el criterio de Cross resulta insuficiente: los derechos “negativos” no pueden comprenderse separados del resto de la acción estatal, que incluye aspectos “positivos”. Por ejemplo, el ciudadano desea no sufrir censura, pero que al mismo tiempo el resto del Estado funcione (esto es, que haya mecanismos de autogobierno colectivo, de defensa común frente a enemigos externos,

37 Cross atribuye esta noción a los redactores de la constitución estadounidense, y admite que al momento de sancionarla, la filosofía política ya había introducido la idea de derechos positivos; véase Cross, 2001: 872.

o de administración de recursos colectivos, por citar las funciones estatales que incluso un liberalismo decimonónico admitiría). De otro modo, el argumento de Cross supone que debe optarse entre existencia del Estado o existencia de los derechos. En otras palabras: que sólo podría gozarse de todos los derechos en plenitud y simultáneamente a través de la eliminación del Estado. Este punto de vista presupone que la vida en común puede llevarse adelante sin instancias de coordinación ni poder público. Con acierto, Grosman señala que la ausencia del Estado no aseguraría que no haya tortura, por ejemplo³⁸. Precisamente, los derechos sólo tienen sentido si hay un Estado al cual exigirlos. Tal supuesto exige, además, aceptar un planteo antropológico sobre la naturaleza humana (bondad, compromiso para la colaboración colectiva) que se halla lejos de la aceptación universal³⁹.

Un argumento en la misma línea enfatiza que los derechos sociales, en tanto positivos, no fijan conductas claras al Estado, sino solamente fijan resultados a alcanzar. Según Cross, estos derechos obligan a los jueces a crear programas o medidas que arrojen un efecto determinado; resulta difícil elegir estas medidas sin criterios claros⁴⁰. Por lo tanto, las garantías clásicas, como el hábeas corpus o el amparo, no resultan aplicables a derechos positivos. Este argumento presupone que existe un solo tipo de medida judicial. Pero, como se expone en la sección 9.4, la magistratura dispone de más de una opción al momento de emitir una resolución. Sin embargo, cabe objetar que los derechos positivos sí fijan límites al Estado, según describimos en la sección 5.3. En el capítulo 6, por otra parte, aportamos algunas ideas para atenuar o superar los problemas de

38 Grosman, 2008: 24.

39 De todas formas, vale la pena destacar un aspecto en el planteo de Cross. Este autor sostiene que su propuesta de distinción es sólo descriptiva, sin que el carácter negativo o positivo de un derecho implique su aceptabilidad o inaceptabilidad. Como se describe en otro pasaje, las razones de Cross para rechazar los “derechos positivos” (que en su lenguaje resultan equivalentes a los sociales) son eminentemente pragmáticas.

40 Cross, 2001: 901.

interpretación de los enunciados jurídicos en el caso de los derechos sociales. En pocas palabras, puede adelantarse que los derechos positivos (incluyendo los sociales) impiden al Estado incumplir sus deberes, o tomar medidas que vayan contra los objetivos buscados, o bien reducir el alcance existente de un derecho. Por otra parte, hemos visto en el planteo de Habermas que la autonomía que los derechos preservan no sólo se defiende frente al Estado, sino también frente al resto de la comunidad.

El “obligado” en los derechos sociales

Otro argumento similar al expuesto diferencia la estructura de los derechos sociales a partir de su contenido pasivo. Atria ofrece una formulación de este planteo, que se asemeja, en ciertos aspectos a la postura de Cross. Así, Atria diferencia el contenido pasivo en los derechos de primera generación y los sociales⁴¹. Al enunciar el aspecto activo de un derecho civil o político, queda expresado el contenido pasivo; es decir, se los puede definir a partir del individuo aislado. Según Atria, eso no pasa con los derechos sociales: no se puede determinar, luego de enunciar el contenido activo, quién está obligado a cumplir, ni cómo. Eso sólo puede determinarse una vez que la comunidad ha quedado conformada. Esto presupone que existe una relación entre el individuo y el Estado. En realidad, la norma estatal surge de una vida en común; no existe tal individuo aislado, ya que la vida social se nos presenta, en general, como inevitable. La libertad o la autonomía nunca se dan aisladamente, sino en relación con los demás.

Aquí cabe objetar que no todos los derechos civiles y políticos pueden definirse del modo en que Atria propone. En efecto: ciertos derechos civiles, y casi todos los políticos, se han formulado en relación con la existencia del Estado. Pueden citarse algunos ejemplos. La libertad de prensa sólo resulta comprensible de modo completo si al mismo tiempo, se incluye el concepto de Estado y de censu-

⁴¹ Atria, 2004: 19-20; insiste en esa distinción en Atria, 2004b: 148-149.

ra estatal previa. La libertad de culto exige reconocer el concepto de Estado y de religión oficial exclusiva, o de interferencia estatal sobre la actividad religiosa. El derecho de propiedad adquiere su significado completo por oposición a las ideas de confiscación y de expropiación injusta o ilegítima, lo cual depende de la existencia del Estado. Lo mismo ocurre con el derecho al sufragio.

En cuanto a quién debe cumplir, el Estado tiene esa responsabilidad en el caso de muchos derechos sociales, como también ocurre en varios de los llamados de “primera generación”. En esos derechos, su enunciación implica que el Estado haga o no haga, del mismo modo que en los derechos sociales. Estos suelen contener una atribución clara de responsabilidad. Por ejemplo, el PDESC señala que “[c]ada Estado parte reconoce...”, lo cual define la responsabilidad estatal. Sin embargo, los derechos citados anteriormente (libertad de prensa, libertad de culto, derecho de propiedad) imponen sobre el Estado la misma clase de carga.

Interesa señalar, como conclusión, que el criterio ofrecido por Atria no resulta suficientemente claro para trazar una diferencia estructural entre derechos “de primera generación” y los de la “segunda”.

A este planteo de diferencia, basado en la supuesta estructura de los derechos, cabe responder que los derechos no sólo adoptan formas “negativas”, sino que casi todos combinan deberes de acción y no acción estatales.

Los derechos no sólo adoptan formas “negativas”

No existe una estructura única de derechos. No sólo existen los derechos como permisos o inmunidades, sino también como correlato de obligaciones activas de otros⁴². Como hemos visto al revisar el sistema de derechos de Habermas, el reconocimiento de derechos es mutuo, por lo que genera en cada uno el deber de respetar los de otros. Incluso, la existencia de un derecho no depende del uso de la locución “derecho a” o “derecho de”. Sagüés, por ejemplo, señala

42 Sagüés, 1999: II, 283-284.

que del texto del art. 14 *bis* referido a “condiciones dignas y equitativas de labor” se desprende el derecho del empleado a reclamar estas condiciones a su empleador⁴³. El mismo autor alude a derechos “inferidos”, esto es, aquellos derivados de los explícitos⁴⁴. Por otra parte, no todos los derechos llamados “sociales” involucran prestaciones⁴⁵ (por ejemplo, el derecho de huelga), mientras que algunos exigen acciones positivas y pertenecen al grupo de los llamados “derechos civiles y políticos” (tales como el derecho de defensa en juicio o el derecho a votar). A su vez, algunos derechos civiles implican deberes positivos (por ejemplo, el derecho de defensa exige la creación de un sistema judicial e incluso la provisión de abogados) y también algunos derechos políticos (el derecho a votar y a ser elegido exige establecer un sistema electoral, por lo menos)⁴⁶. La Corte Suprema argentina ha señalado, por ejemplo, que el Estado tiene la “obligación impostergradable” de garantizar el derecho a la vida “mediante acciones positivas”⁴⁷. Scott y Macklem destacan casos de cortes internacionales en que los jueces han requerido acción positiva del Estado en casos de derechos civiles y políticos⁴⁸.

La distinción entre derechos positivos y negativos no surge de una supuesta “naturaleza” de los derechos, según Scott y Macklem, sino de una idea previa acerca del rol del Estado y de la libertad hu-

43 Sagüés, 1999: II, 283.

44 Sagüés, 1999: II, 299, señalando derechos inferidos por la Corte Suprema: del derecho a la defensa en juicio puede derivarse el derecho a una justicia pronta.

45 Martínez de Pisón, 1998: 96-97.

46 Fabre, 2000: 44-45.

47 Véase “Reyes Aguilera” (2007), voto de la mayoría, considerando 7; “Campodónico” (2000), voto de la mayoría, considerando 16; volvemos sobre este punto en el apartado 6.7.3, al analizar el principio de razonabilidad.

48 Así, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha resuelto que los Estados deben organizar la provisión del servicio de justicia de modo de evitar demoras irrazonables y sistémicas, no sólo en materia penal sino también civil; y que hay un derecho a asistencia legal gratuita cuando las cuestiones (incluso en materia civil) tienen una complejidad tal que la persona no puede representarse a sí misma. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, por su parte, que el Estado tiene obligaciones de actuar para impedir violaciones de derechos humanos, aunque no las ejecuten agentes estatales; véase Scott y Macklem, 1992: 48-56.

mana⁴⁹. En otras palabras, se trata de una distinción de raíz política, no técnico-jurídica. Sin embargo, al presentarla como cuestión técnica, se intenta encubrir su base ideológica, política, práctica; se trata de sustraerla del debate racional-práctico. También Abramovich y Courtis atribuyen la división entre derechos positivos y negativos a “una visión sesgada y ‘naturalista’ del rol y funcionamiento del aparato estatal”, a saber, la del Estado mínimo⁵⁰. En cambio, el modelo de democracia deliberativa que seguimos en este trabajo delinea un Estado que también está obligado –como vimos– a efectuar las prestaciones que den satisfacción a los derechos sociales. Ellos integran el sistema descrito por Habermas como base del paradigma deliberativo. Fabre, por su parte, insiste en que nada en la naturaleza de la Constitución determina que debe prescribir o proscribir la acción o la inacción del gobierno. Lo “positivo” y lo “negativo” se complementan, según Fabre. Esto es, un interés cualquiera puede ser protegido a través de distintos derechos, algunos positivos y otros negativos⁵¹: derechos negativos a que el Estado y los particulares no dañen ese interés, y derechos positivos a que el Estado y los particulares protejan (frente a acciones y omisiones de otros) nuestro disfrute de ese interés, nos provean de los medios necesarios para alcanzar ese interés, y tomen las medidas necesarias para hacerlo posible⁵².

Tampoco la escasez constituye un principio diferenciador entre “derechos positivos” y “negativos”. En efecto: incluso, afirma Fabre, los derechos negativos pueden entrar en conflicto. Si todos deciden

49 Scott y Macklem, 1992: 46. Así se aprecia, por ejemplo, en la propuesta de Cross reseñada más arriba. Cross parte de que sólo las acciones estatales, y no las omisiones, tienen relevancia. Esto presupone la aceptabilidad o “naturalidad” de las relaciones sociales y económicas propias de una comunidad determinada.

50 Abramovich y Courtis, 2002: 23.

51 Fabre, 2000: 45 y ss, 86-87.

52 En algunos casos, se señala la existencia de derechos sociales “negativos”, tales como la libertad sindical. Sin embargo, cabe destacar que allí también se requieren acciones positivas, lo cual confirma la noción de *continuum* de obligaciones derivadas de cada derecho. La Corte Suprema ha subrayado la obligación “positiva” de adoptar medidas apropiadas para proteger la libertad sindical; véase “Rossi” (2009), voto de la mayoría, considerando 4.

ejercer a la vez ese derecho, no habrá forma de que se respete la exigencia de no interferir⁵³. Por ejemplo, el ejercicio simultáneo de la libertad de expresión puede conducir a la imposibilidad de llevarlo a cabo. También en un derecho “negativo” como este hay escasez: de tiempo y de espacio para expresarse. La libertad de tránsito ofrece otro caso de derecho “negativo” en el que la escasez fija límites: la disponibilidad de vías de circulación o de tecnología de transporte define hasta qué punto puede ejercerse por varios sujetos al mismo tiempo. En otra versión del argumento fundado en la escasez, Bernal Pulido advierte que los derechos sociales como posiciones definitivas pueden generar “colisiones irresolubles” entre derechos, ya que los recursos pueden resultar insuficientes para asegurar el mínimo de educación y de salud al mismo tiempo⁵⁴. Esto es verdad, pero no se aplica sólo a los derechos sociales. La actividad estatal en general (brindar seguridad policial, administración de justicia, legislar, asegurar la protección diplomática en el extranjero, por citar unos pocos ejemplos) siempre se hace a la sombra de la escasez (o finitud) de recursos. No hay una razón distinguible por la que el derecho a la educación tenga un tratamiento distinto al derecho al voto o al debido proceso.

En general, casi todos los derechos combinan deberes de acción y no acción por parte del Estado

Como corolario de lo anterior, cabe concluir que los derechos sociales se diferencian de los civiles y políticos por una cuestión de grado; no de esencia. Así lo sostienen Abramovich y Curtis⁵⁵. No aparecen las distinciones estructurales o esenciales que justifiquen un tratamiento radicalmente diferente. En particular, no se advierten razones que vuelvan obvia la necesidad de respetar los derechos

53 Fabre, 2000: 29.

54 Bernal Pulido, 2004: 138.

55 Abramovich y Curtis, 2002: 24-25.

civiles y políticos y, a la vez, justifiquen el incumplimiento o la satisfacción a medias de los económicos, sociales y culturales.

En efecto: cada derecho, de cualquiera de ambas categorías, puede describirse como un conjunto de obligaciones positivas y negativas⁵⁶, un “*continuum*”⁵⁷. Asimismo, todos los derechos integran un *continuum* donde algunos incluyen más o menos obligaciones de hacer, no hacer o dar; pero no resulta posible establecer diferencias discretas entre grupos de derechos y trazar entonces la supuesta distinción que algunos postulan. La clasificación, señalan Abramovich y Courtis, depende, en ocasiones, de una “decisión convencional, más o menos arbitraria”. Por lo tanto, todos los derechos deben tratarse, tanto en la teoría como en la práctica, de modo similar⁵⁸.

4.6. La diferencia en impacto social y presupuestario

En esta línea de pensamiento se afirma que a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales tienen un impacto acumulativo, social y presupuestario, enorme.

Cualquier exigencia individual, se alega, podría dar lugar a cientos o miles de reclamos idénticos. En tal caso, dada la limitación de recursos, sólo podrían disfrutar de sus derechos quienes hagan el reclamo judicial en primer término. La cuestión de las medidas judiciales se analiza en la sección 9.4.

Este argumento presupone la justicia de la situación social o económica actual. Loffredo señala, críticamente, que la Corte norteamericana adopta un enfoque deferente hacia la política económica por estas razones. Según Loffredo, la Corte podría temer las “consecuencias radicales”, “de largo alcance”, que tendría aplicar a la pobreza un control constitucional más estricto. La magnitud de la tarea aconsejaría entonces no emprenderla. Loffredo objeta que justamente esta magnitud da una razón para entrar en el problema.

56 Sepúlveda, 2006: 122.

57 Abramovich y Courtis, 2002: 27.

58 Abramovich y Courtis, 2002: 25, 27.

La razón, según Loffredo, para abstenerse es que las desigualdades económicas son vistas como algo natural y prepolítico; la Corte estadounidense cree que no debe atacarlas. Tiene una actitud aprobatoria o al menos neutral frente a un proceso político en el que las desigualdades económicas juegan un papel quizá determinante⁵⁹.

A esta postura respondemos que no justifica un tratamiento diferenciado de los derechos sociales. En efecto: los derechos civiles y políticos también tienen un impacto social y acumulativo, y tampoco la repercusión presupuestaria representa una diferencia entre derechos sociales y los demás derechos.

Los derechos civiles y políticos también poseen impacto social y acumulativo

En otras palabras, ese impacto no los diferencia de (algunos) derechos sociales. A modo de ejemplo, el ejercicio de la libertad de expresión no agota sus efectos en el sujeto que la reclama. La exigencia individual del derecho a publicar ideas sin censura previa abre las puertas a actividades de enorme trascendencia. En efecto: la idea misma de libertad de expresión supone la importancia social de lo que se dice o se publica. Y el reclamo de una persona para poder, por ejemplo, hablar en una plaza quizá genere otros pedidos similares. Se presentarán, también, límites en cuanto al espacio (físico, o de tiempo en los medios audiovisuales) disponible para ejercer el derecho, como se describe en la sección 4.5.

Las condiciones de detención también se proyectan a todos los presos en igual situación⁶⁰. Cualquier hábeas corpus correctivo puede llevar a planteos similares por parte de los demás detenidos. Más aún: la adecuación de las condiciones de un interno sólo puede darse si se analiza la situación de los demás, ya que no corresponde mejorar las condiciones de uno perjudicando a los demás.

59 Loffredo, 1993: 1353-1354, 1367.

60 Véase por ejemplo, el caso del hábeas corpus correctivo presentado a nombre de los detenidos en la provincia de Buenos Aires, en “Verbitsky” (2005). Véase también CELS, 2008: 156.

El derecho de propiedad de un ahorrista durante la crisis financiera, por ejemplo, no puede analizarse aisladamente. Una orden judicial haciendo lugar a la petición de un solo titular de cuentas repercute inmediatamente en el cuadro general⁶¹.

En síntesis, también hay derechos civiles y políticos con efecto colectivo o acumulativo. Sin embargo, no se suele negar la exigibilidad individual (o grupal) de la libertad de expresión, las garantías de la ejecución penal o la propiedad. Solamente se intenta, en tales casos, coordinar o mejorar esa exigibilidad. El legislador puede (y debe) tomar esa tarea de reglamentación, pero ello no obsta al reclamo individual o grupal. El poder judicial debe actuar teniendo en cuenta estas dificultades, tal como se analiza en la sección 9.2.

La repercusión presupuestaria no diferencia a los derechos sociales de otros derechos

Tushnet aporta elementos para suavizar la distinción entre los llamados derechos de “primera” y “segunda” generaciones. En cuanto a los costos, muestra que la libertad de expresión, por ejemplo, habilita el uso de propiedades públicas y el empleo de la policía para proteger a los oradores. Se trata, entonces, de un subsidio estatal a expresiones privadas; y también se afectan recursos privados: por ejemplo, el tiempo perdido por quienes quedan atascados en una manifestación⁶². Las obligaciones derivadas de los derechos (de cualquier clase), según Abramovich y Courtis, implican “una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria”⁶³.

Las condiciones de detención y la propiedad, por ejemplo, también pueden verse afectadas por cuestiones presupuestarias. El gobierno puede alegar que no tiene recursos para sanear las cárceles, o que no puede pagar las deudas que contrajo con particulares.

61 Este argumento fue utilizado por la Corte al rechazar el planteo de ahorristas en dólares en “Bustos” (2004), voto de la mayoría, considerando 13.

62 Tushnet, 2008: 229-230.

63 Abramovich y Courtis, 2002: 36.

En estos casos, la cuestión presupuestaria no ha conducido a declarar inexigibles estos derechos, sino a discutir su alcance en casos concretos, o a buscar medidas que permitan darles la mayor protección posible en las circunstancias existentes, tal como se describe en las secciones 9.2 y 9.4.

CAPÍTULO 5

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Aun admitiendo que no existen diferencias esenciales entre los derechos, se suele utilizar con mucha frecuencia un argumento relativo a la eficacia de los derechos sociales. Este argumento sostiene que, aunque estos derechos sean tales, tienen carácter “programático”. Es otro intento de disociar o dividir el sistema de derechos que Habermas introduce en su propuesta de democracia deliberativa. Este sistema, como ya vimos, integra un conjunto inescindible de derechos que sirven de base a la legitimidad de la toma de decisiones. En cambio, a través de la categoría de “programático” se apunta a delimitar un grupo de derechos para definirlos como menos legítimos, menos exigibles o menos importantes para la autonomía de las personas.

Describir un derecho como “programático” significa que no se lo puede poner en vigor ni reclamar hasta que se lo reglamente. Aquí revisamos (5.1) el supuesto carácter programático de los derechos sociales, y también dos justificaciones que se suelen dar para explicar ese carácter: (5.1.1) la necesidad de que exista discusión pública sobre los derechos sociales, y (5.1.2) la defensa de las atribuciones del legislador en esa materia.

Tras analizar críticamente esta postura, sostenemos que los derechos sociales (5.2) tienen eficacia, (5.3) constituyen un límite y (5.4) corresponden a todas las personas.

5.1. El supuesto carácter programático de los derechos sociales

Contra la vigencia de los derechos sociales se alega que ellos son “programáticos”, a diferencia de otros, que son “operativos”¹. Tradi-

¹ Fayt alude críticamente al proceso de “elusión del carácter operativo de los derechos sociales”, por el que se quita efectividad a estos derechos y se los subordina a la

cionalmente, se denomina “derecho programático” a aquel que no puede exigirse sin una reglamentación previa, o que sería muy difícil de aplicar sin ella², o que en su texto indica que se requiere una ley³ para su vigencia efectiva⁴. Los “operativos”, en cambio, no exigen esta reglamentación. Como vemos más adelante, el concepto mismo de “derecho programático” incuba una contradicción. Por ello parece más adecuada la postura de Vanossi, quien reconoce *cláusulas* operativas y no-operativas, y también *cláusulas* programáticas⁵. Es decir, la clasificación se aplica a preceptos de la Constitución en general, y no necesariamente a los derechos. Consideramos que los derechos no pueden ser “programáticos”, por las razones que exponemos más abajo, pero sí aceptamos que haya cláusulas (por ejemplo, relativas a cuestiones orgánicas) con ese carácter. Su función, según Vanossi, es señalar objetivos generales a los poderes políticos, o bien aportar criterios de interpretación para el resto del texto. En cuanto a la operatividad, Vanossi la considera una cuestión de hecho, que el tribunal determina en cada caso. No se trata de una cualidad de la cláusula, sino que en cada situación una norma podrá o no ser aplicada de modo inmediato. Esta postura se acerca a lo que tratamos como objeción “técnica” en la sección 9.2.

En cambio, la mayor parte de la doctrina argentina sigue la clasificación tradicional expuesta más arriba, pero sin aportar elementos claros para sostenerla. Aquí la revisaremos críticamente, para luego explicar por qué consideramos inadecuado el concepto mismo de “derecho programático”.

Quiroga Lavié agrega otro criterio para reconocer a los derechos programáticos: son aquellos que requieren una previsión pre-

disponibilidad presupuestaria; véase Fayt, 2008: parág. V. Sin embargo, este mismo autor postula lecturas restrictivas del derecho a la vivienda, como vemos más abajo.

2 Esta definición, en Sagüés, 1999: I, 110, y una semejante en Badeni, 1997: 497. Con una consideración crítica respecto a la manipulación que se hace de esta categoría, se adopta un concepto similar en Cayuso, 2006: 32.

3 Bidegain, 1994: 145; cita como ejemplos de normas programáticas, según este criterio: el art. 14 bis, la referencia a los juicios por jurados, y la integración de la Auditoría General de la Nación.

4 Midón sostiene que la denominación de estos derechos se debe a que programaban el rol del Estado en la economía; véase Midón, 1997: 241.

5 Vanossi, 1987: 372-374.

supuestaria para ser exigibles ante la Justicia⁶. Discrepamos con esta postura. De seguirla, cualquier derecho podría volverse programático. En efecto: el derecho a la defensa en juicio sólo sería exigible si hubiera presupuesto para ello, o el derecho a la identidad sólo se podría exigir si se destinaran fondos para la emisión de DNI. Para exigir el derecho a votar debería haber una previsión presupuestaria; de lo contrario, el Gobierno no estaría obligado a convocar a elecciones. Estas consecuencias nos parecen absurdas, y seguramente también a Quiroga Lavié. Sin embargo, no se comprende por qué sí sería aplicable un criterio semejante para las cláusulas del 14 *bis*. Aquí se echa en falta, precisamente, alguna pauta para diferenciar entre los derechos, algo que —como vemos en el capítulo 4— no se ha resuelto de modo satisfactorio. El criterio de Quiroga Lavié, en realidad, no distingue entre “operativos” y “programáticos”, sino entre derechos “con presupuesto” y “sin presupuesto”. La diferencia entonces no deriva de los derechos en sí, sino de la conducta del legislador. En todo caso, esa pauta puede utilizarse para describir ese comportamiento, pero no para clasificar derechos, y menos aún para justificar teóricamente la inexigibilidad.

Retomemos entonces el criterio más tradicional, donde la “programaticidad” significa necesidad de reglamentación previa. Su aplicación conduce a conclusiones divergentes. Según Gelli, hay normas del art. 14 *bis* que encuadran en esa categoría⁷; la misma postura sigue Dalla Vía⁸. Este autor toma como programático el precepto sobre protección integral de la familia, aunque Quiroga Lavié sostiene que pese a ello puede invocárselo para invalidar una norma que la afecte⁹. Badeni incluye los “beneficios de la seguridad social” entre las normas programáticas¹⁰, y Gasquet da ese carácter a la “retribución justa”¹¹.

6 Quiroga Lavié, 2000: 94-95.

7 Gelli, 2005: 155.

8 Dalla Vía, 2006: 298, 304.

9 Quiroga Lavié, 2000: 97.

10 Badeni, 1997: 487, 501.

11 Gasquet, 2007: 71; aunque este autor reconoce que la cláusula puede volverse operativa en el caso de un salario “irrisorio” o “absolutamente inequitativo”.

Gelli considera, por su parte, que la participación en las ganancias es un derecho programático¹², y que por falta de reglamentación nunca se aplicó¹³, aunque Quiroga Lavié sostiene que esta omisión habilita a interponer un reclamo judicial para ejercer, al menos, el derecho a la información sobre la marcha de la empresa¹⁴. Sagüés coincide en considerarla una norma programática¹⁵; advierte, sin embargo, que la cláusula puede quedar derogada por desuso (*desuetudo*)¹⁶. La Corte Suprema argentina se ha limitado a señalar que persiste el debate sobre su carácter programático u operativo; pero resolvió que cuando una ley la ha establecido claramente en algún caso (como ocurrió en ciertos procesos privatizadores), resulta de aplicación inmediata y genera derechos subjetivos¹⁷. A veces el carácter programático se utiliza para debilitar aún más un derecho. Por ejemplo, Gelli entiende que el “acceso a una vivienda digna” en el mismo artículo debe entenderse como generador solamente de una obligación estatal de “diseñ[ar] políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna”¹⁸. Por lo tanto, según esta autora la cláusula ni siquiera es programática, ya que la reglamentación no basta para hacer exigible el derecho, sino apenas para “facilitar” su ejercicio. En el mismo sentido se pronuncian Sagüés¹⁹, Dalla Vía²⁰ y Fayt²¹. Midón diluye también el peso de esta cláusula, sosteniendo que darle jerarquía constitucional al acceso a la vivienda digna es apenas “común aspiración social contenida en el programa del Estado”²². Esto contradice lo aseverado en los debates de

12 Una postura similar, en Pinto, 2007: 95; también en Badeni, 1997: 491, quien explica que la reglamentación resulta “sumamente difícil” por “los innumerables inconvenientes técnicos”.

13 Gelli, 2005: 157.

14 Quiroga Lavié, 2000: 864.

15 La misma postura en Badeni, 1997: 487.

16 Sagüés, 1999: II, 661-662.

17 “Gentini” (2008), voto de la mayoría, considerando 9.

18 Gelli, 2005: 176.

19 Sagüés, 1999: II, 700.

20 Dalla Vía, 2006: 305.

21 Fayt, 2008: parág. V.

22 Midón, 1997: 256-257.

la Convención de 1957. El proyecto original aseguraba “la *posibilidad* de la vivienda digna” (énfasis agregado), pero se reemplazó esa fórmula por “acceso”²³. Por su parte, Ekmekdjian hace una lectura más fuerte de la norma: “El derecho del acceso a la vivienda digna tiene como contrapartida la obligación del Estado de procurar a todos los núcleos un lugar donde desenvolver decorosamente la vida familiar”²⁴. Ciertos derechos derivados de los incs. 19 y 23 del art. 75 (tales como el derecho a la formación de los trabajadores, a la participación de la familia en la educación, o a la educación pública estatal gratuita) podrían considerarse programáticos, ya que esos incisos tienen tal carácter²⁵, por ser directivas para el Congreso. Sin embargo, algunos de estos derechos se hallan en los tratados que los consagran directamente como derechos de las personas o como obligaciones del Estado para garantizar un derecho²⁶.

Por el contrario, la postura tradicional considera al “derecho operativo” como exigible²⁷ por sí mismo. Sagüés cita jurisprudencia de la Corte que define la “estabilidad del empleado público” (en el mismo art. 14 *bis*) como una cláusula operativa²⁸, al igual que el derecho de huelga²⁹. Quiroga Lavié afirma que en general la jurisprudencia ha reconocido carácter operativo al derecho a igual remuneración por igual tarea³⁰. Recientemente, la Corte Suprema ha sostenido que la movilidad jubilatoria incluida en el art. 14 *bis* no es “un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe

23 *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1491.

24 Ekmekdjian, 1994: II, 103-104.

25 Véase, por ejemplo, Quiroga Lavié, 2000: 494.

26 El derecho de los trabajadores a la formación, en PDESC, 6.2 (como una de las medidas que “deberá” adoptar el Estado parte); la gratuidad de la educación pública estatal primaria y su implementación “progresiva” en la enseñanza media y superior, en PDESC, 13.

27 Ekmekdjian sostiene que esa exigibilidad debe ser judicial; véase Ekmekdjian, 2000: I, 112.

28 La cita refiere a los casos “Masaglia” (*Fallos*, 269:234) y “Meza” (*Fallos*, 280:55); véase Sagüés, 1999: II, 665. Se ha reafirmado en “Madorrán” (2007).

29 Según el caso “Unión Obrera Molinera Argentina”, en *Fallos*, 254:65, citado en Sagüés, 1999: II, 682.

30 Quiroga Lavié, 2000: 85.

[...] darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar [...] el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición” que el jubilado tuvo en su vida activa³¹. En otras palabras, la Corte Suprema parece reconocer aquí la noción de programaticidad, pero con límites claros fijados al legislador que desarrolla el “programa” exigido por la norma a reglamentar. En cambio, en el reciente fallo “Q. C.” (2012), el voto de la mayoría introduce una categoría nueva: distingue entre “operatividad directa” y “operatividad derivada”. La primera coincide, aparentemente, con el concepto tradicional de operatividad. La segunda, según explica la Corte, “significa que, en principio, su reglamentación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación”³². Creemos que esta categoría marca, simplemente, el regreso de la “programaticidad” bajo otro nombre, y le caben así las mismas críticas que formulamos a este último concepto.

Imprecisiones de la distinción

Parece no haber criterios rigurosos para practicar la división entre derechos “programáticos” y “operativos”. Ello afecta su utilidad para definir qué derechos son exigibles y cuáles no. En algunos casos, ciertamente, la norma explicita su carácter programático, al subordinar su aplicación al dictado de una ley³³. Sin embargo, se señalan como programáticas muchas otras normas que no tienen esa remisión explícita. Por otra parte, el carácter programático no significa “ineficacia”, tal como se analiza en la sección 5.2. En síntesis, no se fijan pautas claras para reconocer la categoría de “derecho programático”. Bidart Campos, por ejemplo, dice que son operativas aquellas cláusulas que “por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser regla-

31 “Badaro II” (2007), considerando 15.

32 “Q. C.” (2012), voto de la mayoría, considerando 11.

33 En la sección 5.3, se describen los límites que los derechos sociales imponen a esas leyes reglamentarias.

mentadas por otra norma³⁴. De modo que en el texto estarían los elementos para diferenciar, pero no se aclara cuáles son. Por ejemplo: ¿es el tiempo verbal de la cláusula?, ¿la remisión a leyes posteriores?, ¿el grado de detalle en la enunciación? En principio, afirma Sagüés, el tiempo verbal (presente o futuro) usado en un texto constitucional resulta indiferente³⁵. Confirmando, en cierta forma, la futilidad de la distinción entre derechos programáticos y operativos, este autor agrega que en los hechos la inclusión de un derecho en una u otra categoría depende de la voluntad del intérprete³⁶.

Ekmekdjian propone una distinción fundada en las obligaciones generadas por los derechos. Algunos crean obligaciones de no hacer; otros, de hacer o de dar. Analizando el art. 14 *bis*, Ekmekdjian sostiene que las obligaciones de no hacer allí impuestas son operativas³⁷. Por lo tanto, cabe deducir que las otras (de hacer y de dar) son programáticas. Sin embargo, este criterio no resulta útil. En efecto: si tomamos “operatividad” como sinónimo de exigibilidad (judicial, según Ekmekdjian), resulta claro que ella no se limita a las obligaciones de no hacer. Cabe aquí ofrecer algunos ejemplos. El derecho a un abogado defensor gratuito³⁸ genera un deber estatal de hacer o dar, y sería difícil argüir que se trata de un derecho programático; cuesta mucho imaginar que un juez rechazara el pedido de un imputado de contar con un defensor gratuito alegando que no es un derecho operativo (suponiendo que no estuviera previsto en la ley procesal). El derecho de sufragio³⁹ impone múltiples obligaciones estatales de hacer; resulta improbable que la Justicia tolerara la falta de celebración de elecciones por ausencia de reglamentación y que mostrara deferencia hacia cualquier criterio de oportunidad adoptado por el legislador. Lo mismo

34 Bidart Campos, 1996: 299.

35 Sagüés, 1999: I, 56; se revisa este argumento “textual” en la sección 4.2.

36 Discrepamos con la idea de que la voluntad del intérprete no reconoce límites. Como analizamos en las secciones 6.2 y siguientes, una interpretación aceptable debe cumplir ciertos requisitos.

37 Ekmekdjian, 2000: I, 112-114.

38 CN, 18; CADH, 8.2.e.

39 CN, 37.

ocurre cuando la obligación recae sobre particulares. El derecho a la seguridad y la higiene en el trabajo⁴⁰ crea en el empleador (privado o estatal) numerosas obligaciones de hacer y de dar. Gelli afirma que esa referencia a “condiciones dignas y equitativas de labor” en el art. 14 *bis* tiene carácter operativo⁴¹, pero que por estar “expresada en términos generales y amplios”, necesita “reglamentaciones específicas” según el trabajo de que se trate⁴². Si bien la reglamentación puede ser necesaria para alcanzar precisión, sería difícil sostener que la ausencia de toda protección en una labor riesgosa o insalubre no generaría ninguna reacción judicial contra la patronal que no brindara los elementos necesarios a sus dependientes. A su vez, otros derechos parecen generar sólo obligaciones de no hacer, pero a la vez exigen ciertas reglamentaciones. Por ejemplo, profesar libremente el culto requiere ciertos permisos en materia laboral (por ejemplo, el de no tener que asistir al trabajo en una fiesta religiosa) para que esa profesión pueda darse públicamente. En conclusión, el criterio de Ekmekdjian orienta en algunos casos, pero no provee un criterio definitivo para separar claramente los derechos programáticos de los operativos. Por ello cobra actualidad la categórica definición de la Corte Suprema argentina en “Siri” (1957): “[L]as garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e *independientemente de las leyes reglamentarias*”⁴³.

Una noción difícil de sustentar

Más allá de lo expuesto hasta aquí, cabe criticar el concepto de “derecho programático” como contradictorio en sí mismo. Para intentar dilucidar los términos de la contradicción, utilizaremos

40 PDESC, 7.b (“derecho [...] al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que [...] aseguren en especial [...] la seguridad y la higiene en el trabajo”); también en CN, 14 bis (“condiciones dignas [...] de labor”).

41 Fayt, en cambio, le asigna carácter programático; véase Fayt, 2008: parág. V.

42 Gelli, 2005: 155.

43 Énfasis añadido; volvemos sobre esta cita y el fallo “Siri” (1957) en el apartado 9.1.1.

una distinción planteada por Dworkin, la cual resulta aplicable dentro de nuestro modelo de democracia deliberativa (aunque amerite algunas aclaraciones). Este autor diferencia dos clases de argumentos que pueden ser empleados al fundamentar una decisión política (o judicial).

Por una parte, según Dworkin⁴⁴, existen (i) los argumentos políticos. Son aquellos que “justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo”. Al usar estos argumentos, el decisor explica así su conducta: *Hago esto porque es lo mejor para todos, aunque unos pocos sean afectados*. El argumento político legitima una resolución sólo porque su resultado beneficiará al conjunto. Más aún: pequeños (o grandes) perjuicios individuales no alteran tal legitimidad.

Por otro lado, (ii) los argumentos de principio “justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo”. El decisor, en el caso, da una razón diferente: *Hago esto porque debo respetar a este individuo, aunque muchos hubiéramos preferido hacer algo distinto*. Una medida será legítima si satisface un derecho de la persona. Aquí no importa si la comunidad se beneficia o se perjudica como conjunto.

A partir de esto, es fácil reconocer que la idea de *derecho* es identificable con la de *principio*, y se asocia, por ello, con el concepto de *individuo*: un derecho político, define Dworkin, “es una finalidad política individualizada”. Si los argumentos de principio se fundan en derechos, los argumentos políticos se fundan en un *objetivo*, entendido como “una finalidad política no individualizada, (...) un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa o recurso o libertad en particular para individuos determinados”.

Los derechos, entonces, obligan al Estado a una conducta determinada. Los segundos, en cambio, no imponen un solo comportamiento, sino que existen “estrategias alternativas para alcanzar cualquier conjunto de objetivos colectivos (...)”, afirma Dworkin.

44 Dworkin, 1977: 148, 159-160.

Desde el punto de vista de la autoridad, un derecho es un límite (una negación de su competencia para hacer o no hacer algo). Un objetivo, en cambio, es una liberación: permite elegir entre múltiples posibilidades, cada una tan válida como el resto, para alcanzar ese objetivo. A los ojos del individuo, el derecho es una libertad, una posibilidad, una seguridad más; algo que no pueden quitarle y una herramienta para prever la conducta del gobernante.

Para que un derecho sea tal, “no todos los objetivos sociales pueden anularlo”. Esto es: debe imponerse a *un* objetivo político, por lo menos. Si un principio se doblega ante todos y cada uno de los objetivos, no es “derecho” más que nominalmente. Por ello, Dworkin define el “peso relativo” de un derecho, como “el poder [de ese derecho] para resistir una competencia” con otros, o con objetivos políticos⁴⁵.

Por eso resulta contradictorio el concepto de *derecho programático*. Si es un derecho, significa que puede imponerse a por lo menos un objetivo. Pero al ser programático, necesita ser reglamentado para entrar en vigencia. Esta reglamentación es una actividad política, que puede ser postergada por cualquier otro interés más urgente. En otras palabras: el derecho programático sólo puede servir como argumento (fundamento) de una decisión si ha sido reglamentado. Pero cualquier otro objetivo político puede imponerse a la tarea de reglamentar. Por ello, la vigencia del derecho programático en cuestión está subordinada a cualquier objetivo político. De donde se deduce que no cumple con la condición exigida por Dworkin para ser considerado un auténtico derecho. Existe entonces una tensión entre principio y objetivo, entre derecho y directriz política, condensada en la denominación *derecho programático*. Pero la tensión, según cierta doctrina, debe resolverse a favor del componente político y no de principio.

45 Dworkin, 1977: 160-161. En términos del modelo de Habermas, esto significa que la deliberación sobre los objetivos políticos no puede desarrollarse a partir de la eliminación o negación de los derechos que en Dworkin aparecen bajo la forma de principios.

Esta postura resulta muy ventajosa para las autoridades. Convierte una cuestión de principios en una cuestión de objetivos⁴⁶. Así, (i) justifica el incumplimiento presente de los “derechos” señalados como programáticos. Luego, al presentarlos como objetivos o finalidades colectivas, (ii) permite a la autoridad cumplirlos del modo que crea conveniente. De esta forma, (iii) convierte a estos “derechos” en posibilidades, en lugar de límites, para el gobernante. Y por último, (iv) libera a los jueces de la obligación de garantizarlos como principios. En síntesis, crea un espacio de libertad (indebida) para la autoridad.

Además, el concepto de *derecho programático* encubre el carácter político del comportamiento de la autoridad (la omisión). En otras palabras, si la autoridad decide postergar la vigencia de un derecho programático, siempre puede invocar que esa postergación deriva de la “naturaleza” de la norma y no de su propia decisión política.

5.1.1. La necesidad de la discusión pública de los derechos sociales

Otra postura, en cambio, define la programaticidad en virtud del contenido “político” de los derechos sociales. Atria, por ejemplo, afirma que los derechos sociales deben entenderse como programáticos porque en ellos “no es posible distinguir entre lo político y lo jurídico”⁴⁷, es decir, que el razonamiento jurídico no alcanza la suficiente autonomía respecto del razonamiento político o moral⁴⁸. Queda abierta la discusión (política) sobre cuáles son los medios adecuados para alcanzarlos. Atria da por supuesto que en los dere-

46 Es decir, pone en discusión los derechos que Habermas, precisamente, ubica en la base de toda toma de decisiones legítima. Se trata de un intento más de escindir el sistema de derechos, tomando a algunos (los sociales, por ejemplo) como cuestión de debate y reconociendo a otros el carácter de verdaderos derechos. Tal distinción, justamente, sigue sin encontrar argumentos que la sostengan definitivamente.

47 Atria, 2004b: 151.

48 La posibilidad de llevar adelante un razonamiento jurídico en torno a los derechos sociales se revisa en el apartado 9.1.4.

chos civiles y políticos la distinción entre “lo político” y “lo jurídico” resulta clara. Para entender que tal supuesto resulta infundado, basta recordar las discusiones sobre el alcance de la libertad de expresión en relación con el derecho a la intimidad, o el debate sobre el derecho a la protesta, o sobre la vigencia del principio de inocencia en el caso de las prisiones preventivas, por citar sólo tres ejemplos de derechos considerados “civiles y políticos” sin discusión. Por lo tanto, su argumento conduciría a volver “programáticos” muchos derechos y no sólo los sociales. En el final de su texto, Atria dice que desea que existan el derecho y la política, pero la combinación parece siempre difícil de determinar. Justamente por eso, trazar el límite en los derechos sociales no parece suficientemente justificado.

Esta postura, entonces, defiende el carácter programático de los derechos sociales sosteniendo que, si se toman como operativos, colocan cuestiones cruciales y controvertidas fuera de la discusión pública. Se reivindica aquí, al parecer, el ámbito de la esfera pública informal como el ámbito privilegiado para la vida de los derechos sociales. Dentro de un modelo de democracia deliberativa, debemos prestar atención a esta objeción.

Siguiendo este planteo, entonces, la operatividad de los derechos sociales constitucionales impediría modificarlos como una ley cualquiera (o hacerlo, justamente, a través de la ley reglamentaria o mediante la omisión de dictar esa ley). La discusión pública sobre cuestiones sociales y económicas perdería relevancia. Davis advierte que estos derechos sociales pueden “destruir la autonomía [de los ciudadanos]”, porque “lleva[n] la política a la sala de un tribunal”⁴⁹.

En otras palabras, este argumento denuncia el peligro de que se reemplace indebidamente el debate político por la discusión jurídica. También destaca la necesidad de mantener el ámbito político libre de la “colonización” por parte del derecho⁵⁰. Encontramos esta preocupación en Atria, quien rechaza la “colonización de la política

49 Davis, 1992: 489.

50 Analizamos este punto, que denominamos objeción “democrática”, en la sección 9.3.

por el derecho”, o el “legalismo” esto es, la postura en la que el derecho “estructura, limita y ordena el conflicto político”⁵¹. Aquí cabe señalar que hay una contradicción entre el temor por la “colonización jurídica” y la otra afirmación de Atria en el sentido de que los derechos sociales borran el límite entre el razonamiento político y el razonamiento moral. Dicho de otro modo: no puede haber colonización de un área sobre la otra, si ambas tienen límites difusos.

Aun aceptando, como lo hacemos en este trabajo, que es posible distinguir entre la disciplina del derecho y las de la filosofía moral o política, el argumento de Atria no resulta suficiente para derribar la exigibilidad de los derechos sociales. En efecto: la “colonización” denunciada no se limita a los derechos sociales. Muchas cuestiones ya fueron retiradas del ámbito político ordinario; así, por ejemplo, en el caso argentino, la prohibición de la pena de muerte por causas políticas (CN, 18) o el sostenimiento del culto católico (CN, 2), no pueden modificarse de modo ordinario, aunque haya desacuerdos sobre la justificabilidad, o la interpretación, de estas normas.

La “objeción epistémica”

Otro argumento similar destaca el carácter controvertido de estos derechos. Se insiste en que no hay acuerdo en torno a los derechos sociales como soluciones a la pobreza, ni acerca de las teorías subyacentes sobre la justicia distributiva. Rosenkrantz denomina “objeción epistémica” a este argumento. Sostiene que esta impugnación es “la más persuasiva” y “la más fuerte” en contra de la inclusión de derechos sociales en una constitución, al menos en las primeras etapas del desarrollo político de una comunidad⁵². El problema epistémico consiste en que hay desacuerdo sobre cómo repartir los beneficios de la vida en común. Según Rosenkrantz,

51 Atria, 2004: 36, 48.

52 Rosenkrantz, 2003: 245, 249, 250. Esto significa que la oposición de este autor tiene, hasta cierto punto, una naturaleza contingente; él podría aceptar la inclusión de derechos sociales constitucionales si se dan ciertas condiciones políticas y sociales, según se afirma en Rosenkrantz, 2003: 250.

“[n]o hay ninguna distribución de recursos que se haya convertido en una verdad política incontestable”⁵³. Como consecuencia, alega este autor, no debería consagrarse en la constitución una modalidad determinada de distribución. Al adoptar derechos sociales, sigue el argumento, se clausura el disenso y se aplastan las opiniones contrarias en la materia. Esto llevaría al aislamiento de quienes estén en desacuerdo. Rosenkrantz destaca, en cambio, la situación distinta de otros derechos. Subraya “la aceptación casi universal de que es incorrecto privar a alguien de sus libertades básicas”, entre las que cita el derecho al voto, la libertad de expresión o la libertad religiosa, además del derecho a no ser torturado, o a no sufrir cárcel por sostener ciertas ideas políticas. De esta forma, concluye Rosenkrantz, se justifica incluir estos derechos civiles y políticos, y no los derechos sociales, en una constitución (salvo, agrega este autor, que exista un acuerdo amplio en materia distributiva y un compromiso de mantenerlo en el tiempo). La lucha contra la pobreza debería llevarse a cabo, según este autor, a través de legislación ordinaria⁵⁴.

Este argumento basado en el disenso tiene un problema: no puede limitarse a los derechos sociales. En efecto: el desacuerdo también existe en materia de lo que Rosenkrantz llama “libertades básicas”. Por citar sólo ejemplos tomados de nuestro país, cabe citar las controversias en torno al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, la relación entre libertad de expresión y los derechos al honor y a la intimidad, los alcances del derecho de pro-

53 Rosenkrantz, 2003: 249. Aquí cabe objetar el concepto de “verdad política”; en efecto, dentro de una visión deliberativa de la democracia, las cuestiones prácticas (entre las que se incluyen las cuestiones políticas, en particular el problema de la distribución) no pueden ser sujetas a criterios de verdad, sino de corrección o rectitud (véase, por ejemplo, Habermas, 1983: 489-495). Lo que seguramente tiene en mente Rosenkrantz es que no hay un planteo distributivo que reciba apoyo casi unánime sin objeciones profundas y extendidas. Pero la palabra “verdad” resulta confusa, porque parece aludir a un modo “demostrado” o “científico”, y por tanto, inmodificable, de resolver el problema de la distribución. Por el contrario, cualquier solución se halla sujeta a cambio a través de la deliberación.

54 Rosenkrantz, 2003: 251.

piedad (en materia, por ejemplo, de depósitos bancarios en dólares convertidos forzosamente a pesos), la extensión de los derechos de los procesados y condenados penales, la exhibición de símbolos religiosos en tribunales y otros edificios públicos, la aplicabilidad de los principios de ley penal más benigna y de cosa juzgada a los autores de crímenes contra la humanidad cometidos durante la dictadura militar, el derecho de asociación de travestis y transexuales, y el derecho a no ser perseguido penalmente por la tenencia de estupefacientes para consumo personal, entre otras muchas cuestiones referidas a derechos “civiles y políticos” en los que hay desacuerdo intenso.

Si la “objeción epistémica” impidiera incluir derechos, en el caso argentino deberían eliminarse también otros, tales como los recién aludidos en somera enumeración. Es una derivación lógica: si lo (intensamente) discutible no puede estar en una constitución, tal calidad excluye a derechos que Rosenkrantz no cuestiona.

Se puede responder que el disenso en materia de derechos civiles y políticos es diferente. Por ejemplo, puede alegarse que en realidad los desacuerdos enumerados más arriba han surgido ahora, pero que al momento de su incorporación, todos estos derechos gozaban de una amplia aceptación. Así presentada, esta respuesta sólo justifica su inclusión (en algún momento del pasado), pero no su mantenimiento. En efecto: la abolición de la pena de muerte por causas políticas (por ejemplo) en la constitución aplasta la postura de quienes hoy proponen aplicarla para ciertos delitos aberrantes cometidos con motivación política. Por supuesto, el carácter rígido de la constitución sirve como explicación para mantener hoy esa cláusula. Si es así, entonces las constituciones no deberían ser rígidas, ya que generarán (más tarde o más temprano) objeciones epistémicas a su contenido. En otras palabras: si el argumento epistémico es decisivo, no debería hacer caer sólo a los derechos sociales, sino también a la idea de constitución rígida.

Por otra parte, en el caso argentino, resulta difícil de suponer un consenso originario en torno a los derechos civiles y políticos. Por lo pronto, la adopción de la Constitución de 1853 tiene como

condición necesaria (aunque no suficiente) un hecho bélico: la batalla de Caseros. En las *Bases*, Alberdi destaca que “un ejército de veinte mil hombres salió de la provincia de Buenos Aires y peleó seis horas en el campo de batalla para defender al opresor de sus libertades”⁵⁵ (esto es, a Rosas). En otras palabras: el dictado de la Constitución no resultó de un consenso o de una aplastante voluntad mayoritaria libremente expresada. Si tomamos en cuenta la secesión de Buenos Aires entre 1852 y 1860, y las batallas de Cepeda (1859) y Pavón (1861), parece claro que la objeción epistémica también estaba vigente al momento de sancionarse la ley suprema. El presidente del Congreso Constituyente, Facundo Zuviría, propuso que no se dictara la Constitución⁵⁶; esto nos da una pauta del grado de aceptación que la idea tenía realmente. Para citar un solo elemento particular, cabe recordar que la libertad de cultos sufrió reparos importantes incluso en el seno del Congreso de 1853⁵⁷. Con esto, resulta claro que tampoco la actividad de los constituyentes de Santa Fe estuvo libre de la objeción epistémica. Sin embargo, ello no lleva a Rosenkrantz a aconsejar la eliminación de la libertad de cultos por los desacuerdos en su origen o en su aplicación actual. Por esta inconsistencia, no puede aceptarse su conclusión de que la falta de consenso basta para rechazar la incorporación (o la puesta en vigor, cuando ya están) de derechos sociales.

Resulta entonces injustificado exigir una aceptación casi unánime de los derechos sociales como condición para su inclusión. Tal cosa no se requiere a los derechos civiles y políticos, cuyas aristas más debatidas no suscitan las mismas objeciones. Por supuesto, un argumento prudencial aconseja llevar a una constitución aquellos

55 Alberdi, 1852: 140-141.

56 Nino, 1992: 121. Rosa transcribe partes del discurso leído por Zuviría en la sesión del 20 de abril de 1853, donde el congresal señala que no es oportuno adoptar la constitución en ese momento; véase Rosa, 1975: 117-119.

57 Nino repasa los distintos proyectos debatidos en el Congreso de Santa Fe en torno a la cuestión religiosa; algunos proponían una religión oficial, otros requerían la confesión católica para acceder a cualquier cargo público; véase Nino, 1992: 121-124.

contenidos que gozan de aceptación amplia. Pero Rosenkrantz parece requerir, para los derechos sociales, un grado superior, cercano a la unanimidad. No se aprecian argumentos que justifiquen esa exigencia diferenciada. Por el contrario: la supuesta diferencia en el nivel de acuerdo se usa como elemento para distinguir entre derechos sociales y derechos políticos. Una posible explicación para este tratamiento distinto e injustificado es que Rosenkrantz no esté de acuerdo con la mayoría que apoya la inclusión de derechos sociales. Primero hubo una expresa manifestación de voluntad para firmar y ratificar el PDESC⁵⁸, y luego otra más para elevarlo a la jerarquía constitucional. La mayoría reunida en 1994, si bien no alcanzó unanimidad, es la que los constituyentes de 1853 fijaron como necesaria para introducir reformas constitucionales. No queda claro por qué sería inapropiada para incorporar derechos sociales (como se hizo en 1994), pero sí adecuada para introducir una referencia a derechos no enumerados (como ocurrió en 1860).

En síntesis, la objeción epistémica no brinda razones para rechazar sólo a los derechos sociales, y esto debilita su fuerza argumentativa para definir a ciertos derechos como programáticos (o para no incluir derechos sociales en una constitución).

5.1.2. La defensa de las atribuciones del legislador

En sintonía con el argumento sobre la discusión pública, otro planteo destaca que los derechos sociales, si son operativos, limitan las facultades del legislativo (democráticamente electo) para asignar prioridades en el gasto público. Por ello resultan programáticos, siguiendo este argumento.

Los derechos sociales impondrían gastos inmodificables. En efecto: al fijar como obligaciones estatales la provisión de salud, educación y vivienda, por ejemplo, el presupuesto tendría ya renglones predeterminados, no susceptibles de cambio.

⁵⁸ Como se detalla en el apartado 6.7.1.

De esta forma, los derechos sociales limitarían el margen de maniobra del Parlamento para distribuir los costos de una crisis. Se trata así de una restricción a la libre decisión política de los representantes del pueblo, y pone en peligro el proceso político democrático⁵⁹. Este argumento se acerca al examinado anteriormente, ya que en ambos se enfatiza la importancia de confiar al proceso político (o el debate público) ordinario la regulación de la materia de los derechos sociales. Bernal Pulido, aunque no se pronuncia explícitamente a favor de una lectura programática de los derechos sociales, parece compartir ideas con este planteo. Señala que tomar los derechos sociales como “definitivos” (esto es, exigibles y sin restricciones) quita al legislador la posibilidad de decidir el momento de satisfacer los derechos sociales; en algunos casos, por ejemplo, la inactividad legislativa puede ser “políticamente aconsejable”. Por ello, Bernal Pulido favorece la idea de derechos *prima facie*, donde se prohíbe la inacción del legislador (reglamentando el derecho social) salvo que “exista una razón más fuerte para lo contrario [...]”⁶⁰. Aquí cabe objetar que la “razón más fuerte” no está definida, ni se aclara qué tipo de razones pueden incluirse en ese campo: ¿políticas, económicas, técnicas? Tampoco se dan ejemplos de situaciones donde la inactividad del legislador sí corresponda.

Este argumento se ha empleado a veces sólo para el caso de los tratados de derechos humanos incluidos en el art. 75 inc. 22. En una postura particular, Sola sostiene (aunque de modo condicional) que esos instrumentos pueden leerse como directivas para el Congreso: “Daría la impresión de que estos tratados son más una guía para los legisladores que fuentes autónomas de derechos para los habitantes”⁶¹. Esta posición contradice las conclusiones de los demás autores revisados. En efecto: no hay base textual para la distinción que Sola propone. A la vez, tampoco parece haber razones que justi-

59 Davis, 1992: 489. Un argumento similar en Neuman, 2003: 1893. Este planteo presupone que es posible un proceso político legítimo sin la vigencia de los derechos que Habermas incluye en su sistema.

60 Bernal Pulido, 2004: 136-137.

61 Sola, 2006: 300.

fiquen introducir una diferencia entre los derechos allí consagrados y los que están en los arts. 14 o 14 *bis* de la Constitución, como señalamos en la sección 4.2. También Sola va aquí contra la postura de la Corte Suprema a partir, al menos, de “Ekmekdjian” (1992).

La mayor representatividad del Parlamento resulta más ventajosa para hacer cumplir los contenidos de los derechos sociales. Se argumenta que los legisladores se harán eco de las necesidades de sus votantes para darles respuesta. De esta forma, la sustancia de los derechos sociales, aunque no sea bajo esa forma específica, se pondrá en vigencia. Esta representatividad, a su vez, hace difícil que las decisiones del Congreso lesionen los intereses de los ciudadanos. Sería ilógico pensar que los parlamentarios dictarán normas que dañen la calidad de vida de sus electores, ya que el apoyo de los votantes es crucial para su permanencia en el cargo. Por otra parte, no parece sensato establecer derechos a un determinado resultado económico y ampliar indebidamente los poderes de los jueces, que no deben responder a nadie. Este último tramo del planteo se retoma en el capítulo 9, al analizar las facultades de los jueces. Esta postura –se afirma– no quita todo carácter vinculante a estos derechos; sólo implica, según Atria, rechazar la idea de que abogados y tribunales tienen prioridad sobre el pueblo representado por el legislador⁶². Aquí se prefigura la llamada objeción “democrática” que analizamos en la sección 9.3. Sin embargo, en este capítulo trataremos de responder a este planteo basado en las atribuciones del legislador desde un punto de vista más general, y no referido sólo a la actuación judicial en materia de derechos sociales.

A continuación mostramos los argumentos para sostener la eficacia de estos derechos, su papel de límite a la actividad y opciones del gobierno, y su alcance extendido a todas las personas.

5.2. Los derechos sociales eficaces

Aunque rechazamos por contradictorio y confuso el concepto mismo de “derecho programático”, señalamos que aun aquellas nor-

62 Atria, 2004b: 153.

mas definidas como programáticas tienen algún grado de eficacia. Sagüés rechaza la ineficacia total de las normas programáticas⁶³, al igual que Quiroga Lavié⁶⁴, y en el mismo sentido, Ekmekdjian advierte que ellas no dependen de la “buena voluntad del Estado”⁶⁵. Sagüés sostiene que ellas impulsan al legislador a dictar ciertas normas y a otros operadores⁶⁶ a actuar de cierta forma, además de fijar límites para otra legislación ordinaria, ya que las leyes no pueden contradecir las cláusulas constitucionales, aun las supuestamente programáticas⁶⁷. Además, en virtud del criterio sistemático de interpretación, la Constitución no puede leerse como si esas normas no estuvieran escritas. Cayuso, por su parte, sostiene que el mandato del constituyente, en el caso de los derechos de prestación considerados programáticos, implica un deber de “optimizar los resultados en la materia, teniendo en cuenta las condiciones fácticas y jurídicas posibles”, en sentido progresivo y no recesivo⁶⁸.

La posición a favor de la eficacia de los derechos sociales aparece en los debates de la Convención de 1957 en torno al art. 14 *bis*. El miembro informante por la mayoría (Jaureguiberry) afirma en el recinto: “no queremos librar una letra en blanco para que el legislador del futuro, por más sabio y prudente que sea, reglamente el ejercicio de estos derechos quizá bien o quizá desnaturalizándolos. No confiamos en la hermenéutica y por eso enumeramos derechos, sin que ello

63 Sagüés, 1999: I, 111.

64 Quiroga Lavié, 2000: 84. Por ejemplo, al revisar el contenido del inc. 19 del art. 75 de la CN, este autor señala que aun siendo programático, tiene efectos en la interpretación, aplicación y desarrollo del resto del orden jurídico; véase Quiroga Lavié, 2000: 444.

65 Ekmekdjian, 2000: I, 116.

66 En el caso del art. 14 bis, también a las provincias, las asociaciones y los particulares; véase Jaureguiberry, 1957: 29, 31.

67 En ese sentido, véase Bidart Campos, 1991: 413-414.

68 Cayuso, 2006: 32. En el mismo sentido, Ekmekdjian, 2000: I, 117; este autor sostiene incluso que una norma reglamentaria de una cláusula programática “no podría ser derogada lisa y llanamente”, sin prever una nueva reglamentación. La cuestión de la progresividad se analiza en el apartado 6.7.4.

implique que esta enumeración sea taxativa”⁶⁹. Por otra parte, la Corte ha reconocido como derechos incluso ciertas cláusulas del art. 14 *bis* formuladas, a primera vista, como directivas para el legislador. Por ejemplo, sostuvo que la movilidad de las jubilaciones es “un derecho conferido por la Ley Fundamental”⁷⁰. La misma postura se reiteró al tratar la estabilidad del empleado público en “Madorrán” (2007) y la protección contra el despido arbitrario en “Vizzoti” (2004): con las mismas palabras, la Corte destacó que los derechos contenidos en la Constitución no son “huecos, a ser llenados por el legislador”, ni que se trata de “un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad” del legislador⁷¹. Así se dejan de lado resoluciones anteriores, donde se admitía la cesantía de empleados públicos incluso por políticas de “racionalización del empleo” o por “motivos razonables de política económica”⁷². Al tratar la protección contra el despido, la Corte sostuvo que el art. 14 *bis* impone “un deber inexcusable”⁷³. Dalla Vía también reconoce de esta norma surgen obligaciones estatales: dictar la legislación necesaria, abstenerse de conductas violatorias de este artículo, y en algunos casos, realizar conductas positivas. Del art. 75 inc. 19, el mismo autor deriva derechos a la educación en esas condiciones⁷⁴. Bidart Campos,

69 Véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1220, y también Jaureguiberry, 1957: 29. El convencional Miró (PS), en el mismo sentido, advirtió que el texto a adoptar “no debe contener disposiciones meramente enunciativas o generalizadas que puedan dar lugar a una dualidad interpretativa por los poderes públicos” y, de modo más explícito, afirmó la necesidad de “que en el día de mañana nadie dude de las intenciones de los señores convencionales y para que inmediatamente de su sanción obligue a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial”; véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1343-1344.

70 “Badaro I” (2006), considerando 19. Cayuso, en cambio, parece entender que no se trata de un derecho, sino de requisitos para la legislación a dictar; véase Cayuso, 2006: 88.

71 “Madorrán”, voto de la mayoría, considerando 10; “Vizzoti”, considerando 8.

72 Así resumidas en Badeni, 1997: 493. Críticas similares contra la jurisprudencia anterior de la Corte y su convalidación de “leyes de prescindibilidad”, en Midón, 1997: 248-249.

73 “Vizzoti” (2004), considerando 11; “Milone” (2004), voto de la mayoría, considerando 6.

74 Dalla Vía, 2006: 299-300, 382.

por su parte, deduce los derechos al desarrollo, a la calidad de vida digna y a la igualdad de oportunidades a partir de las pautas de participación fijadas en el inciso 2⁷⁵. La función de los derechos como límite también se extiende a la actividad financiera del Estado: ella no puede ir contra la finalidad de dar efectividad a los derechos consagrados en la Constitución⁷⁶.

La reglamentación, por otra parte, tiene la función de dar vigencia a los derechos. Se trata de un instrumento al servicio de los derechos. No podría justificarse esta atribución si tuviera por objetivo la dilución, la postergación o la eliminación de derechos. En efecto: la competencia reglamentaria (de un decreto respecto a una ley, o de una ley respecto de un derecho constitucional) presupone que se la ejercerá en apoyo de la norma más general. De lo contrario, el reglamentador estaría ejerciendo la facultad de otro poder (aquel que dictó la norma a reglamentar). En este sentido ha dicho la CSJN que se trata de legislar sobre los derechos constitucionales “pero para garantizar ‘el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23)”⁷⁷.

La falta de reglamentación puede incluso habilitar una vía de acción jurídica. En otras palabras, este grado de eficacia de las normas programáticas vuelve exigible su reglamentación para que puedan aplicarse plenamente. Si el Congreso no dicta la normativa necesaria, o si el Ejecutivo o el poder Judicial no cumplen con sus obligaciones en la materia, Sagüés entiende configurada una inconstitucionalidad por omisión, como se explica en la sección 9.4.2.

En síntesis, incluso aceptando la existencia de “derechos programáticos”, estos no equivalen a normas completamente ineficaces.

75 Bidart Campos, 1999: 412.

76 González, 2006: 219.

77 “Vizzoti” (2004), considerando 8.

5.3. Los derechos sociales como límite

Como vimos, ciertos argumentos rechazan la eficacia de los derechos sociales sobre la base de la necesidad de respetar la discusión pública y el poder de la legislatura. Esto remite a la llamada objeción “democrática”, que analizamos en la sección 9.3. Aquí revisaremos cómo justificar que los derechos sociales sean reconocidos como un límite a la actuación de los poderes públicos (también lo son para las acciones de particulares).

En primer lugar, la aceptación de los derechos civiles y políticos en una constitución elimina el argumento democrático contra los derechos sociales. Es decir: si una Constitución incluye derechos civiles, no hay razón basada en el principio democrático para negar la inclusión de derechos sociales. Esto deriva también del sistema de derechos que Habermas propone como núcleo del modelo de democracia deliberativa; todos ellos cumplen el rol de garantizar la autonomía de las personas en ese marco; por ello, aparejan los mismos efectos. Si el derecho a la vivienda, por ejemplo, restringe la libre voluntad del parlamento en la materia, lo mismo ocurre con un derecho a no ser torturado: se restringe la voluntad del parlamento para adoptar la tortura como instrumento para la investigación penal o la lucha contra el terrorismo. Los derechos sociales fijan límites en materia presupuestaria del mismo modo que otros derechos constitucionales limitan las facultades impositivas del Estado⁷⁸. En otras palabras, si aceptamos que un derecho civil o político fije límites a la decisión política, no aparecen argumentos que logren negar ese efecto a los derechos sociales. Tal cosa exigiría señalar diferencias entre ambos grupos de derechos que justificaran un impacto divergente. Pero esa tarea no se ha cumplido satisfactoriamente, como vemos en las secciones 4.1 y siguientes.

78 Bidart Campos destaca que la doctrina admite tradicionalmente el control de constitucionalidad sobre la recaudación fiscal (los ingresos), pero que le resulta mucho más difícil aplicar esos controles al gasto público (los egresos); considera que esta dicotomía configura una “muy equivocada concepción financiera”; véase Bidart Campos, 1999: 353.

En el marco deliberativo, la supremacía constitucional (esto es, del sistema de derechos y del procedimiento democrático) complementa al principio mayoritario. Una constitución impone límites a todas las autoridades, no sólo al legislativo; gobierno constitucional significa gobierno limitado. Ferrajoli denomina “Estado constitucional de derecho” a aquel donde la validez de las leyes no depende sólo de seguir un determinado procedimiento, sino también de la adecuación a principios constitucionales. De esta forma, se añade un componente a la democracia, el que incide sobre el poder de la mayoría; pero, según Ferrajoli, ello completa a la democracia misma, al servir como garantía contra los posibles abusos de los poderes fundados en la mayoría⁷⁹.

En el modelo habermasiano, más que de un “límite” a la mayoría, se trata de las condiciones para la legitimidad de la deliberación (y la decisión mayoritaria, en su caso). Nino sostiene que si la Constitución vigente resulta aceptable⁸⁰, entonces puede servir de límite al proceso democrático, esto es, pone barreras a la libre acción de las mayorías. A modo de ejemplo, puede pensarse en el principio de irretroactividad de la ley penal (CN, 18; CADH, 9). Por más que una mayoría (o la totalidad) de la ciudadanía decida castigar retroactivamente una conducta (aunque sean comportamientos muy recientes), este principio servirá de límite e impedirá esa aplicación.

5.4. Los derechos sociales para todas las personas

En esta sección, tratamos la cuestión de la universalidad en la titularidad de los derechos sociales. Pocas veces se discute que los derechos humanos corresponden a todas las personas. Por supuesto, existe una vibrante discusión sobre la tensión que algunos de estos derechos viven con otras pautas y tradiciones culturales. Ahora bien, una vez

79 Ferrajoli, 2001: 18-19.

80 Nino, 1992: 70-71. La aceptabilidad de una Constitución, para Nino, exige revisar si la práctica constitucional expresa un consenso democrático y si garantiza derechos fundamentales; también se debe analizar si otras alternativas realizables ofrecen mejores garantías.

que se admite que un derecho tiene carácter universal para una comunidad (o para el mundo entero), en general se sostiene que cada persona de esa comunidad (o del mundo) resulta titular de tal derecho.

Pero dentro de los derechos humanos, con los derechos sociales ocurre a veces algo diferente. Aun reconociendo el carácter universal del derecho a la salud, por ejemplo, hay quienes intentan limitar la titularidad del derecho. Se afirma entonces que ese derecho sólo corresponde, en realidad, a quienes más lo necesitan. En este caso, quedarían abarcadas las personas que no tienen cobertura de salud, ni medios para pagar la atención médica que necesiten en un caso concreto. En tales situaciones, el derecho a la salud debería reconocerse en virtud de la necesidad.

A veces, esta propuesta de limitar los derechos sociales se funda en una alegada escasez de recursos. Al no haber los fondos necesarios para atender a cada paciente, se prioriza a quienes no tienen posibilidades de abonar por su cuenta el tratamiento. Tratamos este argumento fundado en la supuesta falta de dinero en la sección 8.3.

Sin embargo, la limitación en la titularidad de derechos sociales no siempre se conecta con cuestiones presupuestarias. En algunos casos, no se ofrece una explicación. La Asignación Universal por Hijo (AUH), creada por el decreto de necesidad y urgencia 1602/2009⁸¹, consiste en un pago mensual por cada hijo o hija menor de 18 años. Se entrega a los padres desempleados o sin trabajo formalizado. Sin embargo, sólo se paga hasta el quinto hijo (art. 5 del decreto), sin que haya en los considerandos de la norma ninguna razón para justificar el límite. A primera vista, se viola la igualdad de trato entre los primeros cinco hijos y los que nacieron después.

Otras veces, en cambio, se afirma que –más allá de los recursos existentes– resultaría injusto reconocer estos derechos a quienes tengan la posibilidad de solventarlos con sus propios ingresos. Siguiendo esta línea, por ejemplo, no corresponde abrir las puertas del hospital público gratuito a quien disponga de dinero suficiente para contratar el mismo servicio en el ámbito privado. La Corte argen-

81 *BO*, 30 de octubre de 2009.

tina ha utilizado esta línea argumental para admitir la posibilidad de restringir en los niveles más altos de enseñanza la gratuidad de la educación pública consagrada en el PDESC (art. 13) y en el art. 75 inc. 19 de la CN. Así, por ejemplo, en “UNGS” (2008), sostuvo que no se violenta la “relación armónica” entre gratuidad y equidad (principios incorporados en el art. 75 inc. 19 de la CN) cuando “por aplicación del principio de equidad y para lograr la igualdad real de oportunidades [...] se dispusiere recurrir a contribuciones o cánones [...], con el fin de instrumentar un sistema de educación superior que efectivamente posibilite que los sectores más postergados en lo económico tengan acceso real a las carreras de pregrado y grado”⁸².

Dificultades de la propuesta restrictiva

Analizamos ahora, entonces, si este planteo resulta compatible con los derechos sociales consagrados en nuestra Constitución.

En primer lugar, cabe reiterar un punto en cuanto a la lógica de esta propuesta. Por elementales razones de coherencia, quien impulsa limitar el derecho a la salud sólo a quienes carecen de dinero para pagar tratamientos médicos, debe también sostener una medida similar respecto a los derechos civiles y políticos. De esta forma, el derecho a un abogado gratuito (CADH, 8.2.e) debería brindarse únicamente a los imputados de escasos ingresos. Del mismo modo, el derecho de rectificación o respuesta (CADH, 14.1) sólo podría ser exigible cuando la persona afectada no cuente con el dinero suficiente para adquirir un espacio en el medio al que quiere responder, o en otros similares. Si no resulta de aplicación uniforme, esta propuesta restrictiva no puede admitirse, ya que parece tener fundamentos insuficientes o contradictorios. Sólo puede aceptarse su

82 “UNGS” (2008), voto de la mayoría, considerando 9. Una postura similar se halla en “UNC” (1999), voto de la mayoría, considerandos 12 y 13. Allí, la mayoría sostiene que “una afirmación excesiva de la igualdad puede dar lugar a un individualismo donde cada cual reivindique sus derechos sin querer hacerse responsable del bien común”; por lo tanto, la equidad, fundada en la solidaridad y la colaboración (no incluidas en el texto constitucional), justifica la imposición de contribuciones a los alumnos “que pueden hacerlo”, o “que más tienen”.

aplicación específica a los derechos sociales si sus impulsores ofrecen criterios válidos para diferenciar a los derechos sociales de aquellos derechos para los que no prevén limitaciones en su titularidad.

Sin embargo, aquí analizaremos esta posición presuponiendo su formulación coherente (ya sea por su uniformidad, o porque se hubiera justificado la diferenciación con derechos civiles y políticos).

Señalemos entonces un presupuesto que está en la base de la propuesta restrictiva. Como señala acertadamente Lema Añón, los impulsores de esta limitación dan por sobreentendido que la adquisición de salud, educación o vivienda se produce naturalmente a través del mercado, y que sólo subsidiariamente se obtienen bajo la forma de derechos sociales a través de una prestación del Estado. Esto implica dar por supuesto que estos bienes tienen el carácter de mercancía⁸³. Por supuesto, esto no deriva de la “naturaleza” de los objetos que tratamos. La vivienda, por ejemplo, se vuelve mercancía si así lo marcan los arreglos sociales e institucionales adoptados por una comunidad en un momento histórico determinado. Del mismo modo, los órganos y tejidos humanos para trasplantes pueden tener o no tener carácter de mercancía según las normas aprobadas en la materia. Porciones de territorio se hallan dentro o fuera del mercado inmobiliario de acuerdo a normas específicas: entre un lote privado y un parque nacional puede no haber más que una línea imaginaria; así, dos suelos similares tienen dos situaciones jurídicas bien distintas. Uno es mercancía y el otro no en virtud de normas contingentes, y no de sus características “naturales”. Artesanías precolombinas pueden venderse o no según la legislación vigente en cada lugar. Con esto queremos señalar que ni la condición de mercancía ni el mercado como mecanismo de intercambio son “naturales”. Por el contrario: el derecho los crea y rige.

Por lo tanto, nos interesa poner de relieve este primer punto: los derechos sociales no establecen una modalidad subsidiaria de acceso a la educación, la salud o la vivienda. Los límites del mercado

83 Lema Añón, 2009: parág. I y III.1. También se conecta, en cierta forma, con el principio de subsidiariedad del Estado que afloró en los debates de la convención de 1949.

quedan fijados de otra forma a partir de la vigencia de los derechos sociales.

Más allá de esto, la restricción en la titularidad resulta incompatible con el rol de los derechos en el marco de una democracia deliberativa. Como vemos en el apartado 2.5.8, el sistema de los derechos integra el núcleo que hace posible y da curso a la deliberación y el autogobierno colectivos. Para la producción legítima de derecho, se requiere el reconocimiento mutuo e igualitario de estos derechos. Ello no se cumple si ciertos derechos se condicionan a la extensión de “certificados de pobreza”, y si de esa forma un grupo conserva la autoridad para desconocer los derechos de otro otorgando o negando el comprobante de necesidad o carencia. No hablamos aquí, por supuesto, de las reglamentaciones de derechos, que siempre existen y que se evalúan según los criterios que exponemos en la sección 6.7, al tratar la cuestión de la interpretación. Lo que señalamos aquí es que la titularidad de derechos no puede depender de la voluntad del legislador⁸⁴: el sistema de derechos representa, por el contrario, la condición de posibilidad de la adopción de normas.

Además, la justicia social de un sistema debe evaluarse a partir de todo el conjunto, de la calidad de sus prestaciones, y en particular, atendiendo al financiamiento. Un sistema impositivo justo previene las injusticias que pueda causar el acceso universal a los derechos sociales. También debe incluirse en la evaluación la productividad social de los sistemas de prestaciones⁸⁵.

La propuesta restrictiva carece de bases firmes en los textos adoptados en el orden constitucional argentino. En el PDESC, cada Estado parte reconoce el derecho de “toda persona” a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado (art. 6), a gozar condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección (art. 8.a), a la seguridad social (art. 9), a un nivel de vida adecuado (art. 11), al más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12), a la educación (art. 13) y a participar de la vida cultural

84 Como vemos al analizar la noción de “derecho programático” en la sección 5.1.

85 Lema Añón, 2009: parág. III.3.

(art. 15). Resulta difícil hallar en este texto (o en sus equivalentes en la DUDH) un criterio para demarcar quiénes, dentro de la clase integrada por “toda persona”, deberían ver limitados sus derechos y quiénes podrían tenerlos.

En efecto: ¿cómo delimitar a la población titular de estos derechos? Si no es “toda persona”, ¿qué fórmula se propone? Lema Añón advierte que si se eligiera reconocer derechos sociales a “todas las personas que no tienen posibilidades económicas de acceder a tal prestación”, esta delimitación tendría un efecto “estigmatizante”. El criterio, justamente, consistiría en una cierta incapacidad social⁸⁶. Así, la condición para gozar de un derecho humano (la salud, la educación) sería admitir la disminución de otro: la honra y la dignidad (CADH, 11). La persona estaría obligada a admitir que no ha logrado sostenerse por sí misma y que atraviesa una necesidad para de esa forma acceder a un derecho. Debería aceptar la imposición de una marca social que señalara su falta de éxito en la tarea de lograr sus propios medios.

Por supuesto, alguien puede responder que la mera concurrencia a un hospital público o a una escuela pública ya pone en evidencia que la persona no ha podido contratar estos servicios con sus propios ingresos. En primer lugar, esto no es necesariamente así: la elección de una institución escolar o sanitaria estatal puede tener otras razones (la calidad de los y las profesionales que allí trabajen, la infraestructura disponible, la pluralidad de enfoques y métodos, entre muchas otras). En segundo lugar, aunque los costos fueran la única y exclusiva razón para asistir a una escuela primaria estatal, por ejemplo, el estigma implícito nunca puede equipararse a la marca explícita de pobreza que consta en un certificado que debe exhibirse en sucesivos trámites. Cabe agregar que, en muchos casos, las constancias de pobreza requieren la inspección de las condiciones de vida privada, la visita al hogar y otros elementos que integran el estudio “socioambiental”⁸⁷.

86 Lema Añón, 2009: parág. III.1.

87 A modo de ejemplo, remitimos a la descripción que la Corte Suprema hace de la “serie minuciosa y detallada de diligencias”, destinadas a comprobar la situación

Por lo tanto, sostenemos que los derechos sociales (al igual que los demás derechos) corresponden a todas las personas. En primer lugar, porque su alcance en el marco de una democracia deliberativa no puede ser menos amplio; toda persona debe tener la posibilidad de intervenir en esa deliberación y ello requiere la garantía de su autonomía pública y privada a través del sistema de derechos. En segundo lugar, porque no cabe sujetar la titularidad o ejercicio de derechos a condiciones estigmatizantes. En tercer lugar, porque una interpretación restrictiva carece de base textual en el orden constitucional argentino.

A modo de síntesis, en este capítulo hemos revisado distintos argumentos que intentan introducir una cesura en el sistema de derechos que, según Habermas, se hallan como condición de la toma legítima de decisiones en el marco de una democracia deliberativa. Esos argumentos tratan de definir a un subconjunto (los derechos sociales) como contingentes u opcionales. Se trataría de derechos programáticos, subordinados a la voluntad del legislador ordinario, no eficaces, o limitados en su alcance. Hemos examinado las diferentes razones que se aportan para fundar esta división del sistema de derechos y consideramos que ellas no logran justificar una situación diferenciada (e inferior) para los derechos sociales. Por lo tanto, estos mantienen su rol dentro de la democracia deliberativa y deben recibir el mismo trato que los derechos civiles y políticos.

de quien solicita una pensión no contributiva por incapacidad para trabajar; la investigación se lleva adelante incluso en el domicilio del solicitante; véase “Reyes Aguilera” (2007), voto de la mayoría, considerando 5.

CAPÍTULO 6

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Aun admitiendo que son derechos, que no se subordinan a la voluntad o criterio de oportunidad del legislador ordinario, y que no son opcionales, muchas veces se justifica el incumplimiento total o parcial de los derechos sociales invocando las arduas cuestiones interpretativas que plantean estos preceptos.

La dificultad para interpretar los derechos sociales

Una objeción frecuente contra la vigencia de los derechos sociales se centra, entonces, en lo que pueden denominarse problemas de interpretación. Así, por ejemplo, Sajo destaca que los DESC no proveen la guía que una norma jurídica debe brindar¹. Otras posturas similares subrayan que las normas de derechos sociales no resultan lo suficientemente claras, o que están formuladas como directrices generales o como resultados a obtener, sin indicar los medios para lograrlos². El intérprete (judicial, por ejemplo) carece de elementos para llenar las lagunas o limitar la vaguedad de las cláusulas, como señala Cross³. A modo de ejemplo, se cita el art. 11 del PDESC, que reco-

1 Sajo, 2002: 224, 252.

2 Cruz Parceró, 2004: 90. Aquí cabe objetar que en el caso argentino (y en el PDESC) muchos derechos no están redactados así; por el contrario confieren derechos subjetivos y de modo concreto; por ejemplo, la estabilidad del empleado público o el salario mínimo, vital y móvil en el art. 14 *bis*. En algunos casos se indican los medios: el art. 13 del PDESC señala la implantación progresiva de la enseñanza superior gratuita como un medio particular para garantizar el derecho a ese nivel educativo.

3 Cross, 2001: 905.

noce el derecho a “un nivel de vida adecuado”. Esta línea argumental destaca que resulta casi imposible definir qué significa “adecuado”. No hay manera de saber si el Estado está cumpliendo o no con sus obligaciones; se carece de criterios definidos.

La falta de claridad, según esta posición, impide poner en vigor los DESC. La postura, que podría describirse incluso como un escepticismo radical, niega la posibilidad de alcanzar una comprensión (siquiera general) de textos jurídicos escritos en lenguaje natural. Frente a esa imposibilidad cognoscitiva, se afirma, no hay manera de determinar cómo llevarlos al plano de las realizaciones, o bien evaluar si tal o cual acto u omisión resulta contrario a los derechos sociales.

Este escepticismo suele rechazar la posibilidad de plantear judicialmente los derechos sociales. Sin embargo, el problema va más allá. Dificultades interpretativas graves no sólo impedirían la exigibilidad judicial, sino también la reglamentación por la legislatura o la administración. Un escepticismo radical hace imposible el cumplimiento de los DESC en cualquiera de los poderes públicos.

En este capítulo, comenzamos por señalar que (6.1) los problemas interpretativos se hallan en todos los derechos, y no sólo en los DESC. Luego proponemos (6.2) un marco general de la hermenéutica como tarea humana. A partir de ello, podemos entrar a (6.3) la interpretación del derecho y (6.4) la del derecho constitucional en particular. Señalamos entonces que (6.5) no adoptaremos la manera tradicional de resolver las cuestiones interpretativas, sino que planteamos ciertos criterios para (6.6) la búsqueda de una hermenéutica coherente. Luego aportamos algunos elementos para (6.7) la interpretación de los derechos sociales de la Constitución. Finalmente sintetizamos (6.8) los puntos centrales de nuestra propuesta hermenéutica en esta materia.

6.1. La interpretación no es sólo problemática en los DESC

Por supuesto, las normas sobre derechos sociales presentan vaguedad y quizá algunas ambigüedades. Sin embargo, estos pro-

blemas no se limitan a los DESC. Muchos derechos llamados “de primera generación” presentan imprecisiones sobre su contenido⁴.

Todo derecho (o todo texto legal) escrito en lenguaje natural presentará problemas de vaguedad. Según Scott y Macklem, se da por supuesto un consenso más amplio en torno a los derechos civiles y políticos⁵. Cuesta aceptar ese supuesto: basta recordar cómo la Corte norteamericana llegó a garantizar el derecho al aborto (en 1973) y la permanente polémica posterior, para entender que ni siquiera el derecho al “debido proceso” invocado en *Roe v. Wade*⁶ posee demasiada precisión.

La libertad de expresión no precisa su alcance frente al derecho, al honor, o la intimidad. La Corte argentina pudo así sostener que sólo atribuir una afirmación a una fuente, u omitir nombres propios, o usar el potencial exoneran de responsabilidad a la prensa, tal como se resolvió en “Campillay” (1986), para luego introducir la doctrina de la real malicia en “Morales Solá” (1996). El derecho de propiedad no tuvo la claridad necesaria para evitar la cambiante jurisprudencia sobre conversión forzada de depósitos en dólares, desde “San Luis” (2003) a “Massa” (2006). La libertad de culto puede resultar imprecisa en relación con la exhibición pública de símbolos⁷. También entra en tensión con las obligaciones de ciertos docentes que profesan la fe de los Testigos de Jehová, a quienes se sanciona por negarse a reverenciar a la bandera nacional⁸.

Sin embargo, los detractores de los derechos sociales no llegan a la conclusión de que la libertad de expresión, el derecho de propiedad o la libertad de culto no puedan ser aplicados, sobre la base de estas dificultades interpretativas. Las disputas virulentas acerca de estos derechos no los conduce a descartarlos del plexo de libertades.

Frente a la vaguedad de los derechos formulados en lenguaje natural, la solución no consiste en negarles carácter de derecho, sino

4 Sunstein, 2004: 145.

5 Scott y Macklem, 1992: 45.

6 410 US 113 (1973).

7 Véase Gelli, 2005: 140 y ss.

8 La cuestión se discutió en “Asociación de Testigos de Jehová” (2005).

en trabajar sobre su contenido. Para ello hay que adentrarse en la interpretación como tarea jurídica, y luego aprovechar las diversas pautas y vías. Pueden incluirse la reglamentación, la jurisprudencia y la dogmática, y el auxilio de las fuentes internacionales⁹ y del derecho comparado, como se verá a lo largo de este apartado. Esto resulta aplicable a todos los derechos: civiles, políticos, económicos, sociales, culturales.

6.2. La interpretación como tarea humana

En general, la interpretación plantea el problema de cómo validar las conclusiones del intérprete. Esto exige superar cierta noción de validación como verificación empírica, dominante en el modelo positivista de ciencia. En el ámbito de la interpretación, es necesario acudir a otro paradigma de ciencia. Se trata del modelo hermenéutico, que retoma una larga tradición y resulta aplicable no sólo al derecho, sino también a la interpretación literaria, cultural e incluso al estudio de textos sagrados¹⁰. La hermenéutica posee una larga historia; su fortalecimiento como opción epistemológica y metodológica a partir de comienzos del siglo XX obedece a la desconfianza hacia la empiria y la observación como vías privilegiadas al conocimiento. La postura “objetivista” del positivismo presupone la separación entre sujeto que conoce y objeto conocido. A la vez, plantea el llamado monismo en el método: esto es, que un solo método (el de las ciencias naturales) permite generar un conocimiento válido.

La hermenéutica opone fundadas objeciones a esta visión y distingue entre la “explicación”, propia de las ciencias naturales, y

9 Abramovich y Courtis, 2002: 122-123.

10 La hermenéutica aplicada a la Biblia aparece en el siglo XVI entre los luteranos; luego se va consolidando como disciplina filosófica, especialmente a partir del trabajo de Dilthey, a comienzos del siglo XX. Dilthey considera que la hermenéutica permite evitar la interpretación arbitraria de los románticos y también la pretensión de validez universal que el positivismo postula. Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer y Paul Ricoeur no toman a la hermenéutica sólo como método, sino como una posición filosófica más profunda, acerca de la naturaleza del mundo (esto es, se trata de un planteo ontológico). Véase, en general, Ferrater Mora, 1994.

la “comprensión”, característica de las ciencias históricas¹¹. Rechaza además la posibilidad de la separación radical entre sujeto y objeto, especialmente en el plano del análisis de fenómenos culturales y de contenidos simbólicos. La interpretación no sería posible sin poner en juego las ideas propias. Por otra parte, el modelo hermenéutico subraya la inevitable mediación simbólica en todos los aspectos de la vida. De esta forma, el lenguaje de la ciencia positiva no constituye un “avance” frente al lenguaje natural, sino simplemente un recorte sobre ese lenguaje, que sigue siendo la base ineludible. Estas ideas centrales marcan el origen de una renovada tradición hermenéutica, cuyo representante central es Hans-Georg Gadamer.

Hermenéutica y diálogo

Gadamer retoma el proyecto de las “ciencias del espíritu”, aquellas que reivindicaban el estudio de realidades diferentes de la mera naturaleza; ello lo enfrenta con las posturas objetivistas. Pero también intenta superar el subjetivismo y el psicologismo (esto es, una interpretación fundada en la empatía). Hallará en el concepto de tradición, expresada a través del lenguaje, el ámbito de la interpretación que va más allá de los sujetos particulares. Su pensamiento queda expresado en la obra *Verdad y Método* (1960).

Toda actividad humana, en la visión de Gadamer, tiene un carácter lingüístico. No sólo la cultura, sino “absolutamente todo, porque todo se inserta en la comprensibilidad de las relaciones mutuas”. La lingüisticidad aparece como “estructura básica de la socialidad humana”¹² y nada queda fuera del diálogo¹³.

Por esta presencia del lenguaje, la interpretación se produce en toda experiencia humana. Sólo a partir de las ideas y valores recibidos (la tradición) puede cada persona dar sentido a la experiencia. La tradición se expresa en “prejuicios”, esto es, precomprensiones

11 Von Wright, 1971: 20-21, 23-24.

12 Gadamer, 1967: 230, 232.

13 Gadamer, 1971: 247.

que anteceden a nuestros juicios sobre algo. Contra la herencia de la Ilustración moderna, Gadamer rescata el aspecto positivo de los prejuicios. Estos no siempre distorsionan, sino que muchas veces son “anticipos de nuestra apertura al mundo, condiciones para que podamos percibir algo”¹⁴.

Al no seguir el método positivista, la validación de la interpretación no se produce mediante una “verificación” o a través de la experimentación. La aceptación de la interpretación se practica a través de lo que Gadamer denomina el “diálogo”¹⁵. Cada interpretación propuesta se convierte en el material para una nueva actividad de entendimiento. Si los interlocutores continúan el diálogo, la interpretación ha sido validada. Si aparecen objeciones o rechazos, estos impulsan una interpretación diferente, que vuelve a ser presentada. Este diálogo se produce de modo continuo, incesantemente, conformando sucesivas interpretaciones; cada una de ellas habilita nuevas preguntas. La validación se funda en la intersubjetividad.

Tradición, cambios y crítica

A primera vista, esto parece dar la idea de un acervo cultural conservado y reproducido sin cambios: cada interpretación estaría simplemente repitiendo lo ya sabido. Sin embargo, no es esa la experiencia histórica. Existen cambios, y algunos muy profundos, a lo largo de los complejos procesos sociales de interpretación y reinterpretación de las ideas y valores heredados. La tradición no implica inmovilismo.

Para dar cuenta de estas transformaciones, se hace necesaria la noción de crítica propuesta por Habermas. En su debate con Gadamer, Habermas destaca que es posible revisar la tradición recibida y objetivarla a través de la reflexión. Se rompe su aspecto “natural” y se comprende que es posible modificarla¹⁶. La intersubjetividad no pue-

14 Gadamer, 1966: 217-218.

15 Ferrater Mora, 1994b: 1423.

16 Habermas, 1967: 252, 255.

de tener la continuidad impenetrable que parece derivar de la postura de Gadamer. En algún momento, existe discontinuidad. Las integraciones de lo diferente exigen una pausa, una interrupción en la transmisión de la tradición. Esa pausa parece ser el espacio para la crítica (y la ruptura), y no sólo para absorber o integrar lo distinto. Puede darse, por ejemplo, cuando hay una situación de vida “específicamente ininteligible”¹⁷. Allí, las pautas heredadas por tradición no permiten entender lo que ocurre, volverlo aceptable. En esa perplejidad, en esa dificultad, se abre paso la reflexión sobre el tema. Así, según Habermas, la reflexión podría mostrar cómo se aceptaron antes por vía de autoridad (esto es, bajo alguna forma de coacción más o menos disimulada) las pautas tradicionales, las mismas que ahora muestran su impotencia o irrelevancia. Al explicitar este origen autoritario, la norma pierde su aceptabilidad racional¹⁸ y abre paso a una ruptura con ella, o a su reemplazo por otra norma diferente.

Este recorrido por la noción de hermenéutica nos lleva a comprender que la interpretación necesita validar sus conclusiones. En otras palabras: el rechazo de un modelo positivista de ciencia no conduce a adoptar la irracionalidad, la arbitrariedad o la mera subjetividad como criterios para interpretar. A partir de la propuesta de Habermas, las interpretaciones se someten a la crítica racional como filtro para determinar su aceptabilidad. Estas pautas representan una visión general de la interpretación como actividad humana; se trata del marco en que se inserta la hermenéutica como método y una tarea hermenéutica en particular: la interpretación del derecho.

6.3. La interpretación del derecho

La interpretación constituye uno de los principales problemas en el derecho en general, y en el derecho constitucional en particular. A partir de lo anterior, revisaremos los problemas particulares de este ámbito de la hermenéutica.

17 Habermas, 1970: 286.

18 Habermas, 1967: 255.

Sin embargo, hay que separar este problema (la interpretación) de otro diferente aunque estrechamente relacionado: la cuestión de la legitimidad de los jueces y de los medios y facultades de los jueces para actuar. La interpretación como problema se plantea también al Ejecutivo y al Legislativo.

Cualquier norma jurídica, por estar expresada en lenguaje natural, ofrecerá dificultades interpretativas. En general, son bien conocidos los problemas generados por la vaguedad, la ambigüedad, la textura abierta y la carga emotiva de las palabras u oraciones empleadas para formular las normas¹⁹.

La posibilidad de comprender

Ante la interpretación como problema, se plantean dos posturas básicas²⁰. La primera puede denominarse “no cognoscitivista”. Este planteo escéptico sostiene que interpretar consiste en asignar un significado; en otras palabras, se trata de una actividad decisoria, cuyos resultados no pueden analizarse en términos de “verdad” o “falsedad”²¹. La segunda postura, en cambio, afirma que es posible detectar el significado de una norma, y que puede evaluarse dicha tarea, reconociendo la “verdad” o “falsedad” de una interpretación. Este planteo “cognoscitivista” está en la base de la dogmática jurídica, que presupone la existencia de un significado correcto único. Esta escuela, predominante en países de la tradición “continental” europea (o del llamado “derecho civil”), parte de la adhesión dogmática al derecho positivo y de una serie de supuestos difícilmente sustentables. Así, se presume que el derecho ofrece un sistema completo, preciso y coherente, elaborado por un legislador único, omnisciente, justo, preciso y omnicomprensivo²². La dogmática intenta resolver las contradicciones y lagunas de textos o sistemas jurídicos,

19 Nino, 1980: 259 y ss.

20 Moreso y Vilajosana, 2004: 159-163.

21 Aquí preferimos, en rigor, hablar de interpretación “justificada” o “no justificada”; véase Habermas, 1983.

22 Nino, 1980: 321 y ss.

mientras afirma realizar una tarea descriptiva. Aquí radica su debilidad: el ocultamiento de sus pautas valorativas, que quedan fuera de la discusión²³.

Las posturas intermedias admiten que la interpretación consiste tanto en detectar como en asignar significados, según los casos. Los casos “típicos” (o “fáciles”) implican simplemente encontrar un sentido. En cambio, los problemas aparecen con los casos “atípicos” (o “difíciles”). Allí puede existir un área clara de sentido, pero queda un ámbito de penumbra o incluso de oscuridad, que impone una tarea de entendimiento más exigente. Cuando no sea posible detectar el significado, corresponde la asignación. Sin embargo, tal estipulación no necesariamente debe ser arbitraria²⁴. El intérprete debería justificar de modo racional la adopción de tal o cual sentido asignado. Puede seguirse el esquema propuesto por Nino²⁵. En una primera etapa, el intérprete describe lo más sistemáticamente posible el derecho vigente en un área o cuestión, y expone, en caso de haberlas, las distintas alternativas interpretativas que pueden extraerse. Luego, en una segunda etapa, se propone tomar una de esas alternativas, pero ofreciendo las razones que justifican dicha opción. Tal justificación, afirma Nino, también reconoce dos niveles: el primero consiste en fundamentar la aceptabilidad de las normas del derecho positivo; en el segundo, se hallan las soluciones compatibles con dichas normas. Es decir, no pueden adoptarse aquellas interpretaciones que, si bien puedan admitirse moralmente, sean incompatibles con el derecho positivo vigente y justificado (lo que incluye la Constitución y los derechos que protege).

En el marco teórico de la interpretación que expusimos, no corresponde hablar de interpretaciones “verdaderas”, sino justificadas. En los llamados casos “fáciles”, la justificación de la interpretación puede acercarse a una verificación: es decir, el cotejo de lo interpretado con lo que la norma dice. Aquí sí puede hablarse de

23 Nino, 1992: 103.

24 Moreso y Vilajosana, 2004: 162.

25 Nino, 1980: 71, 345-347.

interpretación “verdadera”. En tanto, los casos difíciles obligan a elegir entre interpretaciones; allí la justificación se traslada al ámbito de la argumentación práctica. Corresponde dar las razones para optar entre varios entendimientos posibles. En estos supuestos, la interpretación deberá ser “correcta”, esto es, coherente con ciertos valores o pautas normativas²⁶.

6.4. La interpretación constitucional: dos posturas principales

La interpretación, según Sagüés, consiste en averiguar el sentido de la norma constitucional, mientras que la determinación la completa en caso de ser necesario²⁷. El trabajo sobre la Constitución plantea problemas específicos²⁸. En primer lugar, muchas cuestiones importantes no se tratan explícitamente en ella, de modo que no resulta obvio cuál es el conjunto de soluciones coherentes con la norma suprema. Por otra parte, en muchos casos la cuestión pasa por reconocer los límites admisibles de la intervención, limitación o regulación estatales en materia de derechos.

Sin embargo, la interpretación no resulta imposible. Se parte de una tradición común, de una cultura que hace posible el entendimiento, tal como se señaló al exponer la cuestión de la interpretación en general. Además, se hace apelando a argumentos dirigidos a la razón, que todos los participantes del proceso poseen. No es imposible, entonces, alcanzar acuerdos interpretativos, aunque siempre sean transitorios.

En general, se reconocen dos concepciones sobre la interpretación constitucional, con diferentes variantes²⁹. Una postura impulsa una interpretación “dinámica”, partiendo de la Constitución como un “texto vivo”; de lo contrario, ella no servirá a las necesidades de la actualidad. Podría denominarse también “interpretación correc-

26 La diferencia entre “verdad” y “corrección”, en Habermas, 1983.

27 Sagüés, 1999: I, 60, 73.

28 Chemerinsky, 1997: 15-16.

29 Gargarella, 2008c: 123; Moreso y Vilajosana, 2004: 166-167; Chemerinsky, 1997: 17 y ss.

tora”; permite dar a un texto un sentido diferente al que tendría siguiendo estrictamente el uso de las palabras; puede darse un entendimiento extensivo o restrictivo. La doctrina estadounidense denomina “no originalista” a este enfoque. La constitución evoluciona por medio de la interpretación. Esto se acerca a nuestra concepción de interpretación: una tarea permanente y colectiva. Sin embargo, resulta difícil definir quién ejercerá ese rol. En particular, confiar el trabajo a los jueces plantea el problema de su menor legitimidad democrática.

Justamente, la postura “originalista”, afirmada sobre el argumento “democrático”, sostiene que la interpretación no debe ir más allá del texto. También puede denominarse “interpretación literal”³⁰. En algunos casos, sostiene que el texto debe entenderse según las ideas de los constituyentes mismos³¹. Esto parece dar mayor certeza y, a la vez, limita el poder de los jueces, que no tienen legitimidad democrática. Sin embargo, resulta imposible que el intérprete no haga opciones morales, guiado por valores actuales, al cumplir su función. Además, una revisión judicial basada en las estrictas palabras de los constituyentes también resulta contramayoritaria (esto es más visible en constituciones antiguas como la norteamericana). Es difícil, por otra parte, saber con qué grado de abstracción debe tomarse la intención del constituyente³². A modo de ejemplo, ¿a quién querían proteger los constituyentes de 1853 al incluir la cláusula de igualdad ante la ley? (CN, 16). ¿A los extranjeros? ¿A las mujeres? ¿A los creyentes de religiones minoritarias de la época?

La interpretación originalista encubre una postura valorativa bajo apariencias descriptivas. Presenta como inevitable o neutral la opción por la interpretación basada en los valores atribuidos a los redactores originales. Va contra el carácter colectivo, permanente,

30 Moreso y Vilajosana, 2004: 163.

31 Chemerinsky denomina a este grupo “originalistas estrictos”; véase Chemerinsky, 1997: 17, 20, 23.

32 Chemerinsky, 1997: 19. Desde el punto de vista histórico es probable que los constituyentes norteamericanos no favorecieran el intencionalismo como criterio interpretativo; véase Chemerinsky, 1997: 24.

históricamente situado de la hermenéutica. Resulta imposible tomar el pensamiento de los constituyentes del pasado. La lectura de las convicciones de aquellos se hace, inevitablemente, desde el horizonte actual de sentido.

Gargarella repasa además otra propuesta; la de Ronald Dworkin, quien centra la interpretación constitucional en principios³³. La tarea consiste en definir la mejor concepción de los conceptos constitucionales, atendiendo al texto y las tradiciones y experiencias comunitarias (en un primer paso). Pero también debe justificarse de la mejor manera posible. Dworkin emplea la metáfora de la escritura colectiva (pero sucesiva) de una novela. Se le ha criticado la importancia decisiva de la reflexión monológica del intérprete, sin intercambio ni discusión. Dworkin parece preocuparse por lograr una interpretación justificable, pero pierde de vista el carácter colectivo, intersubjetivo y permanente de la tarea hermenéutica.

6.5. La propuesta tradicional

No seguiremos aquí un enfoque frecuente en la doctrina constitucional argentina: desplegar un conjunto de cánones interpretativos contradictorios, como opciones igualmente válidas e intercambiables. Este abordaje entraña un alto riesgo de arbitrariedad y trato desigual (esto último, en el caso de la interpretación judicial).

La visión tradicional parte de reconocer que ciertas pautas en materia de interpretación pueden considerarse asentadas en virtud de la jurisprudencia de la Corte argentina. Nino las incluye dentro de la práctica constitucional (que el intérprete acepta antes de aplicarla al problema en discusión); sin embargo, Nino advierte que tales pautas forman una “trama [...] considerablemente laxa”, y en muchos casos se contradicen³⁴. Veamos sólo un ejemplo. Según Bigdegain, la Corte Suprema ha fijado la pauta de “atenerse a los textos”, dándole a las palabras el sentido “que tienen en la vida diaria”,

33 Gargarella, 2008c: 132 y ss.

34 Nino, 1992: 103-104.

sin suponer que hay palabras superfluas, o que deben ignorarse o considerarse no escritas³⁵. Pero también, explica Sagüés, otra pauta aconseja seguir la voluntad del legislador³⁶, y no la literalidad de la norma. Esto contradice la noción de atenerse al texto. Sagüés y Bidegain agregan a estas pautas una modalidad dinámica de interpretación, por entender a la Constitución como un instrumento perdurable, apto para regir situaciones distintas a las del tiempo de su sanción³⁷; hay que incorporar los “juicios estimativos de cada época”³⁸. Aquí resulta difícil entender hasta qué punto matizar la letra estricta y la voluntad del constituyente (con las dificultades para determinarla) con las ideas actuales sobre la cuestión.

Gargarella, contra la postura tradicional, sostiene que el uso de tantos y tan diferentes principios interpretativos conduce a un trato desigual y a una incertidumbre jurídica. El riesgo de discrecionalidad interpretativa no desaparece por la combinación de diversos métodos³⁹.

6.6. La búsqueda de una interpretación coherente

Aquí partiremos de que la interpretación es posible y necesaria en el ámbito del derecho. Mostramos ahora algunas herramientas disponibles para el intérprete, a fin de proveer una interpretación

35 Bidegain, 1994: 78. En materia de derechos sociales, la Corte hizo explícito uso de este criterio al distinguir entre las expresiones “protección contra el despido arbitrario” y “estabilidad del empleado público”, incluidas en el art. 14 *bis*; véase “Madorrán” (2007), voto de la mayoría, considerando 5. Este criterio se reitera en “Gentini” (2008), voto de la mayoría, considerando 12.

36 Bidegain denomina modalidad “estática” a este canon; véase Bidegain, 1994: 79. Otra alternativa, quizá más objetiva, consiste en tomar el propósito de una norma, en lugar de la intención subjetiva de sus autores; véase esta distinción en Mikva y Lane, 1995: 764. La Corte argentina siguió esta tesitura en “Milone” (2004) al revisar los objetivos de la Ley de Riesgos de Trabajo (ley 24.557); a partir de allí evaluó la razonabilidad de sus disposiciones, tal como se describe en el apartado 6.7.3.

37 Sagüés, 1999: I, 64-65.

38 Bidegain, 1994: 79; este autor sostiene que la Corte adoptó este criterio dinámico a partir de 1934.

39 Gargarella, 2008: 240-241, 243.

fundada, racional, aunque nunca definitiva. Se busca superar el escepticismo radical, tratando de reducir la incertidumbre al mínimo posible. La falta de acuerdo en los criterios, según Gargarella, no permite concluir que cualquier interpretación vale lo mismo que las otras⁴⁰. Precisamente, al revisar la hermenéutica como marco general, se puso el acento en la propuesta de Habermas de introducir la dimensión crítica, para revisar racionalmente las interpretaciones propuestas.

Dos preguntas centrales

La interpretación plantea en realidad dos interrogantes: *quién* interpreta, y *cómo* lo hace.

En un marco democrático (y más aún en una democracia deliberativa), la interpretación puede ser llevada a cabo por cualquier persona. En el caso argentino, la CSJN aporta una palabra definitiva en la esfera institucional en cierto momento. Pero ello no marca el fin de la discusión, tal como se explica también en la sección 9.3.

Surgen así varias clases de interpretaciones, muchas de ellas fuera del Derecho como disciplina o como práctica profesional. Sindicalistas, empresarios, integrantes de asociaciones civiles, militantes de organizaciones sociales, fieles de congregaciones religiosas, la ciudadanía en general, toda la población elabora algún entendimiento (con mayor o menor grado de sistematicidad y fundamentación) sobre las normas que nos rigen, especialmente de la Constitución. Estas interpretaciones entran a la esfera pública y alimentan el debate.

Ya dentro del Derecho como disciplina y como práctica profesional pueden reconocerse las interpretaciones auténtica, oficial, doctrinal, estratégica y judicial⁴¹. La auténtica queda insertada en la misma norma por el órgano que la emite, a fin de precisar el sentido de alguna expresión (también puede hacerse en una norma posterior). La interpretación oficial proviene de otros cuerpos oficiales, no necesariamente judiciales. La doctrinal suele consistir en el

40 Gargarella, 2008c: 123; Gargarella, 2008: 246.

41 Moreso y Vilajosana, 2004: 175-176.

resultado de la tarea dogmática en torno a un área de derecho, con el objetivo de influir en las discusiones sobre el sentido de la norma. La interpretación estratégica es llevada a cabo por las partes en un proceso, a fin de lograr el resultado buscado. La judicial, finalmente, resulta de la actividad de los jueces.

Cabe reiterar que en una democracia deliberativa la ciudadanía debe estar encargada de la interpretación. Se trata de “una práctica colectiva, compleja y constructiva”, y no un acto individual, explica Maurino; se dirige a “desarrollar un entendimiento compartido” sobre los acuerdos fundamentales de la comunidad. El foro público representa un “escenario de un diálogo sin fin (sin última palabra) entre los diversos órganos de decisión estatal”⁴². Esta discusión, afirma Habermas, “es, en su núcleo, una disputa política” que involucra a todos. Ni los jueces ni los juristas pueden invocar ninguna autoridad para “imponer a los demás una comprensión de la Constitución”, sino que deben convencer de ella⁴³. Gargarella destaca que confiar en la ciudadanía como último intérprete no significa adoptar el plebiscito como herramienta, sino que el derecho “debe comenzar a vincularse con igualitarios procesos de discusión pública, hoy completamente ausentes de nuestro horizonte democrático”⁴⁴.

Respecto a cómo interpretar, aquí se mostrarán las pautas que pueden aplicarse, intentando articularlas de modo coherente. Nos concentramos en el intérprete jurídico, esto es, aquel que lleva adelante la tarea dentro del Derecho como disciplina. Con modificaciones, puede ser aplicable también a otros intérpretes.

Premisas interpretativas

Damos por supuestos ciertos criterios básicos. Primero: debe tomarse en cuenta el texto constitucional. No pueden desconocerse las palabras de la Constitución, ni fundar interpretaciones en la sim-

42 Maurino, 2007: 321, 338.

43 Habermas, 1994: 477.

44 Gargarella, 2008: 246.

ple elisión de un pasaje, una frase o un término. De lo contrario, la existencia de una constitución escrita no tendría demasiado sentido.

Otro principio consiste en tomar la Constitución como un sistema. La interpretación de un derecho no debe destruir otros. De otro modo, la interpretación violaría el principio de no contradicción. Sagüés define a este principio como una de las áreas “pacificadas” del debate sobre interpretación⁴⁵. La Corte Suprema argentina ha adoptado explícitamente este criterio. No pueden tomarse artículos aislados, sino que deben coordinarse todas las normas constitucionales, atendiendo a su equilibrio interno y “con un sentido constructivo”⁴⁶; Bidegain describe esta pauta como de “armonización”⁴⁷. La Corte aplicó esta pauta también en materia de derechos sociales; por ejemplo, al analizar cláusulas del art. 14 *bis* en relación con las atribuciones presidenciales⁴⁸, o con las libertades económicas clásicas. El alto tribunal ha establecido que al fijar una “compensación económica familiar”, el 14 *bis* no viola la libertad de contratar⁴⁹. Se ha señalado que la interpretación sistemática puede resultar difícil si la Constitución incluye planteos ideológicos contrapuestos; en tal caso, Sagüés⁵⁰ propone atenerse al marco más reciente. Sin embargo, no comprendemos por qué el marco ideológico más nuevo debería primar. En todo caso, habrá de tenerse en cuenta la fundamentación admisible como base para todo el texto, con independencia de las circunstancias que motivaron tal o cual parte de la Constitución. De otro modo, no se hace una interpretación sistemática, ya que no se toma a la ley suprema en su conjunto.

Por último, la interpretación fundada exigirá, en muchos casos, contar con información provista por las ciencias al tratar cuestiones de hecho involucradas en la interpretación. Las garantías de los métodos científicos permiten discutir racionalmente sus conclu-

45 Sagüés, 1999: I, 61.

46 Sagüés, 1999: I, 61-62.

47 Bidegain, 1994: 78.

48 “Madorrán” (2007), voto de la mayoría, considerando 9.

49 Quiroga Lavié, 2000: 98, citando los precedentes de Fallos, 246:345 y 250:46.

50 Sagüés, 1999: I, 63.

siones. Ciertos conceptos de una norma remiten a una situación fáctica cuyo conocimiento no puede basarse en el sentido común o en generalizaciones sin base.

6.7. La interpretación de los derechos constitucionales

Toda interpretación debe resultar coherente con la fundamentación teórica de esos derechos. Deben preferirse las interpretaciones que hacen el mayor aporte a la consolidación de esos fundamentos, frente a otras que simplemente no los reduzcan. De no ser así, la interpretación no resultaría justificable, al menos dentro del marco constitucional (por ejemplo, si recurriera a otras nociones distintas como fundamento de la interpretación).

Otro presupuesto es que la interpretación se orienta a dar vigencia al derecho en análisis. Se descartan las interpretaciones que vuelvan inoperante un derecho⁵¹. En esto creemos reconocer el sentido de toda norma jurídica, incluyendo a las constituciones. Resulta contradictoria en sí misma la noción de una norma creada para ser ineficaz. La Corte argentina sostiene que la CN “asume el carácter de una norma jurídica y [...] en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios [...]”⁵². También ha dicho el alto tribunal que los derechos sociales se benefician de un “principio de favorabilidad”, que excluye interpretaciones restrictivas⁵³.

Herramientas del intérprete jurídico

Cada intérprete dispone para su tarea de técnicas de la disciplina. Las aplicará dentro de las reglas institucionales de su lugar de actuación. Un doctrinario debe seguir ciertas prácticas al dar a conocer sus conclusiones (en general, se le exigen las pautas propias de la ac-

51 En un sentido similar, Bidart Campos, 1991: 395.

52 “Vizzoti” (2004), considerando 8; citado luego en “Reyes Aguilera” (2007), voto de la mayoría, considerando 8.

53 “Gentini” (2008), voto de la mayoría, considerando 25.

tividad científica). Quien integra órganos representativos encuentra requisitos diferentes; lo mismo ocurre en la magistratura. En cada caso, las técnicas propias del derecho tendrán mayor o menor importancia; habrá más o menos espacio para otras técnicas interpretativas (propias de la historia, del análisis del discurso, de la semiótica, o bien de la reflexión política, entre muchas otras posibles).

En primer término, cada intérprete cuenta con lo que puede llamarse el “diálogo social”⁵⁴ en torno a un derecho: todo el material que circula por la esfera pública, cualquiera sea su origen. Esta base es condición para todo trabajo hermenéutico sobre un derecho (o sobre cualquier cláusula constitucional, en realidad). Incluye la jurisprudencia, la doctrina, las intervenciones de los legisladores y constituyentes en los debates, los aportes de otros actores sociales y políticos (aunque no sigan las reglas de la argumentación jurídica; en estos casos, tienen un valor heurístico). En el caso particular de los derechos humanos incorporados por tratados internacionales, la referencia a “las condiciones de su vigencia” incorpora a este diálogo social las elaboraciones de los órganos de aplicación (CIDH, Corte Interamericana, Comités de Naciones Unidas, etcétera, tal como exponemos más adelante).

El Derecho, como práctica social y científica, da un rol central a la argumentación⁵⁵. El intérprete disciplinar del Derecho emplea por ello las pautas de esta actividad⁵⁶. No sólo los principios básicos de identidad y no contradicción, sino también el conjunto de modalidades argumentativas ya reconocidas. El argumento *a contrario* impide extender o restringir el contenido de un texto normativo, dando por supuesto que su sentido resulta claro. No permite, entonces, una interpretación dinámica o correctora. En tanto, el argumento analógico lleva a aplicar una determinada solución normativa a supuestos de hecho no previstos, pero similares a los reglados por ella. Así resulta posible una interpretación correctora o dinámica. El

54 Derivamos esta noción del concepto amplio de “diálogo” que hallamos en Gadamer.

55 Atienza, 2001: 251 y ss.

56 Moreso y Vilajosana, 2004: 164-172.

argumento *a fortiori* permite dar una misma solución a supuestos distintos, ya no sobre la base de la similitud, sino de las razones que fundamentan la reglamentación del caso abarcado. El argumento psicológico aconseja seguir la voluntad del autor de la norma, lo que refuerza interpretaciones originalistas. Si se atiende al lugar que una disposición ocupa dentro de la norma, se está siguiendo el argumento *sedes materiae*. Los intérpretes dentro del Derecho suelen utilizar también el argumento *a coherentia*, por el que se deja de lado un significado que contraría el contenido (interpretado) de otra norma de igual jerarquía. El argumento económico elimina las interpretaciones que supongan una repetición del contenido de otras disposiciones. La lectura del texto puede hacerse atendiendo a la finalidad objetiva perseguida: se usa en ese caso el argumento teleológico. El argumento pragmático favorece la interpretación que mantenga o mejore la eficacia de la norma.

Estas son las vías principales y conocidas para argumentar. Sin embargo, Moreso y Vilajosana señalan acertadamente que en general, no hay pautas para establecer jerarquías entre ellas. Cabe señalar, no obstante, que pueden reconocerse algunas pautas generales para el caso argentino. Se basan en la fundamentación o justificación teórica de la Constitución (y de cada una de sus partes o disposiciones)⁵⁷. Puede sostenerse que los derechos constitucionales no admiten interpretaciones correctoras restrictivas. No se puede ir más allá del texto para limitar derechos. Tampoco resulta admisible encontrar por fuera del texto los fundamentos para ampliar las atribuciones de los poderes frente a la población. Esto se basa en que la Constitución busca asegurar el gobierno propio de las personas, en el marco de una democracia deliberativa basada en la autonomía de los sujetos. La expresión textual de esto se halla en el principio de legalidad (CN, 19) y en el reconocimiento de derechos no enumerados.

Sí pueden admitirse argumentos que vayan más allá de las palabras estrictas a fin de encontrar en los derechos contenidos que aseguren aquello que justifica al texto. Esto generalmente se acepta

⁵⁷ Moreso y Vilajosana, 2004: 172.

al tratar los derechos civiles y políticos. El argumento analógico se ha aplicado para incluir dentro del concepto de “libertad de imprenta” (CN, 32) modalidades de expresión más modernas. Pero esto no resulta viable para ampliar atribuciones gubernamentales. La fundamentación de nuestro orden constitucional es asegurar el autogobierno, no expandir las facultades de las autoridades a costa de la autonomía de los habitantes.

En síntesis, aquí se ofrece una manera –si bien muy general– de ordenar lo que de otra manera se muestra como un arsenal de técnicas justificatorias que pueden emplearse arbitrariamente. Su utilidad consiste, en cambio, en dar al intérprete una serie de caminos para el razonamiento, probados a lo largo del tiempo y aceptados dentro de la disciplina en la que se inscribe su práctica.

6.7.1. Pautas de organismos internacionales

En el caso de los derechos humanos (civiles, políticos, sociales) incorporados a través de tratados con jerarquía constitucional, existe un conjunto específico de materiales que deben tenerse en cuenta al momento de interpretar.

El art. 75 inc. 22 le da la máxima jerarquía a estos instrumentos de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”. Deben incluirse las reservas y declaraciones formuladas por Argentina al momento de la ratificación, y también las interpretaciones hechas por los órganos internacionales de aplicación⁵⁸.

En cuanto a reservas y declaraciones, el PDESC fue ratificado⁵⁹ con una sola reserva (referida a la aplicación del Pacto sobre las islas argentinas del Atlántico Sur que Gran Bretaña mantiene ocupadas). La ratificación⁶⁰ de la CADH introduce, en el tema que nos interesa, una declaración interpretativa referida al derecho de

58 Gelli, 2005: 712-713; Sagüés, 1999: II, 279-280; Manili, 2002: 85; Quiroga Lavié, 2000: 483.

59 El instrumento de ratificación fue emitido el 2 de junio de 1986 y depositado el 8 de agosto del mismo año.

60 Se hizo por instrumento emitido el 14 de agosto de 1984.

propiedad (art. 21 de la Convención); se establece que no queda sujeta a revisión de la Corte Interamericana la política económica del gobierno; tampoco lo que los tribunales nacionales determinen como “utilidad pública”, “interés social” ni “indemnización justa”. Se fija, además, que el tratado se interpretará “en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella”. Se trata, como vemos en el apartado 7.5.6, de la supremacía de los principios constitucionales de derecho público, fijada en el art. 27 de la CN. Hoy esta aclaración ha perdido alguna relevancia, porque la CADH tiene jerarquía constitucional; pero debe tenerse en cuenta para alcanzar un entendimiento de la Convención en relación con el resto del articulado y de los demás tratados. Finalmente, puede tener alguna relevancia para nuestro trabajo la declaración interpretativa formulada al ratificar⁶¹ la CDN. Allí el Gobierno argentino señala que la vida del niño se inicia con la concepción (en esto retoma, en general, el art. 4 de la CADH).

Desde el punto de vista interpretativo, entonces, las decisiones de la Corte Interamericana sobre política económica, indemnización justa o interés social no tienen el mismo peso que las resoluciones sobre otras materias (no integran “las condiciones de su vigencia” con referencia a la CADH). Pero sí integran, en nuestra opinión, el “diálogo social” en torno a esos temas y podrán servir al intérprete, que puede hacerlas jugar en su tarea dándoles la importancia y rol que las pautas de la disciplina les asignen.

En segundo lugar, las “condiciones de su vigencia” incluyen, con la misma importancia, las distintas pautas, instrucciones y conclusiones de los órganos de aplicación de cada tratado⁶². También comprenden las modalidades de interpretación propias de los tratados internacionales. Para el caso de los derechos sociales, por ejemplo, según el art. 31 de la Convención de Viena, el PDESC

61 Las declaraciones y reservas se formularon en la ley 23.849, que aprobó la Convención.

62 Abramovich y Courtis, 2002: 72; Sagüés, 1999: I, 267.

debe interpretarse dando a las palabras su sentido ordinario en el contexto y según su objeto y propósito. En todo tratado de derechos humanos, la interpretación debe favorecer al individuo, con una visión restrictiva de las limitaciones a los derechos. Los trabajos preparatorios pueden utilizarse como fuente suplementaria, según el art. 32 de la Convención de Viena; esto resulta aplicable en el caso del PDESC, cuyo período de redacción abarcó casi veinte años⁶³. La Corte argentina ha utilizado los trabajos preparatorios del Pacto, por ejemplo, en “Vizzoti” (2004)⁶⁴ y en “Madorrán” (2007)⁶⁵.

Un argumento adicional se basa en que la responsabilidad internacional abarca a todos los poderes del Estado, incluyendo a los jueces⁶⁶. Por ello, la Corte Suprema argentina ha admitido el recurso a las interpretaciones de los organismos internacionales.

Los derechos sociales se hallan consagrados en más de un instrumento internacional. La interpretación debe reunir los materiales producidos por los órganos de aplicación. En algunos casos, se trata de sentencias emitidas por un tribunal internacional, como ocurre con la Corte Interamericana y sus decisiones basadas en la CADH y en la DADDH. Donde no existe un tribunal de aplicación, deben emplearse las elaboraciones de los órganos correspondientes, tales como el Comité de los Derechos del Niño, o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Importancia particular del PDESC

Cabe detenerse, sin embargo, en el PDESC, que constituye seguramente el tratado internacional más importante en la materia. En su caso, no existe un tribunal de aplicación. Sin embargo, hay materiales relevantes para la interpretación generados en el ámbito internacional. Su producción está a cargo del Comité DESC, reco-

63 Craven, 1995: 3.

64 Véase considerando 10.

65 Véase voto de la mayoría, considerando 8.

66 Abramovich y Courtis, 2002: 72.

nocido por la CSJN como “intérprete autorizado” del Pacto, cuyas elaboraciones se incluyen en las “condiciones de vigencia” aludidas en la CN⁶⁷.

El PDESC, según Craven, sólo ganó efectividad a partir de 1985, con la creación (resolución 1985/17) de este Comité, que adoptó en poco tiempo algunas iniciativas fértiles, tales como recibir información de las ONG, requerir informes quinquenales a los Estados parte, fijar un período para discusiones generales y elaborar las OG⁶⁸. Las OG expresan la interpretación del Comité acerca de preceptos del Pacto con el objetivo de facilitar su comprensión y orientar a los Estados en el cumplimiento del tratado⁶⁹. A través del Comité, el Consejo Económico y Social de NU reemplazó al Grupo de Trabajo, un ente anterior cuya efectividad había sido baja⁷⁰.

Hasta septiembre de 2012, el Comité ha elaborado 21 OG: 1) “Presentación de informes por los Estados partes” (1989); 2) “Medidas internacionales de asistencia técnica (art. 22 del Pacto)” (1990); 3) “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1º del art. 2º del Pacto)” (1990); 4) “El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1º del art. 11 del Pacto)” (1991); 5) “Las personas con discapacidad” (1994); 6) “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores” (1995); 7) “El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1º del art. 11): los desalojos forzosos” (1997); 8) “Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales” (1997); 9) “La aplicación interna del Pacto” (1998); 10) “La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales” (1998); 11) “Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)” (1999); 12) “El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)” (1999); 13) “El derecho a la educación” (1999); 14) “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (2000); 15) “El derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto)” (2002); 16) “La igualdad de

67 “Q. C.” (2012), voto de la mayoría, considerando 10.

68 Craven, 1995: 352, 355; Abramovich y Courtis, 2002: 67-68.

69 Sepúlveda, 2006: 119.

70 Abramovich y Courtis, 2002: 67.

derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3º del Pacto)” (2005); 17) “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor (a) (apartado c) del párr. 1º del art. 15 del Pacto)” (2005); 18) “El derecho al trabajo” (2005); 19) “Derechos a la seguridad social (art. 9 del Pacto)” (2008); 20) “No Discriminación” (2009); y 21) “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15 párr. a del Pacto)” (2009).

Este material da forma a las “condiciones de vigencia” del PDESC en el marco constitucional argentino. La interpretación debe tomar en cuenta estas OG, sistematizando sus contenidos e integrándolos en la argumentación. No pueden utilizarse para reducir o contradecir la justificación teórica de los derechos, ni para impedir una lectura sistemática y en conjunto del texto constitucional, ni para quitar eficacia a los derechos. La Corte argentina ha utilizado estas OG⁷¹, e incluso las referidas a un país en particular: en “Campodónico” (2000)⁷² (sobre el derecho a la salud) cita las Observaciones Especiales del Comité referidas a Suiza⁷³. Existe también una fuente no obligatoria: los Principios de Limburgo, elaborados en 1986 por un grupo de expertos y adoptados por NU (Doc. E/C 4/1987/17)⁷⁴.

El Pacto prevé un mecanismo de seguimiento, como anticipamos más arriba. Cada Estado debe presentar, periódicamente, informes sobre el grado de cumplimiento alcanzado en los distintos derechos. Luego, el Comité emite una Observación sobre el informe y formula recomendaciones. Cumpliendo la obligación fijada en los arts. 16 y 17 del PDESC, Argentina remitió al Comité DESC dos informes. El primero en 1994 y el segundo en 1999. En las Obser-

71 Por ejemplo, en “Rossi” (2009), voto de la mayoría, considerando 6; y como ya señalamos, en “Q. C.” (2012).

72 Véase Piccardo, 2005.

73 “Campodónico” (2000), voto de la mayoría, considerando 19.

74 En 1997, otro grupo delineó los Principios de Maastricht, no adoptados oficialmente por NU; véase Abramovich y Courtis, 2002: 69.

vaciones Finales⁷⁵ que el Comité efectuó luego de revisar el segundo informe, se fija (punto 42) la fecha de entrega del tercer informe: 30 de junio de 2001. Sin embargo, Argentina lo envió recién en 2009⁷⁶; fue discutido en la sesión del Comité prevista para fines de 2011⁷⁷, y el 21 de diciembre del mismo año, el Comité emitió su Observación Final sobre nuestro país⁷⁸. Entre los puntos positivos, el texto destaca la adopción de legislación sobre salud mental, matrimonio igualitario, educación, migraciones y preservación de los glaciares (parág. 5). Luego analiza diversos “motivos de preocupación”, incluyendo la inadecuada protección de los derechos de los pueblos indígenas, el manejo de las estadísticas oficiales (en el Indec), el desproporcionado uso de la fuerza contra manifestantes que reclaman por los derechos sociales, las desigualdades de género en materia de empleo, la cantidad de trabajadores en situación informal, la falta de recursos para combatir la trata de personas, la persistencia de la violencia contra la mujer, la incoherencia de la legislación argentina sobre sindicatos con las pautas internacionales, la exclusión de ciertos grupos y sectores en el acceso a la Asignación Universal por Hijo, el continuado déficit de viviendas, y la falta de garantías para el disfrute de la salud sexual y reproductiva, entre otros numerosos puntos. El próximo informe debe presentarse en diciembre de 2016.

El reciente Protocolo Opcional al PDESC⁷⁹ creó otro mecanismo de seguimiento. La Asamblea General de NU aprobó dicho

75 Las Observaciones Finales contienen las conclusiones del Comité tras analizar el informe de un Estado. En ellas, el Comité señala aspectos positivos y “motivos de preocupación”, aunque en los últimos tiempos incluye declaraciones de violación de algún derecho; véase Sepúlveda, 2006: 119.

76 Una versión de avance del Informe, disponible en español en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/AdvanceVersions/E-C12-ARG-3_sp.doc

77 Véase la información disponible en: <http://www.treatybodyreport.org/stateparty/argentina.html#cescr>

78 Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/co/E-C-12-ARG-CO-3_en.doc

79 Texto en inglés disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/A-RES-63-117.pdf>

Protocolo el 10 de diciembre de 2008⁸⁰. Argentina lo firmó en la sesión especial del 24 de septiembre de 2009 y lo ratificó el 24 de octubre de 2011⁸¹. El Protocolo habilita las denuncias individuales por violación de los derechos contenidos en el Pacto, aunque no establece un mecanismo jurisdiccional. Cuando inicie funciones, sus dictámenes también tendrán valor interpretativo⁸².

Otra pauta aplicable se origina en la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de Expertos de la OIT. La Corte Suprema revisó las Observaciones individuales sobre Argentina para determinar la constitucionalidad de los beneficios otorgados al sindicato con personería gremial en la ley 23.551⁸³.

Relevancia de las pautas internacionales

No se trata de criterios definitivos: deben ponerse en juego con el resto de la Constitución y los tratados de igual jerarquía, atendiendo al diálogo social interno sobre los derechos. Abramovich y Courtis sostienen que al suscribir los tratados, la Argentina cedió la competencia interpretativa⁸⁴. Esto puede ser cierto en el ámbito internacional, pero no en el interno. Según el art. 75 inc. 22, los tratados de derechos humanos (y los materiales que integran “las condiciones de su vigencia”

80 Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

81 Hasta septiembre de 2012, el Protocolo cuenta con 40 países firmantes; 8 lo han ratificado (Argentina, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, España y Mongolia). No se halla en vigencia todavía; lo estará tres meses después de depositarse el décimo instrumento de ratificación (Protocolo Opcional, art. 18).

82 Seguramente, se discutirá si esos dictámenes integran las “condiciones de su vigencia”, como lo hacen las OG. A favor de su inclusión, puede alegarse que los dictámenes interpretan los derechos del PDESC. Sin embargo, podría alegarse que no forman parte de las “condiciones de su vigencia” ya que se originan en un instrumento internacional diferente del Pacto. Correspondería, en ese caso, darle jerarquía constitucional al Protocolo Opcional del PDESC para que tuviera el mismo rango que el Pacto.

83 Véase “Rossi” (2009), voto de la mayoría, considerando 6; allí repasa doce Observaciones emitidas entre 1989 y 2008, señalando que “corresponde tomar[las] en especial consideración, dado su nexa específico con la cuestión” discutida en el fallo.

84 Abramovich y Courtis, 2002: 75.

deben leerse en conjunto con el resto de los derechos contemplados en la Constitución y los tratados del mismo rango. Las interpretaciones del Comité no pueden tener efecto restrictivo sobre otros derechos sociales en la Argentina. Ello deriva del art. 5.2 del mismo PDESC: no pueden restringirse derechos “reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. En cuanto a la complementariedad con la primera parte⁸⁵ de la ley suprema, debe lograrse una interpretación armonizante, como se describe en la sección 7.1. Las posturas del Comité sí podrán tomarse como fundamento de responsabilidad internacional. En esa esfera no puede emplearse el derecho interno como forma de limitar o dar sentido al derecho internacional. No ampliamos este punto, ya que la responsabilidad exterior de la Argentina excede el objeto de este trabajo.

A continuación ofrecemos una sistematización básica de las pautas interpretativas generadas por el Comité. Una vez delineadas estas directivas, puede continuarse la tarea de integrarlas en una interpretación de base amplia, que incluya el resto de la Constitución, las elaboraciones de la jurisprudencia y de la doctrina, entre otros materiales con pertinencia.

Líneas generales de los criterios del Comité DESC: respetar, proteger y cumplir

Tanto Abramovich y Courtis⁸⁶ como Scott y Macklem⁸⁷ sostienen que este organismo distingue tres clases de obligaciones

85 Aquí cabe aclarar que la primera parte no sólo abarca a los artículos 1 a 35, sino también el capítulo segundo (arts. 36 al 43, que incluyen los derechos políticos, las formas de democracia semidirecta, el derecho al ambiente sano y los derechos de usuarios y consumidores, además de las garantías del amparo y el hábeas corpus) incorporado por la reforma de 1994. Sagüés, en cambio, toma sólo los primeros 35 artículos (véase Sagüés, 1999: I, 268 y 270), quizá porque se los excluyó de la reforma según la ley 24.309. Pero el acápite “Primera Parte” abarca ahora dos capítulos.

86 Abramovich y Courtis, 2002: 31.

87 Scott y Macklem, 1992: 74; esto se relaciona con la discusión acerca del efecto vertical y horizontal de los derechos, que se analiza en el apartado 3.1.3.

derivadas de los derechos sociales: respetar, proteger y cumplir (“*fulfill*”). Si bien aquí se hace referencia a los derechos sociales, las mismas tres clases de deberes existen para los derechos civiles y políticos. La obligación de “respetar” significa que el Estado no debe infringir directamente un derecho. El deber de “proteger” le exige impedir que terceros lo hagan⁸⁸. Finalmente, “satisfacer” pone al Estado en la obligación de garantizar y promover el goce efectivo del derecho. Se trata de obligaciones simultáneas, no sucesivas. La división tripartita tiene solamente un carácter analítico.

Las obligaciones de “respetar” y “proteger” no se limitan a conductas negativas, sino que incluyen protecciones especiales a grupos vulnerables⁸⁹, en particular durante periodos de ajuste económico⁹⁰. También el Comité ha requerido asegurar el igual acceso a la salud, incluyendo los servicios prestados por terceros⁹¹. El respeto y la protección exigen proveer recursos efectivos, judiciales y de otro tipo, idóneos para proteger los derechos sociales; no bastan los previstos para los otros derechos⁹². Sobre esto se vuelve en el capítulo 9, al tratar la cuestión de la exigibilidad judicial.

La obligación de “cumplir” implica, más claramente, deberes positivos de proveer bienes o el dinero necesario para adquirirlos. La Corte Suprema ha reconocido las “obligaciones positivas” del Estado, al menos en materia de derecho a la salud⁹³.

88 Las obligaciones de “respetar” y “proteger” incluyen la de adecuar el marco legal, eliminando leyes contrarias (por ejemplo, las que imponen aranceles en la educación primaria) y reglas discriminatorias de derecho o de hecho, asegurando recursos efectivos contra la discriminación.

89 Con respecto a los discapacitados, en la OG 5 (1994), punto 9, y respecto a los ancianos, en la OG 6 (1995), punto 17; en el derecho a la vivienda, la OG 4 (1991), punto 8, exige cierta prioridad para distintos grupos vulnerables.

90 OG 2 (1990), punto 9, y OG 3 (1990), puntos 12 y 13.

91 OG 14 (2000), punto 35.

92 OG 3 (1990), punto 5. Véase también Abramovich y Courtis, 2002: 85, 87.

93 Véase “Campodónico” (2000), voto de la mayoría, considerando 16, con citas de “Asociación Benghalensis” (2000). Sin embargo, esas obligaciones no abarcan la provisión de tratamientos experimentales; véase “Buñes” (2010).

Como condición para “respetar”, “proteger” y “cumplir”, se halla la obligación estatal de relevar información (a través de una “revisión comprehensiva”), supervisar la vigencia de los derechos (incluso contando con asistencia internacional para ese monitoreo) y formular planes⁹⁴. El Comité reitera esta obligación respecto a los distintos derechos: vigilar la situación de la vivienda y establecer una estrategia nacional en la materia⁹⁵, informar sobre la situación de desalojos⁹⁶, supervisar la enseñanza⁹⁷, y en materia de salud, garantizar el acceso a la información y formular un plan nacional⁹⁸.

La Observación General (OG) 3 del Comité de DESC establece que los Estados tienen al menos dos “obligaciones con efecto inmediato”⁹⁹. La primera es garantizar la no discriminación en el goce de derechos¹⁰⁰. La segunda consiste en adoptar medidas “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”¹⁰¹. El Estado puede elegir qué medidas adoptar, pero siempre brindando fundamentos al presentar sus informes¹⁰².

Las tres obligaciones descriptas resultan coherentes con el esquema constitucional argentino. El deber de “respetar” coincide incluso con las posturas más tradicionales (en cuanto se exige al Estado no interferir en el goce de un derecho). La obligación de “proteger” contra actos de terceros implica aceptar el efecto horizontal de los derechos, ratificado en el art. 43 de la CN. Las obligaciones

94 OG 1 (1989), puntos 2, 3 y 4; OG 3 (1990), punto 11. La OG 20 (2009) fija la obligación de que la información se desglose según los motivos de discriminación prohibidos (punto 41).

95 OG 4 (1991), puntos 12 y 13.

96 OG 7 (1997), puntos 19 al 21.

97 OG 13 (1999), punto 37.

98 OG 14 (2000), puntos 43, 44 y 53.

99 OG 3 (1990), punto 1.

100 La OG 13 (1999), punto 4, lo establece específicamente para el caso de la educación; véase Abramovich y Courtis, 2002: 81.

101 OG 3 (1990), punto 2.

102 OG 3 (1990), punto 4.

de hacer (o positivas) han sido reconocidas por la Corte Suprema, al menos en el derecho a la salud.

El Comité ha propuesto, por otra parte, la noción de “núcleo mínimo” (*minimum core*) o “nivel esencial” de goce de un derecho. Por su parte, la Corte Suprema argentina parece haber adoptado recientemente ese concepto como criterio para evaluar el cumplimiento de los derechos sociales: “hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos”¹⁰³.

Aquí revisamos este concepto, sus debilidades y cómo puede reinterpretarse en el marco constitucional argentino.

6.7.2. La pauta del “núcleo mínimo”

El enfoque basado en el núcleo mínimo puede presentar problemas. Más allá de las dificultades para determinarlo, puede convalidar retrocesos o impedir avances en los derechos sociales.

La obligación de garantizar niveles esenciales o un “núcleo mínimo” de los derechos sociales, según la OG 3 (1990), punto 10, surge del art. 2.1 del Pacto. De acuerdo al Comité, si el Pacto no obligara a un mínimo, no tendría razón de existir. El Comité ha tratado de fijar el nivel mínimo para distintos derechos: educación, en la OG 13 (1999), punto 57; salud, en la OG 14 (2000), puntos 11, 12 y 43. Según admite Young, el concepto de “núcleo mínimo” cumple funciones útiles¹⁰⁴. Fija una base legal común para evaluar el cumplimiento de la pauta programática de “realización progresiva” (discutida en otra sección de este capítulo) y brinda una protección mínima cualquiera sea el sistema económico vigente o el nivel de recursos disponibles. También, por otra parte, pone un límite a los reclamos de DESC, marcando objetivos moderados y acotando así las expectativas en la materia.

¹⁰³“Q. C.” (2012), voto de la mayoría, considerando 12.

¹⁰⁴ Young, 2008: 121.

A primera vista, el concepto de núcleo mínimo parece dar mayor fuerza a los derechos sociales, fijando una base no negociable ni reductible. Sin embargo, cabe plantear dos objeciones: la dificultad para determinar ese mínimo y el riesgo de su empleo como coartada para el incumplimiento. Luego de explicar estas dificultades, en una sección posterior se sostiene que el núcleo mínimo puede integrarse a un criterio interpretativo más amplio: la razonabilidad.

Dificultades para definir el núcleo mínimo

Young señala y critica las diversas maneras de entender el “núcleo mínimo”¹⁰⁵. Algunas han sido adoptadas por el Comité, con diferente énfasis.

El Comité intentó primero delinear un núcleo mínimo entendido como consenso mínimo. Se busca el espacio común a los distintos acuerdos en la materia, la jurisprudencia internacional y la práctica, legislación y sentencias de los diversos Estados. Sin embargo, Young objeta, acertadamente, que los derechos humanos se crean precisamente para ir más allá de las decisiones de los Estados. En el caso argentino, parece inadecuado recortar los derechos sociales a partir de las prácticas de otros Estados. Seguir este camino implicaría contradecir la pauta de interpretación sistemática de estos derechos en relación con el resto de la Constitución.

Luego el Comité ha definido ciertos deberes mínimos (de conducta y de resultados) necesarios para poner en vigencia los derechos sociales. Aquí Young objeta que los deberes adoptados suelen ser “policéntricos”, esto es, atribuibles a diferentes áreas y poderes de un Estado. Eso vuelve imprecisa la propuesta.

Finalmente, Young repasa un tercer enfoque: la búsqueda de una esencia normativa, partiendo de las necesidades básicas o bien de ciertos valores a garantizar. Sin embargo, señala Young, muchas veces no existe un acuerdo firme en torno a cuáles son estas necesidades. A eso añadimos que los derechos sociales del PDESC

105 Young, 2008: 126-164.

no pueden definirse como condiciones de supervivencia biológica. Aquí cabe señalar que el concepto de autonomía en sentido amplio, que tomamos de Habermas, puede proveer una base relativamente objetiva para la búsqueda de algún valor que sirviera de guía para definir un mínimo.

El núcleo mínimo como excusa

Más allá de los problemas para determinar el mínimo, este podría servir para justificar el incumplimiento integral de los derechos sociales. Si el Comité llegara a definir los niveles esenciales de goce de los derechos, los Estados tendrían allí una excusa para no avanzar, para permanecer en ese nivel. Por más justificable (o alto) que sea el mínimo, si se adopta con carácter planetario, brindará a muchos Estados la oportunidad de mantenerse en el nivel de las naciones menos desarrolladas¹⁰⁶.

El mínimo puede conducir también a sacrificios indebidos. Por ejemplo, Abramovich y Courtis sostienen que no sólo existe un mínimo de protección para cada derecho, sino que existe un mínimo de población que debe recibir esa protección¹⁰⁷. Rechazamos esta interpretación, que da un permiso al Estado para desproteger a la otra parte de su población. La formulación de los derechos en la CN y en los instrumentos de igual jerarquía reconoce a cada persona como titular, y no sólo a un grupo. Sería injustificable, en el marco de una democracia deliberativa, limitar los derechos a un grupo cuando todas las personas deben tener la posibilidad de participar en la deliberación para que ella sea legítima.

El texto constitucional argentino

Hay un argumento más para dejar de lado el concepto de núcleo mínimo como base central de la interpretación. La Consti-

106 Lehmann, 2006: 185.

107 Abramovich y Courtis, 2002: 92.

tución argentina no adopta este sistema al incorporar los derechos (sociales, civiles y políticos). Falta un anclaje textual que justifique, siquiera en principio, el enfoque centrado en un núcleo mínimo. Por el contrario, el lenguaje empleado apunta a la vigencia plena, sujeta a regulación de su ejercicio. La disponibilidad de recursos –analizada en la sección 8.3– y la progresividad sí están incluidas (a través de la incorporación del PDESC). Corresponde orientar la interpretación hacia la mayor extensión posible, en una realización progresiva según los recursos disponibles. El umbral de la violación de derechos no se halla en un mínimo, sino en la falta de cumplimiento de estas últimas pautas.

Aquí se propone, entonces, tomar otros criterios como pautas principales: el principio de razonabilidad y el principio de progresividad. Adoptar estas pautas puede hacer innecesario el uso intensivo de la noción de núcleo mínimo.

6.7.3. *La razonabilidad como criterio*

Al interpretar los derechos sociales, se intenta definir su alcance en una situación concreta o bien en una disputa particular. Al mismo tiempo, se están analizando (de modo explícito o implícito) las limitaciones impuestas a ese derecho, por acción u omisión estatal. Para interpretar qué está incluido, por ejemplo, en el derecho al más alto nivel posible de salud, se debe resolver si lo que queda excluido constituye una limitación válida. Se trata del mismo procedimiento, visto desde dos perspectivas distintas: interpretación como definición del contenido, o como definición de lo excluido.

Para evaluar estas limitaciones, puede utilizarse el principio de razonabilidad, que la doctrina y jurisprudencia argentinas, en general, derivan del art. 28 de la CN¹⁰⁸. Según ha dicho reiteradamente nuestra Corte Suprema, el principio de razonabilidad exige relacio-

108 Así, por ejemplo, en Quiroga Lavié, 2000: 159; también lo denomina “principio de limitación”. Puede leerse al art. 28 como derivación del principio de supremacía constitucional: el legislador no puede alterar la prescripción del constituyente; véase “Vizzoti” (2004), considerando 8.

nar “los medios elegidos con los propósitos perseguidos”¹⁰⁹. Gelli sostiene que una decisión razonable debe guardar: 1) una proporción entre los medios y los fines, según fijó la Corte en “Inchauspe” (1944); y 2) una relación causal entre la limitación de derechos y el objetivo buscado, tal como el alto tribunal señaló –por ejemplo– en “Irizar” (1996)¹¹⁰. Los fines también deben ser legítimos desde el punto de vista constitucional. Corresponde aplicar a los derechos sociales este principio de razonabilidad¹¹¹, al igual que se hace con los derechos civiles y políticos¹¹².

Cuestiones centrales de la razonabilidad

El interrogante principal es: ¿Se justifica esta limitación al derecho social en cuestión? Ello exige responder a estas otras preguntas: 1) ¿Se halla afectado un derecho (social, en este caso)? 2) ¿Cuál es el fin legítimo que el Estado (o el particular) aduce para explicar su acción u omisión sobre este derecho? 3) ¿Resulta proporcional esa medida (activa u omisiva) para alcanzar aquel fin?

La pregunta 1) supone una idea inicial sobre el contenido del derecho en cuestión. Aquí puede bastar una noción de sentido común, o bien una fórmula más elaborada, nutrida de lo que denominamos diálogo social. Con esa base (dotada de mayor o menor fundamento) el intérprete puede detectar una aparente violación del derecho social en juego. Así comienza, en rigor, el proceso interpretativo.

109 “Irizar” (1996), voto de la mayoría, considerando 8, con citas concordantes de *Fallos*, 160:247, 171:349 y 243:98

110 Gelli, 2005: 331. En un sentido similar, Bidart Campos, 1991: 407.

111 La Corte Suprema, por ejemplo, ha utilizado este principio de razonabilidad al evaluar el alcance de la indemnización por despido incausado prevista en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo; véase “Vizzotti” (2004), considerando 7 y ss.

112 Sin embargo, cabe señalar que en su reciente fallo “Q. C.” (2012), la mayoría de la Corte parece haber optado por el criterio del núcleo mínimo, y sostiene que ese contenido define la “razonabilidad”; en su voto concurrente, en cambio, el ministro Petracchi retoma el concepto tradicional fijado en “Inchauspe” (1944). Todavía es difícil saber cuál postura prevalecerá hacia adelante en la CSJN.

A su turno, la pregunta 2) no exige plantear al Estado (o al particular) un pedido de explicaciones. Eso puede ocurrir (en un proceso judicial, por ejemplo), pero no es necesario desde el punto de vista de la interpretación (que puede no ser judicial). Los fines alegados pueden hallarse en otros materiales disponibles en el diálogo social (por ejemplo, en una publicación oficial, en los escritos doctrinarios, en la historia legislativa, etcétera)¹¹³.

Por último, la pregunta 3) exige la mayor carga de trabajo a quien interpreta. Debe adoptar alguna noción de proporcionalidad y aplicarla, consciente de la imposibilidad de convertir con exactitud derechos, limitaciones y fines en cifras que puedan analizarse matemáticamente. La desproporción significa, en principio, que la limitación impone una carga demasiado grande sobre el derecho; y que existe otra modalidad para alcanzar el mismo fin con una afectación menor. También se ha encontrado irrazonable una disposición que adopte pautas demasiado rígidas, si ello contradice los fines que se deben alcanzar¹¹⁴. Para llegar a esta conclusión, debe seguir las pautas generales indicadas en este apartado. Habrá de realizar una lectura en conjunto de la Constitución y los tratados, teniendo en cuenta los materiales que circulan en el diálogo social sobre la cuestión. Recurrirá a las bases teóricas que justifican la inclusión de este derecho en la Constitución. La conclusión y su puesta en discusión pública no serán más que el punto de partida para nuevos cuestionamientos, incluso por parte del mismo intérprete. Tal es la lógica de la interpretación, entendida como se la describe en este apartado: una práctica colectiva, permanente, dialógica.

Así, las preguntas 1), 2) y 3) no son pasos de una secuencia única. A partir de la respuesta obtenida de las otras personas (o sin

113 En “Milone” (2004), la Corte tomó los fines declarados por la ley 24.557 (o Ley de Riesgos de Trabajo) como criterio para evaluar si sus disposiciones podían considerarse razonables; véase voto de la mayoría, considerandos 4 y 5.

114 Por ejemplo, la adopción de un régimen de indemnizaciones por accidentes laborales que sólo permita el pago en forma de renta periódica, y no incluya la posibilidad de excepciones en las que se entregue una suma única; véase “Milone” (2004), voto de la mayoría, considerando 6.

ello), el intérprete puede volver a la primera pregunta y repensar si existe o no una afectación del derecho, antes de volver a revisar si está justificada, si es proporcional, etcétera. No se trata de un ejercicio circular, ya que cada regreso a la pregunta inicial se hace desde una comprensión más profunda. Se trata, en todo caso, de círculos sucesivos que se elevan.

Razonabilidad en acciones y omisiones

Veamos algunos ejemplos. Una empleada pública queda cesante en virtud de una ley de prescindibilidad que permite justificar el despido por razones de “ajuste económico”. Frente a esta acción estatal, corresponde preguntar: 1) ¿se afecta el derecho a la estabilidad en el empleo público (CN, 14 *bis*)? En el uso común de la palabra, la estabilidad implica permanencia en un puesto de trabajo; a primera vista, se ha violentado el derecho. Lo cual lleva a 2) ¿cuál es el fin legítimo declarado por el Estado al sancionar esta ley y al despedir a esta empleada? El debate parlamentario puede dejar claro que se busca reducir el déficit fiscal a través de estas cesantías; y que este objetivo resulta compatible con la Constitución y resulta de una decisión parlamentaria correctamente adoptada. Debemos preguntarnos: 3) ¿resulta proporcional esta medida para cumplir ese fin? ¿O impone una desproporcionada restricción al derecho en juego? Aquí el intérprete puede entender que la restricción es demasiado elevada, ya que implica la pérdida completa de la estabilidad, mientras que el fin buscado podría lograrse de otras maneras (postergando la compra de equipamientos militares, reduciendo los sueldos más elevados de la planta política, vendiendo bienes del Estado, reduciendo gastos en las oficinas públicas). O bien puede juzgar insuficientes las alternativas, por lo que las cesantías aparecen como un medio legítimo y proporcionado de alcanzar el objetivo de eliminar el déficit en las cuentas públicas.

Otro caso puede involucrar a una persona que no logra acceder a un tratamiento médico para una enfermedad. Se empieza por pre-

guntar: 1) ¿representa esta enfermedad una afectación del derecho a la salud? De ser así, corresponde saber: 2) ¿cuál es el fin legítimo que el Estado alega para explicar la falta de provisión de este tratamiento? Una puede ser la de preservar la vida del paciente, si se considera que el único tratamiento conocido implica demasiados riesgos. Otra finalidad podría ser mantener la práctica médica dentro de ciertos cánones éticos, si el tratamiento tuviera implicancias en esa área. Puede ocurrir, en cambio, que se apunte a conservar recursos para destinarlos a enfermedades más graves, o más extendidas. A partir de allí, se plantea: 3) ¿es proporcional esta omisión estatal para alcanzar el fin perseguido? Deberá estudiarse hasta qué punto la omisión impacta en la salud del paciente, o cuán fundada es la afirmación del Estado acerca de las objeciones éticas al tratamiento, etcétera. La Corte Suprema ha señalado, en el marco de un análisis de razonabilidad, que “la subsistencia no puede esperar”; garantizar la vida “mediante acciones positivas” constituye “una obligación impostergable” de las autoridades¹¹⁵. Aquí parece haber un límite a la ponderación dentro de la razonabilidad: si la reglamentación aplicada a un derecho acarrea un riesgo grave para la vida, no puede ser razonable¹¹⁶. El límite se halla en la irreversibilidad de la situación, o en la privación total del derecho.

La razonabilidad en este modelo interpretativo: provisoria y crítica

Este criterio, por supuesto, no ofrece resultados exactos o indiscutibles. Este paradigma interpretativo o hermenéutico difiere del

115 “Reyes Aguilera” (2007), voto de la mayoría, considerando 7; “Campodónico” (2000), voto de la mayoría, considerando 16; este mismo punto se señala en la sección 2.5, al tratar la alegada distinción entre derechos “positivos” y “negativos”.

116 Ello puede explicar también la actitud de la Corte en “Rodríguez” (2006), analizado en el apartado 9.4.2. El alto tribunal concedió una medida cautelar consistente en proveer alimentos a dos niños en estado de desnutrición, pese a haberse declarado incompetente. Entre los fundamentos para ordenar la cautelar, citó el peligro en la demora; véase “Rodríguez” (2006), voto de la mayoría, considerando 4.

positivismo (jurídico y también científico) y no puede reiterar la promesa de la dogmática tradicional: proveer el sentido único y correcto.

Se trata aquí de un principio de razonabilidad crítica. Se considera razonable sólo aquello que puede fundarse legítimamente, a través de argumentos aceptables por los participantes en la deliberación.

La razonabilidad deriva de un debate abierto, no limitado a quienes toman decisiones en la esfera pública formal. En el marco de una democracia deliberativa, la razonabilidad también exige considerar y debatir las posturas y argumentos de quienes padecen la violación de sus derechos, a los que debe darse la ocasión de expresarse.

Así, por ejemplo, la disponibilidad de recursos o la progresividad, simplemente invocados y sin fundamentación desarrollada, no constituirán una razón suficiente. Como se explica en la sección 8.3, la disponibilidad de recursos debe leerse en una clave más amplia. Quien interpreta la norma puede revisar el diseño general del presupuesto, a fin de determinar si las cargas impuestas sobre el disfrute de un derecho social se justifican a la luz de la existencia real de fondos¹¹⁷. Esto no debe confundirse con la posibilidad de que los jueces ordenen modificar el presupuesto; en el capítulo 9 se analiza qué atribuciones concretas pueden tener los tribunales.

Este enfoque de razonabilidad hace innecesario el concepto de núcleo mínimo. La violación del mínimo, precisamente, resulta irrazonable. Alterar la sustancia del derecho en cuestión (o eliminarlo) impondría una carga desproporcionada sobre el titular del derecho¹¹⁸, lo cual no podría justificarse por ningún fin legítimo invocado.

6.7.4. El principio de progresividad

Para determinar la razonabilidad de la acción u omisión estatal debe tenerse en cuenta el principio de progresividad. Se halla en el art. 2.1 del PDESC, según el cual cada Estado “se compromete a

117 Así, por ejemplo, Lehmann sostiene incluso que los jueces pueden efectuar esta revisión del presupuesto; véase Lehmann, 2006: 194-195. Se analiza este problema en el capítulo 9.

118 Courtis, 2006: 25.

adoptar medidas [...] para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. El art. 11.1 del Pacto, por su parte, incluye el derecho “a una mejora continua de las condiciones de existencia”, lo que también sirve de base a la progresividad. La Corte Suprema¹¹⁹ encuentra este mismo principio en el art. 75 inc. 23 de la CN, cuyo mandato incluye “promover medidas de acción positiva” que garanticen “el pleno goce y ejercicio” de los derechos constitucionales y de igual jerarquía.

La Asamblea General de la OEA adoptó las normas para reeditar los informes periódicos previstos en el art. 19 del Protocolo de San Salvador¹²⁰, que nuestro país ha ratificado. Allí define la progresividad como el “avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social y cultural” (art. 5.1); en la nota al art. 11 describe las medidas regresivas como aquellas “cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”¹²¹. En 2008, la CIDH publicó los lineamientos para elaborar los indicadores de progreso en materia de derechos sociales¹²²; estas pautas orientan a Estados y organizaciones de la sociedad civil.

La progresividad, señala Courtis, se integra al concepto de razonabilidad¹²³. La medida regresiva es —en principio— irrazonable; ello establece una inversión de la carga de la prueba en el plano interpretativo¹²⁴. La prohibición de la regresividad integra el derecho constitucional argentino¹²⁵. Abramovich y Courtis definen a una norma como regresiva respecto de otra cuando “el grado de efectivi-

119 Ver “Milone” (2004), voto de la mayoría, considerando 6.

120 Courtis, 2006: 4-5; las normas se adoptaron el 7 de junio de 2005.

121 Courtis, 2006: 4-6.

122 Véase CIDH, 2008.

123 Courtis, 2006: 21-22; véase también Abramovich y Courtis, 2002: 96.

124 Según Sepúlveda, se establece una fuerte presunción de incumplimiento del Pacto, y el Estado deberá justificar las medidas adoptadas; véase Sepúlveda, 2006: 135.

125 González, 2006: 202. En la Convención de 1957, el convencional Thedy (PDP) definió a los derechos sociales que se incorporaban en el art. 14 bis como “una limitación a la libertad legislativa [...] un freno para la marcha hacia atrás”; véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: II, 1385.

dad del derecho social reglamentado [...] resulte menor al que había alcanzado [...] antes de la sanción de esa norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse¹²⁶. También existe una regresividad en los hechos, en los resultados, más allá de que las normas en sí no muestren ese carácter. Sin embargo, Courtis admite que es más difícil de reconocer, ya que requiere información estadística o fáctica de la que no siempre se dispone. La progresividad abarcará por lo menos dos obligaciones: 1) mejorar continuamente el goce de derechos y 2) no tomar medidas deliberadamente regresivas¹²⁷.

El Comité ha presentado ejemplos de medidas “deliberadamente regresivas”¹²⁸:

1) Adoptar leyes, prácticas o políticas públicas “manifiestamente” incompatibles con las obligaciones preexistentes (nacionales o internacionales) respecto de los derechos del Pacto¹²⁹, o que reduzcan el nivel de goce de los derechos¹³⁰.

2) Revocar o suspender formalmente legislación necesaria para el goce de un derecho del Pacto¹³¹.

3) Reducir o desviar injustificadamente recursos destinados a la provisión de derechos del PDESC.

La regresividad admisible

El principio de progresividad incluye un elemento de flexibilidad, especialmente al integrarse en el principio de razonabilidad.

126 Abramovich y Courtis, 2002: 112.

127 Sepúlveda, 2006: 124.

128 Sepúlveda, 2006: 133-134.

129 Por ejemplo, establecer el trabajo forzado, en violación del derecho a trabajar (PDESC, 6); véase OG 18 (2005), párr. 34.

130 El Comité ha objetado en este sentido las normas que imponen el pago en las escuelas y hospitales públicos que hasta ese momento eran gratuitos.

131 Como derogar las leyes que protegen contra el despido arbitrario; véase OG 18 (2005), párr. 34.

La inversión de la carga de la prueba significa que pueden existir razones justificatorias de una medida regresiva.

El primer argumento para validar una regresión se halla en el mismo art. 2.1 del PDESC, que hace referencia al “máximo de los recursos disponibles”¹³². Atendiendo a ello, el Comité ha establecido que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”¹³³. *Courtis* interpreta así la postura del Comité: el Estado debe demostrar cómo otros derechos previstos en el Pacto se beneficiaron¹³⁴. *Sepúlveda*, por su parte, entiende –aunque con algunas dudas– que también se justificaría la medida regresiva si afecta sólo a una parte de la población para beneficiar a otro sector más vulnerable en el ejercicio de derechos¹³⁵. Rechazamos ambas interpretaciones. La postura de *Courtis* daría al Estado la libertad de recortar un derecho para cubrir otro, contradiciendo el enfoque de la interpretación sistemática. La regresión no puede validarse por el respeto a otros derechos. De otro modo, algún aspecto de la autonomía amplia –que tomamos del planteo habermasiano– quedaría desprotegido. *Sepúlveda*, a su turno, permite al Estado excluir a un sector social para proteger a otro. Esto introduciría una jerarquía entre personas, lo cual también resulta difícil de justificar en un tratado de derechos humanos que los garantiza para “toda persona”, tal como analizamos en la sección 5.4.

132 Por otra parte, el Comité ha señalado que cuando los recursos disponibles se incrementan, la obligación de lograr una mejora continua se exige de modo más estricto; véase *Sepúlveda*, 2006: 127.

133 OG 3 (1990), párrafo 9. Una excepción al requisito del carácter deliberado de la medida regresiva se da en la OG 16 (2005), parág. 42. Allí se considera una violación del Pacto a las “medidas regresivas que afecten a la igualdad del derecho del hombre y la mujer en cuanto al disfrute de todos los derechos” contenidos en el tratado. Véase también *Sepúlveda*, 2006: 131.

134 *Courtis*, 2006: 38.

135 *Sepúlveda*, 2006: 136.

6.8. Puntos centrales de la propuesta para la hermenéutica de derechos sociales

La interpretación propuesta y aceptada siempre resulta provisoria. En efecto: la deliberación pública implica someter dicha interpretación a crítica y eventual superación. Cada interpretación responde a una pregunta sobre los sentidos, pero a su vez genera nuevos interrogantes. Si bien esto puede parecer una fuente de constante inestabilidad (o caos), hay que recordar que dicha deliberación se nutre de los elementos presentes en el contexto cultural, de esa tradición que hemos descrito. La relativa estabilidad de este acervo impide los cambios bruscos y constantes. Por otra parte, los arreglos institucionales también pueden contribuir a mantener una cierta estabilidad en las interpretaciones aplicables, más allá de que la esfera pública tenga una gran vitalidad.

En síntesis, aquí concluimos que la interpretación en el ámbito del derecho:

- ofrece siempre dificultades, en cualquier ámbito que se practique; y
- es una tarea inevitable, necesaria y permanente, que requiere fundamentación y validación intersubjetiva;

Además, señalamos que:

- no sólo los DESC ofrecen dificultades interpretativas; también los DCP plantean problemas semejantes; y
- las dificultades de interpretación no justifican el incumplimiento de un derecho, porque existen vías para reducir la incertidumbre.

En cuanto a la interpretación de derechos sociales en particular, concluimos que debe:

- ser justificable racionalmente;
- guardar coherencia con la justificación teórica de los derechos a interpretar, tomar en cuenta a la CN y los tratados de igual jerarquía en su conjunto;

- basarse en el diálogo social y científico en torno a los derechos sociales;
- tomar como principios orientadores la razonabilidad y la progresividad, más que la noción de núcleo mínimo;

Finalmente, destacamos que la interpretación de los DESC es una tarea permanente, inacabada y siempre sujeta a cambios; sin embargo, presenta cierta estabilidad, por producirse dentro de un marco cultural determinado.

CAPÍTULO 7

LA JERARQUÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Otra línea de argumentos que justifican los incumplimientos totales o parciales de los derechos sociales se apoya en imponerles ciertos límites. En general, se apunta a disminuir la jerarquía de estos derechos. Aquí revisamos críticamente las posturas que subordinan los derechos sociales (7.1) a la primera parte de la Constitución, (7.2) a la “emergencia”, (7.3) al “bien común”, (7.4) a la preservación del sistema de mercado y de la competencia, o bien (7.5) a las políticas económicas impulsadas por organismos financieros internacionales. Tras analizar estas posiciones, presentaremos la conclusión de que ninguna de estas nociones logra imponerse por encima (y en varios casos, tampoco se coloca a la par) de los derechos sociales. Así, apelar a estas razones no logra justificar la falta de cumplimiento de los DESC.

7.1. El vínculo con la primera parte de la Constitución

Muchos derechos sociales se hallan consagrados en el PDESC. Dicho Pacto recibe jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN. En la misma norma se aclara que los tratados allí aludidos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Una lectura atenta del texto permite comprender que el constituyente entendió que la CN y los instrumentos de igual jerarquía resultaban compatibles entre

sí, y por ello en caso de contradicción aparente el operador debe armonizarlos¹.

Hay quienes sostienen una lectura diferente. Bidegain, por su parte, sostiene que si hay una “colisión” entre las normas de la primera parte y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, deberán aplicarse las primeras². Siguiendo esta postura, el derecho a la vivienda (PDESC, 11) se subordinaría al de propiedad (CN, 14 y 17). Por supuesto, Bidegain no limita su posición al PDESC: abarca a todos los tratados. Sin embargo, esto afecta a los derechos sociales y derechos de la mujer y del niño, porque los derechos civiles y políticos ya están protegidos por el articulado de 1853/60³. En la Convención de 1994 uno de los miembros informantes, Rodolfo Barra, sostuvo que en caso de conflicto, debían primar los contenidos de los primeros 35 artículos de la Constitución, ya que la ley 24.309 (declarativa de la necesidad de la reforma) prohibía modificarlos. El otro miembro informante, Juan Pablo Cafiero, señaló que debía aplicarse el texto que mejor tutelase a la persona⁴. La postura de Cafiero parece más fundada: no se altera el texto de los primeros 35 artículos si se adopta una interpretación que, en casos de conflicto, se inclina por otra norma de la misma jerarquía. La ley 24.309 impedía la alteración textual. No podría prohibir modificaciones “indirectas” a través de la adición de otros textos, porque la reforma en sí misma, aunque abarcara otros pasajes de la Constitución, siempre repercutiría en la

1 Gelli, 2005: 716; según la autora, esta postura es la mayoritaria en la Corte Suprema; la misma noción en Cayuso, 2006: 266 y en Manili, 2002: 83. Quiroga Lavié sostiene que “no hay oposición posible entre los instrumentos internacionales constitucionalizados y el texto de toda la Constitución”. Pero poco antes se contradice, al señalar que la Justicia debe hacer una “interpretación constructiva de ambos sistemas normativos, haciendo prevalecer, por supuesto, las normas constitucionales por imperativo del art. 27”; véase Quiroga Lavié, 2000: 483-484. La invocación del art. 27 resulta innecesaria al interpretar normas dotadas de la misma jerarquía constitucional.

2 Bidegain, 1994: 91.

3 De todas formas, el art. 14 bis está en la primera parte, de modo que aquellos derechos sociales no correrían peligro en la interpretación de Bidegain.

4 Véase Sagüés, 1999: I, 267-268.

interpretación de los primeros artículos (en virtud del criterio sistemático de interpretación).

Bidegain sostiene que la armonización (“aun forzando la letra”) debe hacerse si la colisión es con normas de la segunda parte de la Constitución. Esto supone que la segunda parte tiene un nivel inferior a la primera; resulta difícil aceptar que el art. 75 inc. 22 haya creado esa frontera. La mención de la Primera Parte apunta más bien a mostrar el cumplimiento de los límites fijados en el art. 7 de la ley 24.309⁵.

Resulta difícil justificar la postura de Bidegain a favor de subordinar los tratados del art. 75 a la primera parte de la CN. La expresión “no derogan” no significa “se subordinan a”; además, la idea misma de “jerarquía constitucional” no fortalece la postura de Bidegain. A la vez, el texto constitucional establece que los derechos contenidos en el Pacto son “complementarios” de los reconocidos en la primera parte de la Constitución. Si los derechos reconocidos en el orden interno fueran más amplios, prevalecen sobre las disposiciones de las normas internacionales⁶, tal como lo establecen el art. 5.2 del PDESC y del PDCP.

En síntesis, tampoco con este argumento se logra introducir una división en el sistema de derechos propuesto por Habermas, que nosotros encontramos expresado en el conjunto de derechos contenidos en la CN, incluyendo los sociales.

7.2. La pretendida superioridad de la “emergencia”

Los DESC han visto disminuida su vigencia a través de las sucesivas “emergencias” que distintos gobiernos a lo largo de las últimas décadas han declarado. En los hechos, esto ha significado subordinar los derechos sociales a una hipotética situación que no admite la aplicación de las normas constitucionales.

5 Como se explica en el apartado 3.2.4, ese artículo prohibía modificar “las Declaraciones, Derechos y Garantías” de los primeros 35 artículos de la CN.

6 Gelli, 2005: 718.

Las “emergencias” que discutimos parecen ser creación de la práctica constitucional. El texto sólo incluye el estado de sitio (CN, 23) como fuente de limitaciones excepcionales de los derechos. Dentro de las situaciones excepcionales podría incluirse la guerra (CN, 75 inc. 25; 99 inc. 15). Incluso la “emergencia pública” prevista en el art. 76 sólo habilita la delegación legislativa, y no el recorte de derechos.

La Corte ha convalidado estas emergencias incluso desde antes de la incorporación del art. 76, y expandió la teoría de la emergencia: en lugar de asistir al damnificado por la situación de fuerza mayor (como por ejemplo, los afectados por una inundación), ahora se protegía al Estado⁷. En “Guida” (2000), la Corte resume su pensamiento sobre las emergencias: “acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios”. Agrega que “no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado” (voto de la mayoría, considerando 7). Estas líneas resultan incoherentes con el principio de supremacía constitucional y con la noción de derechos, tal como explicamos más abajo.

El alto tribunal también ha señalado requisitos para reconocer la existencia de la emergencia natural, social o económica⁸. En primer lugar, debe tratarse de un verdadero estado de necesidad, de carácter excepcional; y las normas de emergencia serán transitorias. La declaración de emergencia debe tener por objetivo el bien común, y debe mantenerse el respeto a la Constitución. Los derechos “pueden suspenderse, pero no frustrarse”, señala Sagüés. Tradicionalmente la Corte no indagó las razones que llevaron a declarar la emergencia⁹, lo que habilita el uso espurio de esta noción.

Invocando este concepto, se limitó el alcance de los derechos sociales, con particular énfasis en los derechos previsionales¹⁰, aun-

7 González, 2006: 197.

8 Aquí se siguen los requisitos tal como se los describe en Sagüés, 1999: II, 230-232.

9 González, 2006: 210-211.

10 Gelli, 2005: 176-177. La autora cita la suspensión de convenios colectivos de trabajo mediante un decreto delegado, convalidada por la Corte Suprema en “Cocchia” (1993); véase el voto de la mayoría, considerandos 14 y 18. En el mismo sentido, González, 2006: 199.

que la tendencia parece haberse modificado en los últimos años¹¹. Se admitieron reducciones en el salario de los empleados públicos, siempre que sean 1) temporarias, 2) motivadas por una grave emergencia, 3) no retroactivas, y 4) no confiscatorias, no arbitrarias y proporcionadas¹².

En primer lugar, la doctrina de la emergencia tal como quedó expuesta en “Guida” (2000), similar a pronunciamientos anteriores, violenta el principio de supremacía constitucional. Los “remedios extraordinarios” no pueden –por más “extraordinarios” que sean los “acontecimientos”– estar por fuera de la Constitución. Las emergencias están previstas en los artículos citados al principio de este apartado. Los poderes constituidos tienen vedado ir más allá. El razonamiento de la Corte se apoya sobre una evidente falacia naturalista: justificar los “remedios” (normativos) a partir de los “acontecimientos” (fácticos)¹³.

A la vez, este planteo de “emergencia” contradice la noción de derechos en tanto bases de la producción legítima de derecho. La Corte privilegia “el ejercicio eficaz de los poderes del Estado”. Sin embargo, la democracia no apunta a preservar ese ejercicio, sino la deliberación en ciertas condiciones y bajo cierto procedimiento que permite atribuir legitimidad a las decisiones tomadas. Por el contrario, la actuación de los poderes no tiene preeminencia sobre la deliberación, esto es, sobre el mecanismo que determinará cómo hacer frente a la situación “extraordinaria”. En “Guida” (2000), en cambio, se utilizó una noción de emergencia no prevista en la Cons-

11 Véase nuestro análisis de los fallos “Badaro I” (2006) y “Badaro II” (2007) en el apartado 9.4.3.

12 Como ocurrió en “Guida” (2000).

13 Una falacia semejante se lee en el considerando 18 del voto de la mayoría en “Cocchia” (1993); se afirma que los convenios colectivos de trabajo “no son inmutables, ya que no podrían permanecer inertes ante la *realidad social*” (énfasis añadido). La “realidad” (los hechos) se invoca para justificar cambios al convenio laboral (la norma). Ese razonamiento oculta una premisa normativa: que la crisis (la realidad) debe ser soportada por la parte obrera, perdiendo beneficios consagrados en el convenio. La defensa de esa premisa implícita, justamente, es lo que falta en la argumentación de la Corte.

titución para limitar derechos claramente incluidos (como el que garantiza una remuneración justa).

La lectura de la “emergencia” en materia de derechos sociales debe ser restrictiva, ya que el PDESC no prevé tampoco una cláusula de suspensión para casos de emergencias (sí lo hace, en cambio, el PDCP en su art. 4.1).

Por lo tanto, el argumento de la “emergencia” tampoco logra alterar la situación de los derechos sociales, ni escindirlos del sistema de derechos que sirven de base a la autonomía en un sentido amplio. En primer lugar, porque –como ya señalamos– la emergencia no está prevista con esos efectos dentro de la CN, y por lo tanto, no puede limitar la vigencia de derechos que sí tienen un lugar explícito y una justificación propia. Por otra parte, la emergencia no está habilitada como clave interpretativa restrictiva tampoco en el PDESC, por lo que no se halla una base textual adecuada para el argumento que estamos criticando. Los efectos de una emergencia que se llegue a demostrar fundadamente podrán incorporarse a la interpretación, a modo de contexto, o bien tener un lugar dentro de las dificultades que señala la llamada objeción “técnica”, analizada en la sección 9.2. En esos casos, dará paso a una determinada interpretación o bien a una actuación judicial en alguna modalidad que dé cuenta de esos efectos de la crisis. Pero en ningún caso la emergencia puede significar la postergación indefinida o la negación de derechos que se hallan en el núcleo de la deliberación democrática legítima.

7.3. La supuesta preeminencia del “bien común”

En ciertos casos, el argumento de la “emergencia” se reconvierte en otro que lo vuelve apto para tiempos de normalidad. En esta versión, los derechos sociales quedan subordinados a la noción de “bien común”. Sólo podrían ejercerse hasta el punto que lo permita el bienestar de la colectividad.

Por supuesto, en el orden jurídico argentino todo derecho rige dentro de las leyes que reglamentan su ejercicio (CN, 14); y

el mismo PDESC prevé que los derechos contenidos en él “podrán someter[se] a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática” (art. 4). Pero no hay subordinación de los DESC al “bienestar general”. Por el contrario: el bienestar actúa como justificación exclusiva de la reglamentación, que no puede alterar la “naturaleza” de estos derechos. Se asemeja a la pauta prevista en el art. 28 de la CN.

En cambio, no parece justificarse un esquema donde los derechos de cada persona queden subordinados al bienestar general, al “bien común”. Otra variante propone fijar prioridades en materia de derechos. En este caso, se dará más valor a los derechos que revertan en mayores beneficios para el conjunto de la comunidad. Poniendo un ejemplo simplificado, el derecho a la salud estará por encima del derecho a la educación superior, ya que una población sana puede ser productiva aunque no tenga formación universitaria. Revisamos esta propuesta en la sección 9.2.

Se intenta entonces introducir diferencias jerárquicas con los derechos civiles y políticos, o entre los mismos derechos sociales, con un criterio poco claro y sin justificación. No hay razones para que el ejercicio de los derechos deba necesariamente conducir al bienestar general. Tomemos el caso de los DCP. La creación de un partido político o la publicación de ideas por la prensa no se condiciona a que el partido contribuya al bienestar general, o que lo publicado haga progresar a la comunidad. La provisión de defensa letrada no depende de que el imputado efectivamente sea inocente.

Puede pensarse que detrás de los derechos civiles y políticos hay una idea de bienestar implícita: la vigencia plena de esos derechos representa el bienestar, más allá de que tal partido sea antisocial, o tal publicación tenga consecuencias nefastas, o alguien culpable logre evadir una pena. Este argumento resulta admisible. Lo que no se comprende es por qué la vigencia plena de los derechos sociales no representaría también el bien común, el bienestar general. Al faltar

una argumentación en este sentido, no hay razones para subordinar los derechos sociales a una idea difusa.

La noción misma de “bien común” se vuelve problemática. Su determinación se hace a través de la deliberación, que permite alcanzar consensos de modo racional. Pero esta deliberación requiere la vigencia del sistema de derechos que Habermas describe (y que incluye los derechos sociales). No podemos subordinar derechos al resultado de una deliberación que sólo será legítima si se basa en el reconocimiento mutuo de tales derechos. En la propuesta que pone el bien común por encima de los derechos, se opera al revés: los derechos se ponen al servicio de una noción que todavía hay que definir. Por supuesto, lo que ocurre es que se tiene una idea de bien común predeterminada y –en la mayoría de los casos– no sujeta a discusión. Su carácter injustificado vuelve inadmisibles los argumentos en el marco de una democracia deliberativa.

En todo caso, una idea adecuada de bien común (o de “bienestar general”, para usar la expresión del Preámbulo) podría encontrarse en la suma de los derechos. El bien común consistiría en la vigencia plena y simultánea de todos los derechos reconocidos y su ejercicio efectivo por todas las personas. La idea parece tener bases suficientes: el modelo de democracia deliberativa y su sistema de derechos, y también el anclaje en las distintas cláusulas de la CN y de los tratados internacionales. El bien común ganaría en contenido fundamentado y aceptable. Bajo esta propuesta, los derechos (sociales o de otra índole) no quedarían nunca subordinados al bien común, sino que lo integrarían.

7.4. La situación frente a los mercados, la competencia y el derecho de propiedad

Otra postura intenta subordinar los derechos sociales al respeto a los mercados y a la noción de la competencia en esos mercados,

o a la rentabilidad empresarial¹⁴. Los derechos sociales sólo llegan hasta que comiencen a afectar las libertades de mercado. Se enfatiza un concepto de libertad “negativa”, como ausencia de restricciones o interferencias¹⁵, siguiendo algunas formulaciones del liberalismo más conservador¹⁶.

El mercado aparece como el mecanismo de distribución más coherente con esa libertad negativa, como el modo más natural de resolver a quién asignar los recursos, con la mayor eficiencia. Volvemos sobre este argumento más abajo.

En virtud de ello, se rechazan o reducen los derechos sociales al verlos como obstáculos a la libertad y el mercado. Se los acusa de limitar el ejercicio del derecho de propiedad o de la libertad de contratar (en el caso de las normas laborales), muchas veces por decisiones de la burocracia estatal. En muchos casos, se ataca a los derechos sociales como vía para cuestionar el modelo del Estado social de derecho¹⁷. Cabe responder que también el mercado depende de normas que aseguran su existencia y su funcionamiento.

Por otra parte, cabe destacar que el mercado no es el único mecanismo distributivo, ni hay razones para que lo sea. Las sociedades capitalistas brindan numerosos servicios distribuidos por mecanis-

14 Badeni sostiene que al determinar la “retribución justa” del art. 14 bis, “se debe tener en cuenta la productividad y condiciones económicas de la empresa”, para evitar la fijación legal de “salarios desmedidos que priven de rentabilidad a la empresa privada reduciendo las fuentes de trabajo”; véase Badeni, 1997: 490.

15 Se intenta presentar a la libertad económica como inseparable de la libertad política; véase, por ejemplo, Badeni, 1997: 481. Esto parece tener resonancias del principio de “interdependencia” de Naciones Unidas. Sin embargo, en los tratados auspiciados por Naciones Unidas, las libertades económicas o de mercado no están consagradas como derecho humano. La propiedad aparece sólo en la DUDH (no en el PDESC ni en el PDCP), y se prevé este derecho en formas individuales y colectivas. En otras palabras, el liberalismo económico no constituye un pilar del derecho internacional de los derechos humanos. El Comité DESC al sostener, en su OG 3 (1990), punto 8, que el Pacto de derechos sociales no exige abrazar un sistema económico determinado.

16 Así las describe Martínez de Pisón, 1998: 128 y ss. En el mismo sentido, véase Nino, 1992: 398.

17 Así lo afirma Martínez de Pisón, 1998: 118.

mos diferentes a los del mercado. La policía de seguridad, el cuerpo de bomberos y las fuerzas armadas son tres instituciones estatales que –aun en economías estrictamente de mercado– actúan cuando son requeridas, sin importar la capacidad adquisitiva de quienes “demandan” su presencia.

Cierta doctrina argentina rechaza, con estos argumentos, derechos sociales ya incorporados. Gelli, por ejemplo, afirma que la cláusula sobre participación obrera en las ganancias “fue considerada incompatible con el liberalismo económico, los derechos de propiedad, contractuales y empresarios”, por intentar “*socializa[r]* la economía”¹⁸. A esto respondemos que la incompatibilidad sólo puede serlo con un ideario (el liberal), pero no con ciertos “derechos” (de propiedad, etcétera). Tales derechos no pueden estar por encima del texto constitucional (en este caso, este pasaje del art. 14 *bis*); a lo sumo, plantean un problema de interpretación, que tratamos en general en el capítulo 6.

Los mercados no gozan de la misma jerarquía que los derechos

La adopción del mercado como mecanismo de distribución de (ciertos) bienes y servicios no recorta los derechos sociales de una constitución. En general, los derechos tienen prioridad lógica y jerárquica respecto del mercado¹⁹. Gelli acude a un pasaje del art. 42 (“Las autoridades proveerán [...] a la defensa de la competencia

18 Gelli, 2005: 157; énfasis en el original. Esto no coincide con las posturas en la Convención de 1957. Las dos agrupaciones de izquierda presentes (los partidos Socialista y Comunista) se opusieron a la cláusula sobre participación en las ganancias de las empresas. El comunismo expresó un rechazo completo (véase *Diario de Sesiones – Convención 1957*: 1277); el Partido Socialista, en cambio, sostuvo que sólo admitiría el instituto si el monto recibido como participación quedaba en manos de los sindicatos (véase *idem*: 1244). Por otra parte, el conservadurismo cordobés se declaró uno de los “propugnadores más directos” de la medida (véase *idem*: 1281), impulsada también por la Democracia Cristiana y por la UCRP, que constituía el bloque mayoritario. La izquierda sí apoyó, en cambio, el derecho al control en la producción, mientras que el rol de los trabajadores en la dirección de las empresas volvió a dividir posturas entre sí y con el resto de los bloques.

19 En este mismo sentido, Gil Domínguez, 2009: 79.

contra toda forma de distorsión de los mercados [...]” para sostener que la Constitución defiende al mercado²⁰. Ese texto no da al mercado jerarquía superior a los derechos humanos, ni permite aplicar la Constitución para favorecer a “los mercados” (que no son personas ni una institución concreta, sino el resultado de ciertas normas) por sobre los derechos.

Los derechos preceden lógicamente al mercado. Este no podría funcionar sin el reconocimiento de los derechos a la propiedad, a la libre circulación, y la libre decisión para contratar, por citar sólo algunos. Sin autonomía no hay mercado. Los derechos sociales, en tanto condiciones para la autonomía, no pueden obstaculizar el mercado. Pueden fijar algunos límites; pero ello también ocurre con los derechos civiles y políticos. Así, las libertades civiles impiden admitir ciertas conductas en el mercado (como la violencia física contra ofendidos o demandantes); o bien dejan ciertos objetos fuera del mercado (como ocurre en muchos países con los tejidos humanos trasplantables). Las libertades políticas impiden que el sufragio quede ofrecido o demandado como un servicio en el mercado. El funcionamiento de los mercados dista de ser natural. Sunstein retoma el realismo jurídico para mostrar la presencia del derecho y el Estado en todas las relaciones económicas, más allá del mito del “dejar hacer”²¹.

Los derechos también tienen preeminencia jerárquica sobre el mercado; éste no posee derechos que pueda hacer valer. Su mera existencia no puede invalidar derechos. El mercado es el resultado de la existencia de derechos y de otras normas de organización, como se explicó más arriba. Los derechos reciben protección, pero los mercados no, o no en la misma medida²². La Corte Suprema ha reconocido que sus decisiones sobre derechos sociales pueden tener efectos sobre

20 De modo semejante, Pérez Hualde afirma que el mercado aparece como un “valor” a proteger, aunque permitiendo amplias regulaciones sobre él; véase Pérez Hualde, 2000: 95.

21 No hay verdadera libertad de trabajo en el mercado: para trabajar se requiere el permiso del empleador. El *New Deal*, precisamente, se basaba en que nadie está realmente en contra de la intervención estatal: un mercado libre, la propiedad, la riqueza, los contratos, dependen del gobierno. Véase Sunstein, 2004: 19-21, 26, 198; en un sentido similar, Nino, 1992: 399-402.

22 Gelli, 2005: 161.

el “llamado mercado de trabajo”²³. El alto tribunal añade que, aun si las consecuencias se apartaran de lo que algunas escuelas recomiendan para mejorar los mercados, ello no habilitaría a “ignorar o subvertir [...] [el] principio de supremacía de la Constitución Nacional [...]”, ni a “admitir que sean las ‘leyes’ de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica”. Los mercados, en la CN, se subordinan también al desarrollo sustentable (CN, 43) y a los derechos de usuarios y consumidores (CN, 42)²⁴.

Por supuesto, el mercado no sustituye a un sistema de derechos. No puede afirmarse que la distribución de alimentos o viviendas efectuada en el mercado resultará más o menos equivalente a la distribución basada en derechos sociales. El mercado reconoce a los sujetos de modo desigual, según su capacidad para ofrecer y demandar. Los derechos, en cambio, protegen una autonomía igualitaria, para garantizar la participación en una deliberación que sólo así será legítima. En el mercado, la diferencia económica lleva a una distribución desigual de derechos (o de su goce efectivo) y a niveles desiguales de autonomía. Esto contradice la igual capacidad o potencialidad humana para la autonomía. Una distribución desigual de la autonomía no llega a justificarse, y menos aún invocando la disparidad económica como fundamento.

Llevando esto al plano de la práctica, el riesgo mayor es que, como afirma Sunstein, las desigualdades económicas se trasladen al ámbito político. El gobierno no tendrá incentivos para atender las necesidades de los más pobres²⁵.

La competencia como criterio para interpretar derechos

Revisamos ahora una utilización diferente de la noción de competencia en los mercados, que también se emplea para subordinar los derechos (o al menos, su interpretación).

23 “Vizzoti” (2004), considerando 11.

24 Gil Domínguez, 2009: 83.

25 Sunstein, 2004: 185.

Grosman encuentra la “igualdad estructural de oportunidades” en los arts. 37 y 75 incs. 2, 19 y 22 de la CN. Esta igualdad se dirige a “erradicar dinámicas sociales incompatibles con la igualdad real”²⁶ y Grosman la propone como criterio para determinar la existencia o no del incumplimiento de un derecho social en situaciones en que los recursos no resulten suficientes para todos.

Objetamos la manera en que Grosman define la igualdad estructural de oportunidades, porque lo hace a la luz del concepto de competencia (entendida, en principio, como la disputa en torno a algo; es decir, en un sentido económico).

En el planteo de Grosman²⁷, la igualdad estructural de oportunidades no significa que las personas tengan iguales situaciones, ni tampoco garantiza “resultados concretos o niveles absolutos de goce”, en particular de bienes que tengan “poca incidencia competitiva”, esto es, poca relación con la competencia como actividad. Quienes no llegan a ser competitivos (debido a la falta de educación, por ejemplo) “no aspiran a ser compensados, sino a tener la oportunidad de generar sus propios recursos”, afirma Grosman. Esta aseveración intenta reflejar el pensamiento de la población desprovista de educación, salud, alimentos o vivienda. Entendemos que para que fuera cierta, debería contar con un respaldo empírico mucho más sólido.

Por el contrario, la igualdad estructural de oportunidades en Grosman se concentra en los “procesos sociales mediante los cuales se definen las posibilidades de vivir una vida plena”, que son “ eminentemente competitivos”. Grosman establece un “continuo” de derechos sociales según la importancia que tengan para la competencia y la necesidad de que se equipare su disfrute en los diversos grupos sociales. La educación tiene mucha relevancia competitiva; la salud, un poco menos; la vestimenta, la alimentación y la vivienda no necesitan igualarse del mismo modo, ya que “más allá de determinado umbral básico” no tienen impacto en la capacidad competitiva.

26 Grosman, 2008: 82.

27 Grosman, 2008: 85-86, 94, 97.

Esta clasificación carece de bases científicas suficientes. Se requieren investigaciones sociológicas e históricas sólidas, y referidas en particular al caso argentino, para permitir una distinción semejante entre derechos. ¿Por qué la educación tendría más importancia que la salud para la competencia? De ser así, al disputar un puesto de trabajo administrativo, por ejemplo, una persona afectada por una grave enfermedad incapacitante no estaría peor que otra sana, si ambas tuvieran niveles educativos similares. Las circunstancias volverían difícilmente sostenible este intento de Grosman de introducir jerarquías dentro de los derechos sociales.

En el planteo de Grosman la igualdad estructural de oportunidades no intenta “aliviar los efectos más graves de la competencia”, sino “igualar el impacto de la estructura social sobre las oportunidades de las personas”, a compensar las desventajas que no son merecidas moralmente y que se vinculan con una causa socioestructural, con “el modo en que la sociedad decide organizarse”; por ejemplo, la falta de educación²⁸. Aunque Grosman no las menciona, consideramos que estas desventajas incluyen la falta de vivienda o de salud, que también parecen conectadas con una causa estructural²⁹.

Consideramos injustificado usar la noción de competencia para definir la igualdad estructural de oportunidades. El concepto de competencia no se halla en los tratados internacionales de derechos humanos ni en la Constitución (salvo por la mención que se hace en el art. 42, pero como condición para la defensa de los derechos de usuarios y consumidores). Grosman afirma la importancia de la competencia sobre la base de que la Constitución asegura la igualdad de oportunidades en el proceso electoral (art. 37) y en la educación (art. 75 inc. 19), que son “procesos [...] eminentemente competitivos”³⁰. Según este argumento, si la CN garantiza igualdad de oportunidades para ciertos ámbitos que son competitivos, enton-

28 Grosman, 2008: 88, 102.

29 En cuanto a las desigualdades de origen natural (por ejemplo, una malformación congénita, una disminución de capacidades mentales) Grosman rechaza que queden sin remediar; además, las considera excepcionales; véase Grosman, 2008: 90, 93.

30 Grosman, 2008: 86.

ces la competencia es el contenido central de esa igualdad. Este salto lógico ya es discutible. No se comprende por qué la competencia debería convertirse en el criterio definitorio. La igualdad de oportunidades puede también referirse a otros aspectos: por ejemplo, en el acceso a la formación o en la posibilidad de debatir cuestiones en el marco de la campaña.

Pero por otra parte, la educación y los comicios no son tan “eminente­mente competitivos” como señala Grosman. La competencia electoral no puede equipararse a la de oferentes y demandantes en un mercado, que es la protegida en el art. 42 de la CN. En el ámbito electoral, el apoyo no se mide según capacidad económica de los participantes; existe una igualdad básica entre todos los intervinientes (sobre el principio de voto igual); las preferencias no siempre dependen de necesidades o intereses individuales (también pueden motivarse en aspiraciones generales o ideología). En cuanto a la educación, Grosman señala que “tal vez sea el factor más importante en la determinación de la capacidad competitiva del individuo”. Sin embargo, la educación en sí no parece competitiva: el aprendizaje de una persona no reduce el de otra. Más bien, la educación depende de esfuerzos coordinados o cooperativos entre dos o más personas (al menos, entre educador y educando). La educación no es un proceso competitivo, sino una herramienta para participar en otros procesos. En síntesis, ni las elecciones ni la educación definen a la competencia como mecanismo central para definir la igualdad.

No queda claro por qué la competencia sería más relevante que la democracia (CN, 37) o la justicia social (CN, 75 inc. 19), valores explícitamente consagrados en la Constitución. Resulta difícil elevar la competencia al nivel de clave interpretativa de la igualdad (y por ende, de los derechos)³¹. Una igualdad definida en torno a la noción

31 Bourdieu afirma, ofreciendo una explicación a la inusitada importancia que la competencia parece tener en ciertos discursos públicos, que los sectores dominantes suelen necesitar una “sociodicea”, esto es, “una justificación teórica del hecho de que son unos privilegiados”; y agrega que la competencia “figura actualmente en el centro de esta sociodicea, que es aceptada, evidentemente, por los dominantes [...] pero también por los demás”; véase Bourdieu, 1998: 61-62.

de justicia social, claramente, tendrá un contenido diferente al de una lectura basada en la competencia como mecanismo central de la vida social. Hemos fundado los derechos en la noción de igual autonomía, que no necesita la competencia como base. Más bien, la justificación de la competencia como mecanismo distributivo presupone la autonomía.

Para defender el valor de la competencia, Grosman señala que en las “economías de mercado, la distribución de recursos depende del desempeño de cada uno, no de la membresía en la empresa común”, y agrega que esto genera incentivos para que las personas se dediquen a tareas que otros estén dispuestos a remunerar; entre los incentivos, Grosman señala “comprarse automóviles de lujo con los que otras personas sólo pueden soñar” y lo relaciona con el ideal constitucional de promover el bienestar general³². Aquí cabe preguntar si existe tal conexión entre la capacidad ilimitada de acumulación de bienes de consumo y el bienestar general como objetivo constitucional. Pero más importante aún: la noción de derechos humanos implica, justamente, apartarse de la distribución basada centralmente en mecanismos de mercado. No basta que la competencia se dé “en condiciones genuinamente igualitarias”, como afirma Grosman³³; los derechos humanos dejan un gran número de bienes fuera de la competencia. La igualdad de oportunidades no implica tener “igual oportunidad” de competir por vivienda, educación, salud o alimentos. Acceder a todo ello resulta la condición previa para una “igual oportunidad” de definir y desarrollar planes de vida propios, y de participar en la autolegislación. Grosman parece confundir las condiciones y los objetivos de la igualdad de oportunidades. La incoherencia se observa si tomamos el caso de los DCP. ¿Habría que competir por tener defensa letrada en juicio, o por ejercer libremente un culto religioso? El texto de Grosman no aporta razones para justificar este trato diferente a los derechos sociales.

32 Grosman, 2008: 87, 97.

33 Grosman, 2008: 87.

Rechazamos a la competencia como criterio definidor de la igualdad de oportunidades. No hay argumentos textuales: el art. 42 de la CN protege la competencia para preservar los derechos de usuarios y consumidores. No se justifica su preeminencia respecto de la democracia o la justicia social, que al menos tienen la misma jerarquía al estar incorporadas en el texto constitucional. Por último, la competencia por derechos parece contradecir la justificación misma de la inclusión de éstos en una constitución.

Una nueva versión del derecho de propiedad

Como anticipamos, ciertas voces intentan limitar el alcance de los derechos sociales empleando el derecho de propiedad como carta dirimente. Diversas medidas a favor de quienes trabajan en relación de dependencia o de quienes alquilan vivienda, por ejemplo, suelen recibir cuestionamientos basados en el derecho de propiedad.

Sin duda, la relación entre derechos sociales y otro derecho, como el de propiedad, merece una discusión interpretativa profunda, siguiendo las líneas que expusimos en el capítulo 6. No obstante, debemos aclarar que no estamos hoy frente al derecho de propiedad del siglo XIX, de contornos amplísimos y de jerarquía prioritaria. La reforma de 1994, por el contrario, ha introducido nuevas pautas en materia de propiedad, y ese derecho ofrece hoy una versión más limitada. Esto resulta de fundamental importancia al momento de leerlo en conjunto con los derechos sociales.

Hoy la propiedad sólo puede interpretarse en relación con el interés social. Efectivamente, el art. 21 de la CADH prescribe que el “uso y goce” de los bienes puede “subordinar[se] [...] al interés social”. Algunas facultades del propietario quedan así limitadas por necesidades de la comunidad, siguiendo el planteo propio del constitucionalismo social.

Además, no toda la propiedad recibe idéntica protección. La DADDH establece en su art. 23: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de

una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. Aquí se redefine el ámbito del derecho humano de propiedad. No abarca toda clase de bienes, ni en cualquier cantidad. Se centra en los elementos que satisfacen “necesidades esenciales” con el fin de mantener la dignidad personal.

Por lo tanto, es necesaria una nueva lectura del derecho de propiedad, que integre los arts. 14 y 17, aprobadas en 1853, con los preceptos incorporados en 1994. ¿Cómo pueden armonizarse estas normas? Sin duda, el esfuerzo interpretativo todavía está en marcha, y muchas cuestiones siguen en debate. Aquí propongo, entonces, una manera posible, como guía en la tarea de comprender el alcance de los derechos sociales.

El derecho de propiedad continúa siendo “inviolable” (CN, 17); sólo excepcionalmente puede privarse a alguien de su propiedad, y ello a través de un procedimiento específico (judicial, o a través de la expropiación). El derecho incluye usar, gozar y disponer de los bienes, siempre según la reglamentación (como ocurre con todos los derechos), que ahora agrega al “interés social” como criterio adicional y específico para este derecho.

Tiene relevancia, además, el tipo de bienes de que se trate. La regulación del uso y goce puede basarse en el “interés social”, dándole prevalencia. Sin embargo, hay un conjunto de bienes cuyo uso, goce y disposición no puede subordinarse al interés social, ni alterarse por vía de reglamentación. Se trata de los “bienes esenciales” para defender la dignidad de la persona y el hogar.

Quedan así claros los límites del Estado al momento de reglamentar el derecho de propiedad (lo que resulta de importancia específica en el debate sobre derechos sociales). Puede hacerlo con mayor amplitud, incluso utilizando un criterio específico dotado de preeminencia (el interés social), cuando se trata de bienes que no satisfacen las necesidades esenciales de una vida decorosa ni contribuyen a la dignidad. Entre ellos, podrían incluirse las grandes extensiones de tierra fértil, las plantas industriales, las fuentes de energía. Sin embargo, no puede quitarse la propiedad sobre ellos (porque es inviolable).

Cuando se trata de la vivienda o los ahorros familiares, o los bienes de uso personal, además de no poder violentarse la propiedad, tampoco puede invocarse el interés social como elemento superior para recortar las atribuciones de uso y goce del propietario.

7.5. La relación con las políticas económicas impulsadas por organismos internacionales

Este argumento probablemente tiene carácter político, pero aquí analizaremos hasta qué punto puede sustentarse jurídicamente. La idea puede formularse así: no debe darse vigencia plena a los DESC porque ello implicaría contradecir políticas económicas pactadas con instituciones financieras internacionales. Ante una contradicción entre derechos sociales y políticas de ajuste o reformas estructurales, éstas deben prevalecer.

Para ello, describiremos brevemente a estas instituciones. Luego explicaremos por qué es posible que las políticas propuestas por estas instituciones contradigan derechos sociales constitucionales. Finalmente, señalaremos por qué la preeminencia corresponde a los derechos.

7.5.1. Las IFI

En 1944, la conferencia internacional de Bretton Woods (en Estados Unidos) crea dos instituciones: el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), destinadas a dar forma a un nuevo sistema financiero mundial³⁴.

El FMI adquiere existencia completa el 27 de diciembre de 1945, cuando su Convenio Constitutivo reúne la adhesión de los 22 países que poseen al menos el 65% de las cuotas; a partir de ese momento los Estados miembros quedan sujetos a nuevas reglas de derecho internacional³⁵. El FMI se considera una “agencia especializada”

³⁴ Corbalán, 2002: 64.

³⁵ Gold, 1965: 1.

según el art. 57 de la Carta de NU; entró en un acuerdo según el art. 63 de la Carta, y en él se reconoce que el FMI es una organización internacional independiente y se define su relación con NU³⁶. Hoy reúne 185 países miembros³⁷. Se creó para asegurar la estabilidad monetaria y fijar normas del sistema monetario internacional³⁸.

Por otra parte, el BM surge para promover la reconstrucción europea luego de 1945. Hasta la década de 1970, continúa su misión con los países en desarrollo. Impulsa la industrialización y las obras de infraestructura en América Latina. Desde 1980 se dedica a programas de ajuste estructural y fomenta el comercio y la inversión orientada a exportar³⁹, con créditos condicionados a ciertas políticas (*policy-based lending*)⁴⁰.

Ambas instituciones no aplican el principio de voto igualitario para cada Estado. Para otorgar un crédito, el BM y el FMI tienen un sistema de voto ponderado: cada país vota de acuerdo (aproximadamente) a los fondos que aporta a la institución. Estados Unidos posee 16,8% de las acciones en ambas entidades; los países del G8 reúnen el 44% en el BM y 47% en el FMI⁴¹. Nuestro país se unió al FMI el 20 de septiembre de 1956⁴²; en el mismo año se integró al BM⁴³.

7.5.2. “Acuerdos” y “condicionalidades”

Las IFI establecen reformas y políticas para países en vías de desarrollo, a través de “acuerdos” y “condicionalidades”. A diferencia de otros regímenes internacionales, tienen mayor capacidad relativa

36 Gold, 1965: 2.

37 Bembí y Nemiña, 2007: 27.

38 Díez de Velasco, 2005: 691.

39 Abouharb y Cingranelli, 2007: 58.

40 Corbalán, 2002: 68.

41 Abouharb y Cingranelli, 2007: 108.

42 Horsefield, 1969: 386.

43 Corbalán, 2002: 78.

para imponer el cumplimiento de sus pautas⁴⁴, debido a la calidad de los recursos que distribuyen. Al ser prestamistas de última instancia⁴⁵, las IFI tienen gran poder de negociación frente a los países tomadores de créditos⁴⁶.

Precisamente, el poder de dar o negar créditos permite a las IFI fijar condiciones, generalmente expresadas como un conjunto de políticas que el país tomador del préstamo deberá ejecutar. El FMI define a la “condicionalidad” como “las políticas económicas que los Estados miembros se proponen seguir como condición para el uso de recursos provistos por el FMI”, con el objetivo de asegurar que el uso de esos fondos es temporario, que habrá crecimiento económico y que se preservará “la viabilidad de los pagos a acreedores externos”⁴⁷.

Las condiciones para los créditos consisten, en general, en medidas liberales en lo económico. Las “reformas”, o “reformas estructurales”, o “ajuste estructural” orientan el orden socioeconómico por las leyes del mercado⁴⁸. Los impulsores de los ajustes sostienen que estas políticas favorecen el crecimiento económico, y los recursos ahorrados pueden emplearse en cumplir con la deuda externa contraída⁴⁹.

7.5.3. *Las IFI y los derechos sociales*

Las IFI no reconocen los DESC como un límite para su tarea. El FMI afirma que el PDESC no le resulta aplicable por no ser parte, porque no es un Estado y porque el art. 24 del Pacto deja a salvo las reglas internas de las agencias especializadas de NU⁵⁰. Por ello, el FMI insiste en que su relación con NU es de paridad, y no de subor-

44 Darrow, 2003: 112; esta asimetría en el poder de negociación entre las IFI y los países tomadores de préstamos, también en Held, 1995: 110, 139.

45 Nielsen y Chodos, 2004: parág. II.

46 Morgan-Foster, 2003: 586.

47 Gupta *et al.*, 2000: 32.

48 Pautassi, 2001: 141.

49 Abouharb y Cingranelli, 2007: 3; Fresnillo, 2006: 225.

50 Gianviti, 2001: 10.

dinación⁵¹; además, el Fondo no es ni puede ser parte en el PDESC, y sus estatutos no contienen referencias a los derechos humanos⁵².

Hoy las IFI incluyen a los derechos humanos en su vocabulario público. Sin embargo, las referencias se limitan a ciertos derechos políticos como instrumentos para acelerar el crecimiento económico⁵³. Sin embargo, ambas IFI mantienen su postura de autonomía con respecto a los Pactos internacionales de derechos humanos⁵⁴.

7.5.4. El diseño de políticas

Las IFI ponen énfasis en las condiciones económicas que harán posible la reducción de la pobreza o el acceso a la salud o la educación. Los derechos se convierten en consecuencias, que pueden ocurrir o no. Lo que no puede dejar de llevarse a la práctica, en cambio, es el conjunto de medidas de ajuste; éstas no son opcionales. El FMI sostiene que los derechos sociales no pueden llevarse a la práctica sin ciertas condiciones previas, como el crecimiento económico⁵⁵.

Argentina, por su parte, tiene la responsabilidad de revisar estas propuestas antes de volverlas un compromiso. En sus Observaciones Finales de 1999 sobre nuestro país, el Comité DESC recomienda

51 Gianviti, 2001: 13.

52 Morgan-Foster sostiene que los organismos multilaterales no tienen todas las obligaciones derivadas del Pacto (respetar, proteger, satisfacer), pero sí puede exigírseles que respeten esos derechos; es decir, que no exijan condiciones que los contradigan; véase Morgan-Foster, 2003: 632.

53 Algunos autores destacan el valor del respeto a los derechos humanos como una “señal” para los inversores extranjeros; por ejemplo, Farber, 2002: 98.

54 A través de su asesor legal en jefe, el FMI incluso ha criticado al PDESC por omitir ciertos derechos necesarios “para que los individuos disfruten el progreso social que es el objetivo del Pacto”. Por ejemplo, destaca que la propiedad, consagrada en la DUDH, está ausente en el PDESC; tampoco se halla el derecho a trabajar en el exterior y a enviar remesas al país de origen. Aquí el asesor legal en jefe del FMI parece estar defendiendo no sólo el derecho de los trabajadores migrantes, sino también el de las empresas transnacionales a efectuar tales remesas; no hace distinción en su exposición; véase Gianviti, 2001: 31-33.

55 Gianviti, 2001: 32.

que “al negociar con instituciones financieras internacionales, tenga en cuenta sus obligaciones basadas en el Pacto de respetar, proteger y satisfacer todos los derechos consagrados en él” (párr. 28).

7.5.5. Contradicciones con los DESC

Quizá por no basarse en los DESC, las IFI promueven políticas que pueden perjudicarlos. Abouharb y Cingranelli efectuaron un estudio empírico amplio, con el objetivo de demostrar que los programas de ajuste estructural del BM y el FMI reducen el respeto por los derechos humanos, aunque creen que tales efectos no son intencionales⁵⁶. Conklin y Davidson, al analizar el caso argentino entre 1958 y 1985⁵⁷, sostienen que el costo distributivo en el corto plazo de las medidas del FMI recaen desproporcionadamente en los asalariados y los pobres; se ha traducido en una caída del nivel de vida, derivada de una menor satisfacción de las necesidades básicas.

Conflicto entre políticas y derechos

Podemos citar algunas de las medidas impulsadas por las IFI que pueden entrar en contradicción con los derechos sociales constitucionales.

A través de la “focalización” de las políticas sociales, las IFI proponen pasar del acceso universal a los programas dirigidos a grupos definidos. Las IFI alegan razones de eficiencia: la ayuda social debe dirigirse a quienes más la necesitan. Discutimos este tipo de planteos en la sección 5.4.

Otro caso se plantea con las cesantías masivas de empleados públicos en el marco de los planes de reforma estructural, para equilibrar el presupuesto. Ello ha ocurrido numerosas veces en nuestro

56 Abouharb y Cingranelli, 2007: 230. Véase también Darrow, 2003: 69, describiendo las conclusiones en el mismo sentido de un experto independiente perteneciente a la Comisión de Derechos Humanos de NU.

57 Conklin y Davidson, 1986: 248 y ss.

país⁵⁸, contradiciendo la estabilidad del empleado público, que la Corte argentina ha ratificado en “Madorrán” (2007)⁵⁹.

En ciertas ocasiones, las pautas de las IFI exigen congelamientos y recortes salariales. Como ejemplo principal citamos la política de “déficit cero”, pactada con el FMI en 2001 al incluirla en la Carta de Intención⁶⁰. Todas las partidas presupuestarias se reducían según los recursos disponibles, para garantizar el pago a los acreedores externos. Se recortaban proporcionalmente salarios, asignaciones familiares y jubilaciones⁶¹. Los congelamientos salariales contradicen, al menos en principio, el derecho a un salario “vital” y “móvil”, fijado en el art. 14 *bis*. Con el tiempo, el sueldo puede perder poder adquisitivo hasta quedar por debajo de las necesidades vitales⁶². Los recortes como el establecido en 2001 violentan el principio de progresividad y también afectan el derecho al salario (PDESC, 7.a). La Corte Suprema invalidó, en “Tobar” (2002), aquel régimen de déficit cero. Sin embargo, no se basó en los derechos sociales, sino en el art. 17 de la CN. Sostuvo que el sistema adoptado no implicaba una limitación “razonable y temporaria [...] fundada en razones de emergencia”, sino que los empleados quedan sometidos a “una indefinición de los márgenes remunerativos, sujeta a variables totalmente ajenas a la relación de empleo y carentes de toda previsibilidad para el trabajador”; por ello resulta irrazonable⁶³.

58 Conklin y Davidson, 1986 : 248 y ss.; Abouharb y Cingranelli, 2007: 140.

59 La Corte se apartó así de su precedente en “Guida” (2000), donde –en *obiter dictum*– se admitían restricciones a la estabilidad del empleado público, por “motivos de economía o por otras causas igualmente razonables” (voto de la mayoría, considerando 14). Sin embargo, en “Ramos” (2010), la Corte señaló –por mayoría– que la estabilidad no protege a los empleados públicos contratados; para este grupo, sólo rige –cuando corresponda– la obligación de indemnización por despido arbitrario.

60 Morgan-Foster, 2003: 598.

61 Ley 25.453, art. 10. Esta ley (sancionada el 30 de julio de 2001) confirmaba el decreto del Poder Ejecutivo 896/01, emitido el 11 de julio; este decreto establecía el principio del déficit cero.

62 Conklin y Davidson, 1986: 248 y ss.

63 “Tobar” (2002), voto de la mayoría, considerando 15. A través de este fallo, la Corte se apartó del criterio fijado en “Guida” (2000), donde había aceptado la facultad presidencial de recortar salarios de agentes públicos por razones de emergencia,

Para fomentar las inversiones, las IFI proponen reducir los derechos de los trabajadores⁶⁴, por medio de la “flexibilización laboral”⁶⁵. El Comité DESC en sus Observaciones Finales de 1999 expresó su preocupación por la tendencia a incrementar “la precariedad de las relaciones laborales”, lo que se evidenciaba en “la adopción de acuerdos colectivos que reducen las pautas normales de trabajo (ley 24.467, título III), el aumento en el período de prueba fijado en los contratos de trabajo y la generalización de contratos de duración limitada” (párrafo 16). Al reducir garantías (o “rigideces” en el lenguaje del Fondo⁶⁶), se adopta una política regresiva.

Una reforma problemática consiste en arancelar servicios públicos. Basándose en la idea de recuperación de costos, las IFI han impulsado el cobro de tarifas por servicios públicos⁶⁷, incluyendo el agua potable⁶⁸. Convertir en servicio pago la provisión de agua, con la posibilidad de restringirla a quien no pueda abonar el arancel, parece contradecir el derecho al más alto nivel de salud posible, consagrado en el art. 12 del PDESC. El principio de progresividad, por otra parte, impondría algunos límites a la opción de fijar aranceles. Si el cobro de tasas implicara retrocesos en el grado de disfrute de derechos que dependen de acceder a tales servicios, se estaría adoptando una política regresiva. El Comité DESC, en su OG 15 (2002), advierte que las tarifas de agua potable no deben impedir el acceso a este elemento (punto 27). La OG 14 (2000) establece que la privatización no debe representar “una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud” (punto 35).

incluso (voto de la mayoría, considerando 13) sin fijar un plazo para la vigencia de las reducciones.

64 Abouharb y Cingranelli, 2007: 140.

65 Pautassi, 2001: 150-151.

66 Heller *et al.*, 1988: 17.

67 Véase, por ejemplo, Banco Mundial, 1994: 31.

68 Véase, por ejemplo, Grusky, 2001: 15.

Algunos planteos de las IFI aconsejan garantizar la educación y la salud sólo en sus aspectos más básicos⁶⁹. Esto puede resultar regresivo, porque permite la retirada estatal de los niveles más altos de enseñanza y tratamiento médico. Además, contradice el texto de la CN. El derecho a la salud (PDESC, art. 12) no se limita a los niveles más básicos: alude al “más alto nivel posible de salud física y mental”. El art. 13, por su parte, incluye en el derecho a la educación todos los niveles de enseñanza.

7.5.6. *La preeminencia de los derechos sociales*

Las contradicciones entre los DESC constitucionales y las políticas diseñadas por las IFI no invalidan estos derechos. Para llegar a esta conclusión nos basamos en la jerarquía de las fuentes involucradas en el caso.

Las políticas acordadas con las IFI se expresan en documentos donde consta el acuerdo. Así, por ejemplo, entre Argentina y el FMI se suscriben la Carta de Intención y el Memorándum de Políticas Económicas (*Letter of Intent / Memorandum of Economic Policies*)⁷⁰. Luego, ese acuerdo llevará a la adopción de distintas medidas: la sanción de una ley (como la de reforma previsional de 1993), el dictado de un decreto (como el de déficit cero en 2001), y también la adopción de resoluciones que implementen, en los diferentes niveles de gobierno, las políticas acordadas. Habrá entonces actos administrativos que despidan agentes públicos, o que precisen el porcentaje de recorte salarial, o que reglamenten el acceso a un programa de salud focalizado.

Vamos a dar aquí por supuesto que hay una contradicción entre un derecho social constitucional y la política instrumentada. La

69 Darrow, 2003: 70. En general, la mayoría de las políticas diseñadas por las IFIs implican una drástica reducción del gasto público, en especial el destinado a salud y educación; véase Swaminathan, 1998: 174, 181, y también Abouharb y Cingranelli, 2007: 140.

70 Por ejemplo, los suscriptos el 30 de agosto de 2001; véase Morgan-Foster, 2003: 595.

respuesta es bastante clara cuando se trata de leyes o normas inferiores. La supremacía constitucional (CN, 31) nos inclina hacia la vigencia del derecho que tiene la máxima jerarquía. En aquello que contradiga al derecho, la norma cuestionada será inconstitucional.

Puede haber dudas cuando se trata del acuerdo con una IFI en sí mismo. Estos acuerdos pueden constituir tratados internacionales (de los previstos en los arts. 31 y 75 inc. 22 de la CN), aunque solamente si han tenido la aprobación del Congreso.

Siguiendo el orden de prevalencia de las fuentes, los derechos sociales están en una posición superior. Tienen jerarquía constitucional (por ejemplo, los consagrados en el PDESC, o en el art. 14 *bis*). En tanto, los tratados internacionales (como el celebrado con una IFI) tienen solamente jerarquía superior a las leyes, pero no superior a la Constitución, según establece el art. 75 inc. 22.

El art. 31 puede generar algunas dudas: consagra como “ley suprema de la Nación” a “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras”. A primera vista, están en paridad la Constitución y los tratados (incluyendo los celebrados con organizaciones internacionales y no sólo con “potencias”).

Sin embargo, los tratados no tienen jerarquía igual a la de la Constitución. Existen tres razones. Primero, porque el inc. 22 del art. 75 sólo les da preeminencia sobre las leyes. La aclaración sería innecesaria si tuvieran el mismo nivel que la Constitución. Segundo, porque el inc. 22 da a una serie de tratados de derechos humanos “jerarquía constitucional”. Si estos tienen esa jerarquía, por lógica los demás no la tienen, sino que están por debajo de la Constitución. De otro modo, de nada valdría esa extensa lista, ni el procedimiento específico de mayorías agravadas para su denuncia, o para dar la misma jerarquía a otros instrumentos de derechos humanos. Por último, en virtud del art. 27 de la CN los tratados que celebre el Gobierno federal deben estar “en conformidad con los principios

de derecho público establecidos en esta Constitución”. Los tratados internacionales se subordinan a los principios constitucionales⁷¹.

Una lectura sistémica de los arts. 27, 31 y 75 inc. 22 permite concluir que los derechos sociales constitucionales tienen jerarquía superior a la de los acuerdos internacionales (incluso ratificados por el Congreso) que la Argentina haya celebrado con las IFI⁷².

El intérprete (judicial o no judicial) puede intentar eludir la contradicción y considerar los compromisos con las IFI como regulaciones de los derechos sociales. Debe entonces revisar las políticas exigidas por las IFI, según los principios de razonabilidad y progresividad, expuestos en las secciones 6.7.3 y 6.7.4. De todas formas, esto se aleja del argumento analizado aquí, a saber, que ante una contradicción prevalecen los requerimientos del FMI o el BM.

Por lo tanto, tampoco la existencia de políticas pactadas con organismos internacionales de crédito sirve de razón para dividir el sistema de derechos y subordinar una parte de ellos a las decisiones del ejecutivo o el legislativo en materia de financiamiento internacional.

71 Quiroga Lavié, 2000: 152-153.

72 En cierta forma, esta postura se ha visto reflejada en un voto de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en “Galli” (2005). Transcribimos en su totalidad el considerando 12:

“12) Que en el escrutinio constitucional de la conducta del Estado respecto de la deuda pública en situaciones de crisis extremas es de gran complejidad y debe efectuarse una ponderación razonable entre dos valoraciones diferentes. Que es un principio aceptado que los estados nacionales se encuentran obligados a cumplir de buena fe con los compromisos que contraen en materia de deuda pública, el que ha sido concretado en reglas que surgen de diversos tratados internacionales.

Que también es un principio recibido que, en situaciones de extrema necesidad o crisis institucionales gravísimas, dichas obligaciones no pueden ser cumplidas hasta el límite de suprimir servicios esenciales que afectarían derechos primarios de sus ciudadanos. Ello también ha sido plasmado en numerosos tratados internacionales, de rango constitucional, que obligan al Estado Nacional a cumplir con un standard mínimo de derechos humanos. Que la tensión surge evidente cuando para honrar puntualmente con las obligaciones financieras, el Estado deja de cumplir con otras que asumió en materia de derechos humanos.

Que este conflicto de principios, que debe ser calificado como excepcionalísimo, ha motivado una amplia discusión en el derecho comparado.”

Queda abierta, sin embargo, la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado argentino, para el caso en que privilegiara sus obligaciones basadas en el PDESC o en artículos de la CN por encima de lo pactado con una IFI. Esto excede el alcance de este trabajo. La responsabilidad en tal caso pertenece al ámbito del derecho internacional público. No siempre se sanciona al país, ya que ciertos factores políticos pueden favorecer el Estado. Una decisión judicial privilegiando los derechos constitucionales podría ofrecer alguna ventaja. Al menos públicamente, las IFI no cuestionan decisiones de los máximos tribunales de países clientes. El respeto a las instituciones judiciales constituye un punto saliente del recetario del BM y el FMI⁷³. Una decisión de la Corte puede fortalecer al gobierno para resistir la presión de las IFIs⁷⁴.

A lo largo de este capítulo, hemos analizado los argumentos que intentan disminuir la jerarquía de los derechos sociales para explicar o justificar así su incumplimiento. Se apunta, a través de esos argumentos, a introducir escalones diferenciados dentro del sistema de derechos propuesto por Habermas. Como hemos revisado hasta aquí, ni los derechos contenidos en la primera parte de la CN, ni las emergencias, ni la noción de “bien común”, ni la preservación del mercado y la competencia, como así tampoco las directivas políticas de las IFI logran justificar su supuesta preeminencia sobre los derechos sociales. Por ello, sostenemos al final de esta revisión la conclusión de que estos derechos mantienen la jerarquía máxima asignada por la Constitución misma.

73 Un detallado análisis de esta ventaja, con referencia particular al caso de derechos sociales en Hungría, en Lane Scheppele, 2005.

74 Lane Scheppele, 2004.

LA VALIDEZ FRENTE A PROBLEMAS DE APLICACIÓN

Hay quienes justifican la falta de cumplimiento de los derechos sociales a partir de la práctica misma del incumplimiento, o en el supuesto efecto contraproducente que tienen estos derechos al ser aplicados. También se utiliza como argumento el límite en la disponibilidad de recursos. Aquí revisaremos estas posiciones, para concluir en que no logran aportar razones convincentes para volver admisible el incumplimiento total o parcial.

Primero analizamos (8.1) la práctica como justificación del incumplimiento, y luego (8.2) los supuestos efectos negativos de los derechos sociales, para ofrecer nuestra respuesta a ambas posturas. A continuación, examinamos (8.3) el límite de la disponibilidad de recursos como supuesta justificación de la inexigibilidad de los derechos sociales.

8.1. La práctica como justificación del incumplimiento

En general, esta crítica parte del supuesto de la imposibilidad financiera y política de garantizar estos derechos. Para ello, se suelen enfatizar las crisis económicas de los Estados y las restricciones presupuestarias a los gastos sociales¹. Como ya señalamos, Gordillo niega que “los así llamados” derechos sociales, “poéticamente atractivos”, sean realmente derechos y agrega que Argentina no puede cumplirlos. Se atribuye “claridad de ideas” por presentar esta afirmación, marcando su oposición al “subdesarrollo cultural”; reco-

¹ Así lo reseña Martínez de Pisón, 1998: 203.

noce, no obstante, que su juicio “puede parecer muy duro y muy cruel”². Cross, analizando el caso estadounidense, también formula esta objeción pragmática. Desaconseja incluir posibles derechos “positivos” en la constitución de Estados Unidos; sostiene que los jueces no suelen enfrentarse al Congreso o al Presidente, y que por ello no exigirían la puesta en práctica de tales derechos³. Agrega que muchos de los jueces pertenecen a los sectores más altos de la sociedad y eso los aleja de las preocupaciones y necesidades de los pobres; por otra parte, aun si tuvieran voluntad de actuar en la materia, carecen de las herramientas institucionales para garantizar la ejecución de sus decisiones. Cross agrega otra razón para no cifrar esperanzas en los derechos sociales: los costos de litigar estas cuestiones las vuelven inalcanzables para los grupos más castigados de la sociedad⁴. En síntesis, los argumentos de Cross, apoyados con numerosas citas y datos estadísticos, se fundan en consideraciones pragmáticas, tal como él lo reconoce⁵.

La experiencia muestra falta de una protección y vigencia adecuadas en Argentina y en otros países. En el apartado 3.2.3 se cita el pensamiento de Gelli: el art. 14 *bis* se ha alejado de la realidad, en lo que Cayuso denomina “el fracaso” en el intento de hacerlo vigente⁶. Gelli agrega, por ejemplo, que la movilidad de las jubilaciones “es una pura ficción”⁷. Asimismo, las frecuentes emergencias económicas han limitado severamente estos derechos sociales, como se describe en la sección 7.2. El salario mínimo vital móvil también ha sido reducido, durante largos períodos, a cifras “insuficientes, ajenas al propósito del art. 14 *bis*”. Sagüés admite que nunca ha sido tan amplia la distancia entre las normas formales y la situación fáctica;

2 Gordillo, 1997: VI–34 a 36.

3 Una objeción similar plantea Rosenkrantz, 2003: 246-247, también para rechazar la incorporación de derechos sociales en una constitución.

4 Cross, 2001: 883, 887-893.

5 Cross, 2001: 923; este autor insiste en la necesidad de evaluar los derechos sociales a la luz de sus resultados; sostiene que si no traen consecuencias positivas, “sólo reflejan la conciencia de los privilegiados”; véase Cross, 2001: 879.

6 Cayuso, 2006: 78.

7 Gelli, 2005: 173.

advierte que si hay un bajo ingreso en el país, resulta “imposible programar la plena realización de ciertos derechos constitucionales (vivienda digna, salud, educación, etc.)”. Atribuye la responsabilidad en parte al constituyente, que aplica una “anestesia jurídico-política, tendiente a calmar exigencias sociales con palabras de la constitución”, a través de una “constitución-promesa”, destinada a ser ineficaz y a depender para su concreción de la discrecionalidad de los poderes constituidos⁸. Badeni aconseja entender las normas sobre “condiciones dignas y equitativas de labor” en función de la “realidad social, y no de parámetros ideales aunque utópicos”⁹. Cayuso insiste, al comentar el art. 14 *bis*, en que los derechos constitucionales “sólo existen en la medida que sea posible acreditar cómo funciona el sistema de garantías para su efectivo cumplimiento”, destacando las falencias en nuestro país¹⁰. En el caso norteamericano, Cross sostiene que los tribunales no muestran voluntad de poner en vigencia estos derechos y que los pobres parecen no mejorar su situación a pesar de los textos constitucionales¹¹.

Incumplimiento no es invalidez

A estas posturas respondemos que la falta de respeto de un derecho no necesariamente aconseja su derogación, ni justifica su quebrantamiento.

Los derechos civiles y políticos también sufren violaciones frecuentes, y aun así no se derogan ni sus incumplimientos se admiten como válidos. A modo de ejemplo, cabe recordar que la Comisión Provincial de la Memoria de la Provincia de Buenos Aires informó que en la segunda mitad de 2007 se denunciaron penalmente 12 casos de tortura por aplicación de corriente eléctrica a presos del Servicio Penitenciario Bonaerense¹². Sin embargo, nadie sugiere a

8 Sagüés, 1999: I, 103-104, 109; y II, 659, 289, 290.

9 Badeni, 1997: 488.

10 Cayuso, 2006: 90.

11 Cross, 2001: 893 y ss.

12 CELS, 2008: 175.

partir de esta situación la derogación de la Convención contra la Tortura (dotada de jerarquía constitucional).

No resulta lógico deducir del incumplimiento de un derecho la conveniencia o corrección de su eliminación. Tal cosa implica una falacia naturalista, una indebida derivación de una norma práctica a partir de un enunciado descriptivo. Resulta fácil imaginar el destino que correría la prohibición constitucional de tormentos si se adoptara esta falacia como guía de acción.

Por el contrario, puede argüirse que la falta de respeto a un derecho adoptado y justificado exige más acciones para su defensa. Entre ellas, pueden incluirse nuevos mecanismos de denuncia, o de control, garantías judiciales adicionales, la creación de organismos estatales especializados, la implementación de procedimientos determinados para la preservación de estos derechos y la fijación de un impuesto de asignación específica para financiar sus costos; todo esto en el plano de la esfera pública formal. En la esfera informal, también cabe destacar la posibilidad de las llamadas “garantías no institucionales”¹³, esto es, las acciones políticas (en un sentido amplio) destinadas a exigir y consolidar la vigencia de los derechos sociales. Esto si aceptamos una norma implícita, a saber: que debe respetarse la Constitución y que los derechos consagrados en ella resultan la base para la legitimidad de la deliberación política y la creación de derecho legítimo.

Un derecho no respetado, por su parte, puede cumplir un rol transformador en la sociedad. Sunstein, por ejemplo, distingue entre constituciones expresivas y pragmáticas¹⁴. Las primeras manifiestan las aspiraciones de una nación (con fines educativos o de orientación para la legislatura), mientras que las segundas intentan producir ciertos efectos concretos. En algún sentido, las buenas constituciones son “*contraculturales*”, actuando como una protección contra los problemas que suelen aparecer en cada país¹⁵. Sudáfrica tiene

13 El concepto, analizado en Britos, 2009; volvemos sobre él en el apartado 9.6.1.

14 Sunstein, 2004: 140, 181, 216-217.

15 Gargarella sostiene que incorporar cláusulas ambiciosas puede ser una apuesta correcta a futuro, “interviniendo en el tiempo”, en lo que denomina

el ejemplo principal de constitución transformadora, que intenta eliminar el *apartheid*. Se incluyen derechos sociales, según Sunstein, para evitar que gobiernos futuros generen males parecidos a los del período racista, y que algún grupo de personas viva en condiciones extremas de privación.

Sólo en caso de comprobarse la imposibilidad fáctica de cumplimiento podría justificarse la derogación o no inclusión de un derecho adoptado y justificado. Pero tal imposibilidad material en el ámbito de los derechos sociales debe probarse, como cualquier otra circunstancia de hecho. Además, ello no es un impedimento para consagrar estos derechos, sino simplemente para su cumplimiento en las específicas circunstancias en las que existiera la imposibilidad fáctica probada y absoluta de llevarlos a la práctica. Volvemos sobre eso en la sección 9.2, al analizar los problemas técnicos para hacer cumplir judicialmente un derecho.

Sin embargo, como se indicó más arriba, la inviabilidad de estos derechos se toma en estas líneas argumentales como presupuesto. En el caso argentino, por ejemplo, esta imposibilidad resulta muy difícil de probar. Al menos en el período 2003-2008, el crecimiento sostenido de la economía y de la recaudación hace inaceptable el argumento de la escasez como fundamento para el incumplimiento de derechos sociales constitucionales.

Siempre puede debatirse la validez de un derecho, pero el argumento central no puede ser la violación a ese derecho. El incumplimiento estatal, por ejemplo, no puede justificar la derogación de los derechos. Tal derogación necesita seguir el procedimiento establecido. De otra forma, la existencia de derechos no tendría sentido. Por su carácter normativo, los derechos no pueden eliminarse con fundamento exclusivo en circunstancias de hecho. Se trata, una vez más, de una aplicación de la falacia naturalista¹⁶.

“constitucionalismo de aspiraciones”; véase Gargarella, 2011: 1554.

16 La *desuetudo*, o derogación por costumbre, no resulta equivalente al simple incumplimiento. Al igual que en el caso de la costumbre, se requiere, además de la práctica, la existencia de *opinio iuris*, esto es, la conciencia de estar cumpliendo un deber jurídico al efectuar cierta conducta.

Por ello, los autores argentinos, en general, no entienden el incumplimiento de los derechos sociales como el signo de una derogación implícita. Cayuso sostiene, por ejemplo, que el art. 14 *bis* constituye un “desafío pendiente”, un “mandato constituyente incumplido a la fecha”¹⁷; Dalla Vía confirma la vigencia y validez de la norma¹⁸; Bidart Campos afirma que aunque muchos derechos sociales de la Constitución sean “letra muerta”, hay que “impeler su cumplimiento a la luz del proyecto que [...] se ofrece como programa vinculante”¹⁹. En otras palabras, la doctrina argentina no equipara violación de derechos con inexistencia de derechos.

8.2. El supuesto efecto negativo de los derechos sociales

Analizando la realidad estadounidense, Cross sostiene que se podría generar una gran reacción pública contra el otorgamiento de beneficios sociales sin atender a si cada individuo los merece o no²⁰. De ese modo, un triunfo judicial significaría una derrota política. La gente vería a los beneficiarios de la asistencia social como indignos de tal apoyo. Esto, a su vez, estimularía al Legislativo y al Ejecutivo a no obedecer las decisiones de los jueces, cediendo a la presión de la opinión pública. Todo ello, concluye Cross, sólo empeoraría la situación de los pobres. Subyacente a este argumento, se lee una premisa: la asistencia o la promoción sociales deben hacerse sólo mientras cuenten con sostén político. Por lo tanto, no deben convertirse en derechos, por razones “pragmáticas”, según señala Cross. Esto se asemeja a la objeción “epistémica” impulsada por Rosenkrantz, que analizamos en el apartado 5.1.1. El argumento, sin embargo, parece más débil cuando se intenta justificar el incumplimiento de derechos ya incorporados en una constitución²¹.

17 Cayuso, 2006: 79.

18 Dalla Vía, 2006: 300.

19 Bidart Campos, 1999: 409.

20 Cross, 2001: 917.

21 Otra versión de este argumento señala las consecuencias negativas o inocuas del reconocimiento judicial. En lugar de destacar el efecto contraproducente de

Sin embargo, este argumento no se limita sólo a los derechos “positivos” o “sociales”. En efecto: muchas decisiones basadas en derechos “negativos” o “civiles” pueden crear (y crean) reacciones sociales adversas. A modo de ejemplo, puede pensarse en una absolución en el juicio por un crimen gravísimo, dictada porque la prueba fue obtenida ilegalmente, o porque la confesión surgió en una sesión de torturas²², o simplemente por el beneficio de la duda²³. Lo mismo podría decirse de la decisión de la Corte estadounidense que garantizó el derecho a quemar una bandera²⁴, o de resoluciones que aseguren el derecho de expresión o de asociación de un grupo poco aceptado socialmente²⁵, o el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo²⁶. Si el argumento de Cross fuera decisivo, este autor debería aconsejar –por ejemplo– la eliminación de ciertas garantías penales incluidas en la Cuarta y Quinta enmiendas de la constitución estadounidense, o supeditarlas al apoyo político y público que su aplicación obtuviera en cada caso. Sin embargo,

los derechos en sí, se subraya que las medidas de los tribunales no arrojan ningún resultado positivo; véase, por ejemplo, Millón, 2009: parág. IV. Sin embargo, no se justifica cuestionar la base teórica de la exigibilidad a partir de las consecuencias en la ejecutabilidad. Son dos planos independientes; el primero se halla en el ámbito teórico y normativo; el otro pertenece al terreno de lo descriptivo, o de la explicación causal.

22 Como resolvió la Corte, por ejemplo, en “Montenegro” (1981).

23 En ciertos casos, la opinión pública atribuye la absolución al poder político o económico del imputado; pero ello no altera el hecho de que el tribunal funda su decisión liberatoria en derechos civiles y políticos, soportando la reacción adversa de la opinión pública.

24 Se trata de *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989); Cross lo cita, pero afirma que si bien en tales casos, los tribunales pueden mostrar “alguna independencia”, no es tanta cuando se trata de una cuestión de “gran importancia práctica”; véase Cross, 2001: 889.

25 La Corte Suprema argentina sostuvo hace pocos años el derecho de asociación de travestis y transexuales, un grupo que todavía puede considerarse, lamentablemente, víctima de discriminaciones muy visibles; la decisión es “Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual” (2006). La Corte reconoce la discriminación que aún sufre este grupo social en los considerandos 16 y 17 del voto de la mayoría.

26 La Corte Suprema de Massachusetts, en 2003, resolvió reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, en virtud del principio de igualdad ante la ley. Véase *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309 (2003).

Cross no extrae esa conclusión. Varias razones podría aducir Cross para no extender su postura a aquellas Enmiendas. La primera es la tradición: se trata de ideas ya aceptadas por su antigüedad, y las reacciones adversas pueden ser menos importantes. Este argumento resulta inaceptable desde el punto de vista constitucional, porque impediría adoptar o reformar una constitución. Es decir, si sólo es legítimo lo que todo un pueblo acepta entusiastamente en determinado momento, ello haría desaconsejable cualquier alteración posterior al estado de cosas existente en aquel momento. Por el contrario, la historia constitucional estadounidense muestra exactamente lo contrario: enmiendas constitucionales muy discutibles se aprobaron incluso en contra de amplios sectores de la opinión pública²⁷. La segunda razón que podría dar Cross para distinguir entre derechos sociales y los derechos civiles está dada por la importancia económica de la cuestión. En otras palabras: garantizar un ingreso mínimo, por ejemplo, sería de mucho mayor impacto que, por ejemplo, asegurar la expresión sin censuras por parte de un grupo religioso poco estimado socialmente. Esto nos deja sin un criterio claro para distinguir entre derechos que debieran estar o no en una constitución. Se trata de una cuestión de grado (de importancia) sin límites precisos. Y por otra parte, algunos derechos sociales (como asegurar la educación primaria gratuita) pueden tener un impacto económico equivalente al de garantizar un sistema penal y carcelario adecuado. Cross no brinda una razón por la que deba preferirse la justicia a la educación, o viceversa. La cuestión presupuestaria es objeto de análisis en la sección 4.6 y en el apartado 9.4.3.

27 Cabe recordar que las enmiendas Decimotercera, Decimocuarta y Decimoquinta sólo pudieron adoptarse tras la Guerra Civil. Debe señalarse, además, que hubo deficiencias en el procedimiento de ratificación de algunas de ellas (regulado en el art. V de la Constitución estadounidense). Faltó la aprobación por los Estados del sur, ocupados militarmente. Sin embargo, los mismos Estados habían participado en la ratificación de la enmienda 13, dos años antes. Para una discusión sobre cómo la posguerra civil alteró los procedimientos de reforma constitucional, véase Brest *et al.*, 2000: 241-255.

8.3. El límite de la disponibilidad de recursos

En esta postura, la escasez de recursos económicos ofrece la primera valla a cualquier reclamo por derechos sociales. Suele invocarse, en tales casos, la referencia al “máximo de los recursos de que [el Estado] disponga” incluida, por ejemplo, en el art. 2 del PDESC, como límite para la vigencia de los derechos sociales. Se toma esto como una autorización velada para no respetar estos derechos, o sujetarlos a la discrecionalidad de los poderes constituidos. Ya no se invoca la falta de recursos como hecho, sino que se la incluye en una justificación jurídica. En una línea similar, Quiroga Lavié sostiene que los derechos contenidos en el tercer párrafo del 14 *bis* (como el derecho a la seguridad social y a la vivienda digna) sólo deben ponerse en vigencia si hay fondos presupuestados suficientes. De otro modo, se emitirá moneda, lo que acarreará inflación y desestabilizará la economía del país²⁸. No resulta claro por qué este análisis se limita a ese párrafo del art. 14 *bis*. Lo mismo podría decirse de muchos otros derechos que exigen erogaciones estatales (el derecho al sufragio o a la defensa en juicio). De todas formas, Quiroga Lavié afirma que esta cláusula impide destinar los fondos presupuestados para vivienda a otros usos²⁹. Una vez más, esto tampoco resulta novedoso: en general, la ley de presupuesto significa que su ejecución no puede alterar los destinos previstos (ya sea construcción de viviendas o pago a proveedores)³⁰. Para esto basta el principio de división de poderes; no se comprende por qué estas partidas estarían sujetas a un control más estricto que las destinadas, por ejemplo, al pago de compras de insumos de papelería. La configuración de un derecho como el establecido en la CN debe tener un significado que vaya más allá del simple cumplimiento de pautas presupuestarias. En caso de que no hubiera un monto previsto para vivienda, Quiroga Lavié entiende que se estaría ante una inconstitucionalidad por omisión, tal como se explica en el apartado 9.4.2.

28 Quiroga Lavié, 2000: 94, 99.

29 La misma postura en Fayt, 2008: parág. V.

30 Véase el art. 33 de la ley 24.156; también Sagüés, 1999: II, 166.

Este argumento se asemeja al que sostiene al concepto de “focalización”, que analizamos en la sección 5.4 y en el apartado 7.5.5. Tomando la escasa disponibilidad de fondos como base, se podría presentar la focalización de las prestaciones de salud o educación como una forma de reglamentación necesaria para garantizar el goce de derechos para todos.

En Argentina han tenido importancia las referencias a límites fácticos o presupuestarios. En el fallo “Chocobar” (1996), por ejemplo, la Corte tomó la referencia a “los recursos disponibles” de un modo que terminaba por eximir al Estado de cumplir con la movilidad jubilatoria³¹. Esta tesis quedó abandonada, aparentemente, en el fallo “Badaro I” (2006), y el tribunal reiteró el carácter operativo de la movilidad en “Badaro II” (2007). La Corte señaló que resultaba injustificable la falta de regulación en la materia, dado que “no se ha demostrado [...] la existencia de muy graves circunstancias de orden económico o financiero que impidan acatar en lo inmediato el mandato constitucional”³². De esto se deduce que tales “muy graves circunstancias” podrían justificar el apartamiento de ese mandato, aunque tal “imposibilidad” debería interpretarse siempre de modo restrictivo³³ y su demostración quedaría a cargo del Estado, tal como ocurrió en el caso “Badaro II” (2007), donde la Corte sostuvo que no se había probado tal imposibilidad.

Los recursos aludidos

La referencia al “máximo de recursos disponibles” no impide la exigibilidad de estos derechos. En efecto: esta cláusula ubicada en el art. 2 del PDESC no puede interpretarse como una autorización para no respetar los derechos sociales. Antes que nada, porque ello implicaría una concepción contradictoria del Pacto en cuestión: un documento donde los Estados reconocen los derechos sociales para

31 La mayoría otorgó amplias facultades regulatorias al Congreso (considerandos 9 y 17), con posibilidad de amoldar el derecho a situaciones nuevas (considerando 12).

32 “Badaro II” (2007), considerando 18.

33 Sagüés, 1999: II, 235.

luego introducir una expresión que los vuelve ineficaces e inexigibles. Tal concepción viola el principio *pacta sunt servanda*³⁴. Si bien este límite (disponibilidad de recursos) integra el Pacto, no puede tener el sentido de eliminar toda obligación estatal en materia de derechos sociales, abriendo un campo amplísimo para la discrecionalidad. Si así fuera, el Pacto habría perdido su sentido como instrumento internacional. No se pensó, al momento de redactar el PDESC, que esta cláusula pudiera ser “una excusa para que los Estados pudieran demorar la realización de los derechos”³⁵.

La expresión, entonces, sólo puede referirse al máximo posible de los recursos de un Estado, considerados en su conjunto. No se refiere solamente a los fondos asignados expresamente a vivienda, salud, o educación, por citar algunas de las áreas pertinentes. De otro modo, el Estado podría incumplir sus obligaciones simplemente asignando ningún presupuesto (o muy poco) a las áreas referidas a derechos sociales; ante un reclamo, podría contestar que el nulo o escaso presupuesto no permite hacer más. Se trata, como vemos, de una interpretación que arroja un resultado incompatible con el mínimo de buena fe necesario para considerar que se están cumpliendo las previsiones de un tratado. Craven destaca que durante la redacción del Pacto, los Estados Unidos propusieron una enmienda al proyecto para que la cláusula rezara: “[...] hasta el máximo de recursos de que disponga *para ese propósito* [...]”. Esta propuesta fue rechazada, precisamente porque podría servir a los Estados para lo que acabamos de decir: argumentar que una asignación mínima de fondos resulta suficiente³⁶. Por lo tanto, la expresión incluida en el

34 Es decir, el principio de la buena fe en la celebración y ejecución de los tratados, por la que los pactos se elaboran para ser cumplidos y cumplidos de buena fe; véase Rizzo Romano, 1988: 60. El principio está contenido en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por la Argentina el 5 de diciembre de 1972. El art. 19 de la Convención, basado en el mismo principio, prohíbe a los Estados introducir, al momento de la ratificación, reservas que contradigan el fin del tratado. Se trata de un principio “universalmente aceptado” en el ámbito del derecho internacional público; véase Díez de Velasco, 2005: 188.

35 Craven, 1995: 136.

36 Craven, 1995: 137, nota al pie 182.

art. 2 del PDESC no significa que los derechos sociales deban satisfacerse con lo que queda luego de otros gastos (la deuda externa, compra de insumos militares) que no tienen la misma jerarquía; así lo entiende, por ejemplo, Bidart Campos³⁷. Este mismo autor sostiene que la obligación consiste en “destinar a las necesidades propias de los derechos sociales un *máximo suficiente de recursos* dentro de la disponibilidad del gasto público”, lo que habilitaría incluso a un control de las decisiones sobre gasto público, esto es, al presupuesto, en casos de que se verifiquen allí “violaciones ostensibles” a los derechos fundamentales.

En cuanto al argumento que sostiene la necesidad de focalizar el gasto social, su aceptabilidad depende del criterio utilizado como guía. En general, se dirige a reducir costos, y no a lograr la vigencia plena de los derechos como objetivo central. Se apunta a hacer viable la distribución económica existente, compensando las consecuencias más extremas. Se trata de administrar la pobreza, tomarla bajo un prisma tecnocrático, a fin de operar sobre ella y mantenerla dentro de niveles tolerables. En síntesis, la focalización significa que un gobierno puede definir, a partir de una evaluación de costos, quiénes pueden ejercer un derecho constitucional. Este planteo altera de modo radical la noción de derechos: los subordina a la conveniencia del Estado, en lugar de tomarlos como el corazón de un modelo de deliberación democrática.

Existe otra valla adicional contra la focalización. Si concentrar las políticas sociales en grupos definidos implica, en un caso concreto, quitar cobertura a otros grupos que ya la tenían, esto viola el principio de progresividad, fijado en el PDESC y analizado en el apartado 6.7.4. Por ejemplo: si los planes de salud dental dejan de abarcar a todos los niños en edad escolar para cubrir solamente a quienes asisten a escuelas públicas ubicadas en los barrios más pobres, aquí el derecho a la salud retrocede en su alcance. Lo mismo ocurre si las jubilaciones se dejan de pagar a cierto grupo social (por ejemplo, profesionales retirados) para mejorar la situación de otro (quienes reciben el haber mínimo).

³⁷ Bidart Campos, 1999: 285, 309, 343-346.

En el fondo, se trata de un análisis de razonabilidad (CN, 28), como se explica en el apartado 6.7.3. Se debe revisar si estos límites a los derechos pueden justificarse como proporcionales al fin buscado (asegurar la vigencia de derechos para todos, o incluso sostener la viabilidad financiera del Estado). Por ello, no podemos descartar que en ciertas circunstancias extremas, la focalización pudiera justificarse. Cuesta imaginar tal situación, ya que, como señalamos en la sección 7.2, el PDESC no prevé una cláusula de suspensión para casos de emergencias (como sí lo hace, por ejemplo, el PDCP en su art. 4.1). A la vez, resulta difícil pensar que se justificara negar el goce de un derecho a un grupo para garantizarlo a otro; en otras palabras, no parece una restricción “proporcional” el privar completamente del derecho.

En general, estas propuestas alegan razones de eficiencia en el uso de los recursos, tal como vemos en el apartado 7.5.5. Gelli, por ejemplo, llama la atención acerca de que las normas “son generosas en promesas y deberes estatales, pero la eficiencia y la eficacia parecen cuestiones accesorias o, aún peor, que deben desestimarse porque remiten a aspectos propios y deleznable del mundo empresario” y se pregunta si la “excesiva ideologización” no oscurece el juicio en esta materia³⁸. La autora parece querer introducir los criterios de eficiencia y eficacia en el análisis de derechos, y resulta curioso el contrapunto que ofrece entre “deberes” del Estado y aquellos criterios. No resulta comprensible de qué modo podrían oponerse ambas cuestiones: los deberes estatales deben cumplirse con eficiencia y eficacia. El conflicto podría aparecer si la eficiencia (o la eficacia) se midieran con respecto a otras finalidades, diferentes al cumplimiento de esos deberes (por ejemplo: el objetivo del equilibrio fiscal o del pago a acreedores externos, en lugar del objetivo de asegurar la educación).

Frente a la invocada necesidad de privilegiar la eficiencia en tiempos de escasez, Lema Anón subraya que no necesariamente la crisis fiscal deriva de garantizar los derechos sociales. En efecto: ello

38 Gelli, 2009: parág. 5.

sí implica una postura ideológica, que presume la legitimidad de los otros gastos (tales como los subsidios a distintas actividades privadas, el mantenimiento o expansión del poderío militar nacional, el aporte a diversos organismos internacionales, entre otros renglones del gasto público). Este autor, además, señala que no se analiza la crisis fiscal en su conjunto, como expresión de una crisis de legitimidad; superarla a través de recetas neoliberales es una opción política, pero no la única³⁹.

En conclusión, vemos que la cláusula de la disponibilidad de recursos no habilita una vía de escape sencillo para los Estados que prefieren incumplir los derechos sociales utilizando asignaciones presupuestarias insuficientes. Se trata de dar cuenta de situaciones de auténtica crisis o escasez, de emergencias genuinas, que aparecen ante los gobiernos como verdaderas dificultades. En tales casos puede pensarse en la necesidad de otras medidas, como se explica en el apartado 9.4.3.

Pero en general, sigue siendo exigible un derecho social siempre que existan recursos disponibles, aunque estén asignados a un renglón presupuestario de rango inferior desde el punto de vista constitucional. La exigencia puede plantearse mientras no se haya alcanzado el resultado de la vigencia plena de ese derecho⁴⁰. Para definir qué se entiende por vigencia plena resultarán de utilidad los criterios de interpretación y determinación esbozados en el capítulo 6.

39 Lema Añón, 2009: parág. III.4.

40 Bidart Campos utiliza el criterio del resultado en materia de derechos sociales; véase Bidart Campos, 1999: 345-346.

CAPÍTULO 9

LA APLICABILIDAD JUDICIAL

La existencia de derechos sociales exigibles en una constitución hace necesario determinar ante qué organismos estatales pueden exigirse. En general, la mayor discusión se centra en el poder judicial. Distintos argumentos sostienen la inconveniencia o la ilegitimidad de la actuación de la judicatura en cuestiones de derechos sociales. Desde otras posturas, en cambio, se admite que los magistrados intervengan, pero con atribuciones de distinta amplitud.

Aquí exponemos las razones que aconsejan dar participación al poder judicial a los fines de garantizar los derechos sociales (9.1). Luego analizamos dos argumentos fuertes contra la intervención judicial: las llamadas “objeción técnica” (9.2) y “objeción democrática” (9.3). Tras extraer algunas conclusiones útiles a partir de ambas, describimos las atribuciones que la magistratura puede tener en materia de derechos sociales (9.4). Finalmente, mostramos que el resto de los poderes públicos tiene funciones que cumplir en esta área (9.5), y revisamos brevemente el potencial de la esfera pública informal (9.6).

9.1. La función judicial en materia de derechos sociales

En general, la consagración de un derecho (en una constitución, por ejemplo) se asocia con la posibilidad de reclamarlo judicialmente. En cierta forma, la noción de “derecho subjetivo” suele involucrar la de acción procesal, entendida como la facultad de exigir a la magistratura que haga efectiva la obligación correlativa al derecho en cuestión,

o que sancione su incumplimiento¹. Intuitivamente, parece difícil confiar en que los derechos se pondrán en vigor sin dificultades, y que la acción personal de cada sujeto bastará para hacerlos valer frente a posibles ataques, omisiones o incumplimientos.

La exigibilidad judicial involucra por lo menos dos tipos de actuación. En la primera, que podemos denominar “común”, el tribunal simplemente hace cumplir lo establecido en una norma infraconstitucional (ley, decreto, resolución, reglamento). En la segunda, a la que podríamos dar el nombre de “superior”, el magistrado aplica normas constitucionales para invalidar acciones u omisiones de los otros poderes. Aquí centraremos nuestro análisis en la actuación “superior”, ya que consideramos que si ella resulta justificada, la aplicación de normas infraconstitucionales también podrá considerarse, *a fortiori*, debidamente fundada.

Al describir el sistema de los derechos, Habermas destaca como “correlato necesario” de las libertades subjetivas su “accionabilidad” judicial con fines de protección². Sin este acceso a la justicia independiente, sostiene Habermas, no hay derecho legítimo. Retoma aquí sus nociones sobre el principio discursivo aplicado al derecho. Se pierde legitimidad si no pueden hacerse valer las libertades necesarias para que las personas puedan no ser sólo destinatarias, sino también autoras de las normas jurídicas. Una conclusión similar sostienen Abramovich y Courtis. Destacan que un derecho es tal sólo si es justiciable, es decir, exigible ante un juez, al menos respecto de algunas de las obligaciones implicadas³.

Garantías y jueces

La creación de un poder judicial, su mera existencia, ya implica la exigibilidad de derechos ante los tribunales. De lo contrario, ¿qué función cumpliría este poder? Cualquiera de sus decisiones implica la

1 Este concepto, tomado de Nino, 1980: 205.

2 Habermas, 1994: 188, 191.

3 Abramovich y Courtis, 2002: 37; retoman las obligaciones que enumera el Comité DESC.

existencia de derechos en cada parte; de lo contrario, bastarían resoluciones de un poder administrativo o legislativo, sin atención a las libertades de la persona afectada. La imposición de penas se hace a través de los jueces porque se reconoce la titularidad de ciertos derechos en quien sufre la imputación; de lo contrario, la administración podría simplemente investigar el hecho (o incluso darlo por probado) y dictar la prisión sin necesidad de oír o ver a la persona condenada. Resulta ilógico suponer que una constitución establezca una judicatura y luego le prohíba entender en la disputa sobre derechos, o servir de institución a la que recurrir en caso de violaciones de esos derechos. Al menos un derecho debe resultar exigible (por ejemplo: a la defensa en juicio, a no ser torturado); de lo contrario, el poder judicial no tendría razón de ser.

La doctrina constitucional distingue entre “derechos” y “garantías”¹, como vemos en el apartado 3.2.4. Los primeros consisten en facultades o atribuciones; las segundas, en cambio, son las herramientas o instrumentos para hacer valer los derechos. Si aceptamos conceptualmente esta división, podría pensarse en derechos sin garantías.

Sin embargo, la división conceptual no puede mantenerse en la realidad jurídica. En efecto: si los derechos que analizamos pertenecen al Derecho, entonces deben asociarse a algún grado de coerción en algún momento. De lo contrario, sólo pueden considerarse derechos morales, pero no derechos subjetivos en el sentido jurídico-positivo. La coerción constituye un elemento inseparable del derecho positivo². Este se describe como un sistema normativo, pero a la vez, coactivo e institucional: algunas de sus reglas involucran el

1 Véanse, por ejemplo, Sagüés, 1999: II, 277; Cayuso, 2006: 29. Gil Domínguez considera al amparo un instrumento para hacer valer otros derechos y también un derecho en sí mismo; véase Gil Domínguez, 2002: 522; en el mismo sentido, Ekmekdjian, 2000: I, 82-83.

2 Así es posible que cumpla su rol de integración social, fijando límites fácticos a quienes prefieren no respetarlo; véase Habermas, 1994: 89, 91. Lo definitorio de un derecho no es que se cumpla, sino que exista la posibilidad de aplicar la fuerza para hacerlo valer. La coacción no necesita darse en cada aplicación del derecho; basta con que exista como posibilidad, como recurso disponible.

uso de la fuerza monopolizada por el Estado a través de alguna de sus instituciones; y aunque no todas las normas prescriban sanciones, su operatividad y eficacia dependen de la posibilidad de recurrir a la fuerza en caso de necesidad³.

Por lo tanto, si la garantía puede describirse como un instrumento para hacer valer un derecho, un derecho positivo la necesita. De otra forma, no podría poner en juego el componente de coerción (al menos potencial) que va asociado a su carácter positivo. La distinción analítica entre derecho y garantía es posible; pero no justifica concebir derechos sin garantías, al menos en el marco del derecho positivo.

Hasta aquí, simplemente podemos dar por sentado que los derechos necesitan garantías. Sin embargo, ello no implica necesariamente que la garantía se canalice a través del poder judicial. Los instrumentos también pueden estar a cargo del poder ejecutivo o del legislativo. Así, por ejemplo, el derecho a no ser discriminado puede hacerse valer a través de actuaciones ante un órgano administrativo (como el Inadi); el derecho a peticionar a las autoridades puede garantizarse por medio de un procedimiento de audiencias públicas periódicas en la legislatura. Las garantías judiciales representan una especie entre varias más.

Por lo tanto, aquí debemos justificar por qué los derechos sociales gozan, también, de garantías judiciales, ya que esa es la postura que sostenemos. Un primer argumento (9.1.1) se basa en la situación de los derechos civiles y políticos. Los siguientes apuntan a explicar la conveniencia de contar con garantías judiciales para los derechos de cualquier tipo. Así, se invocan (9.1.2) la independencia institucional, (9.1.3) la capacidad para analizar casos singulares y (9.1.4) la formación técnica de la judicatura como elementos que aconsejan consagrar garantías judiciales.

9.1.1. La situación con respecto a los derechos civiles y políticos

No parece haber dudas sobre la justificación de dar garantías judiciales a los derechos civiles y políticos. Por ejemplo, nadie parece

³ Nino, 1980: 103-104.

cuestionar la institución del hábeas corpus: simplemente se admite que la intervención de un juez representa la mejor garantía de la libertad personal. Nada impediría confiar esta garantía a otros órganos. El hábeas corpus podría interponerse ante el Parlamento, o ante un órgano similar al Defensor del Pueblo. Sin embargo, el hábeas corpus ha estado, desde sus orígenes, en el ámbito de los jueces. Del mismo modo, no suele generar objeciones la existencia de garantías judiciales para hacer respetar la libertad de culto, o la de expresión, o bien el derecho de sufragio.

A partir de esto, resulta lógico sostener la aplicabilidad del mismo conjunto de garantías a los derechos sociales. Quien sostenga lo contrario debe explicar la diferencia entre ambos grupos de derechos. Pero en el capítulo 4 hemos mostrado las enormes dificultades para poder hacerlo. Como veremos enseguida, las objeciones a la intervención judicial no resultan aplicables sólo a los derechos sociales, sino también a los civiles y políticos. Tampoco en materia de garantías resulta admisible un tratamiento diferenciado a grupos de derechos.

Aquí partimos, por supuesto, de la existencia de garantías judiciales para los derechos civiles y políticos. Si estos perdieran la tutela judicial, también correrían igual suerte los derechos sociales. Por ello se hace necesario alegar razones que justifiquen la intervención judicial en sí misma (más allá de cuales sean los derechos en juego) y responder las objeciones y críticas que se han planteado contra ella.

De todas formas, mientras se mantenga la protección judicial de los derechos civiles y políticos, puede considerarse justificada la misma tutela para los derechos sociales. Desde 1853, el Poder Judicial está a cargo de garantías para preservar, especialmente, la libertad personal. El art. 18 de la CN prevé la inviolabilidad de la defensa en juicio, la ilegalidad de las detenciones que no se hagan “en virtud de orden escrita de autoridad competente”, y la presunción de inocencia, entre otras cláusulas. A partir del art. 18 se derivó la existencia del hábeas corpus⁴. La garantía se amplió a otros derechos. Primero, a través de la jurisprudencia

⁴ Sola, 2006: 615.

cia, de la que surgió el amparo como tutela de los derechos diferentes de la libertad ambulatoria. En “Siri” (1957), la Corte Suprema sostuvo que “basta esta comprobación inmediata [de la restricción injustificada de un derecho] para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”. El amparo y el hábeas corpus, junto al hábeas data, se integraron a la CN en la reforma de 1994, a través del art. 43⁵.

Garantías judiciales para los derechos sociales en el caso argentino

De modo muy general, la actuación judicial en esta área queda habilitada a través del art. 116 de la Constitución, donde se establece la competencia de la Justicia federal sobre los puntos regidos por la ley suprema⁶. De esta forma hay autorización del constituyente para la intervención judicial en estos temas.

El capítulo de las garantías, a su turno, no hace distinción entre derechos sociales o de otra índole⁷. Se toma un campo amplio de protección, abarcando también derechos que se hallan en tratados o en leyes. El constituyente quiso asegurar la participación judicial frente a violaciones de derechos, incluyendo los sociales. Ninguna garantía que no sea judicial permite eliminar la actuación de los jueces a través del amparo. Esta acción sólo resulta inaplicable cuando hay un “medio judicial más idóneo” (CN, art. 43). No hay necesidad de agotar la instancia administrativa⁸. Esto confirma la voluntad del constituyente: dar participación a los jueces.

5 Quiroga Lavié, 2000: 234.

6 De esta cláusula se derivó, antes de 1994, el control judicial de constitucionalidad; véase Gelli, 2005: 965.

7 Gelli sostiene que en “Kot” (1958), la Corte parecía limitar el alcance del amparo a los derechos esenciales; sin embargo, esta categoría no fue definida ni desarrollada; véase Gelli, 2005: 481. La actual redacción del art. 43 no introduce distinciones entre los distintos derechos.

8 Sola, 2006: 619; Cayuso, 2006: 211; Quiroga Lavié, 2000: 235-236; Gelli, 2005: 485.

Con esto se cumplen, además, los compromisos asumidos por nuestro país en instrumentos internacionales dotados de jerarquía constitucional. El art. 25 de la CADH consagra el derecho de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales”. Una cláusula similar se halla en el art. 8 de la DUDH. Por otra parte, el Comité DESC ha establecido la obligación estatal de brindar recursos judiciales para los derechos consagrados en el Pacto⁹.

La Corte Suprema ha reconocido explícitamente las atribuciones judiciales en la materia. Al analizar la movilidad de las jubilaciones, el alto tribunal indicó que ese pasaje del art. 14 *bis* “se dirige primordialmente al legislador”, pero que si la solución dada se torna “irrazonable”, los demás poderes públicos, según sus competencias, deben hacer valer ese precepto¹⁰; agregó que la “salvaguarda” de los derechos “es deber indeclinable del Tribunal”¹¹. Lo mismo ocurrió al analizar la estabilidad del empleado público¹², o el derecho a la salud¹³. Cabe una aclaración: que la Corte haya definido que el poder judicial tiene competencia para tratar cuestiones referidas a los derechos sociales nada dice respecto a qué medidas puede tomar; analizamos eso en la sección 9.4. Tampoco determina las pautas para establecer si existe una violación de estos derechos; de ello se ocupa el capítulo 6.

Una primera conclusión: en nuestro marco constitucional los derechos sociales tienen, por lo menos, la misma protección que los civiles y políticos, incluyendo la tutela judicial. Ni siquiera necesitamos extender analógicamente las protecciones de un grupo

9 OG 3 (1990), punto 5; OG 9 (1998), puntos 9 y 10.

10 “Badaro I” (2006), considerando 15.

11 “Badaro I” (2006), considerando 19.

12 “Madorrán” (2007), voto de la mayoría, considerando 10.

13 “Campodónico” (2000) y “Asociación Benghalensis” (2000), entre otros.

de derechos hacia otros. Más allá de esto, corresponde revisar los argumentos que sostienen esta intervención de los jueces, para comprender su sentido y poder interpretar el alcance de sus facultades. A continuación exponemos estos fundamentos.

9.1.2. La independencia institucional

Por “independencia” entendemos aquí la relativa separación, o autonomía, de la judicatura¹⁴ respecto a: 1) los otros poderes (típicamente, una legislatura y una administración); 2) los ciclos electorales o períodos de funciones de esas otras ramas del gobierno; 3) los resultados electorales; y podríamos agregar, siguiendo a Grosman, 4) los intereses personales¹⁵. En los países que adoptan el principio de la división de poderes, el poder judicial tiene una mayor o menor distancia o independencia respecto a los tres primeros elementos. Un magistrado no suele obtener su nombramiento en una elección, y su período de función no suele coincidir con el de los legisladores o el presidente. Su remoción tampoco está a cargo del electorado, en general; su responsabilidad generalmente se evalúa con criterios supestatamente más técnicos que políticos (esto es, se aprecia su pericia en el Derecho más que el acuerdo valorativo con sus conclusiones). En general, en todos los países existe algún mecanismo de control de los otros poderes sobre el judicial. Los mecanismos difieren según el peso de esas otras ramas de gobierno en la tarea de supervisión, o en los criterios aplicados.

Con esta relativa independencia, los jueces pueden actuar sin necesidad de autorización por parte de los otros poderes. Por esto se suele defender la posibilidad de que la magistratura proteja derechos frente a violaciones por parte de los otros poderes. Se afirma que los magistrados, como no deben responder periódicamente ante el electorado, pueden resolver contra la voluntad mayoritaria circunstan-

14 En este trabajo utilizamos “magistratura” y “judicatura” como sinónimos del colectivo integrado por jueces y juezas, o como equivalente de “poder judicial”.

15 Grosman, 2008: 119.

cial y a favor de una persona o una minoría afectada en sus derechos, sociales o de cualquier otra índole.

Esto no significa, necesariamente, que los jueces tengan la palabra final en la materia. Sólo implica que tienen atribuciones, que pueden tratar la cuestión, y que pueden emitir una decisión sobre derechos. Según el diseño institucional adoptado, tal resolución podrá ser la última, o estar sujeta a posteriores revisiones.

La independencia institucional de los jueces sirve de base para un tipo de actuación: el que hemos llamado “superior”, es decir, el control judicial de constitucionalidad. Las decisiones de la legislatura y del ejecutivo pueden examinarse según su coherencia con la constitución, y tal revisión queda a cargo de jueces. Puede efectuarla cada magistrado, o un tribunal especializado; tal instancia puede ser definitiva, o provisoria; la decisión puede abarcar a todos los casos similares, o sólo al caso bajo tratamiento¹⁶.

La magistratura como revisora externa

Puede agregarse otro argumento “epistémico”. Resulta difícil que el órgano legislativo o el ejecutivo revisen críticamente sus propios actos. La magistratura puede brindar el punto de vista externo necesario para percibir las contradicciones con la norma suprema. Esto no impide que el legislativo haga su propio control.

En un modelo democrático deliberativo, este control de razones por parte de un ente separado puede justificarse sobre esta base epistémica. La discusión en los cauces institucionales de un parlamento, o de una reunión de gabinete, puede necesitar una ampliación a partir de los argumentos esgrimidos en el marco judicial por grupos afectados. Por ello, Habermas –por ejemplo– no duda en incluir la exigibilidad judicial de los derechos dentro de las condiciones para una democracia deliberativa.

La justificación de la intervención judicial crece cuanto mayor sea la independencia institucional de la magistratura. Si el diseño de

16 Sagüés, 1999: I, 170 y ss.

poderes adoptado permite la injerencia continua de los otros poderes en las decisiones de los jueces, o si la resolución judicial queda subordinada a la voluntad de las otras ramas del gobierno o de pronunciamientos electorales, o si esas ramas tienen varias atribuciones que les permitan dirigir la acción de los magistrados, entonces la independencia será menor y la justificación para la intervención judicial puede reducirse.

Nuestro país siguió, en este punto, el modelo estadounidense, donde el control de constitucionalidad reside en el poder judicial; en general, se afirma que sus decisiones tienen carácter definitivo, aunque volveremos sobre este punto más adelante. La Corte norteamericana inició este camino en el caso *Marbury v. Madison* (1803)¹⁷. La Constitución de Estados Unidos, aprobada en 1787, no incluye ningún sistema de control en la materia. Sin embargo, ya en el *Federalista* N° 78 se afirma la necesidad de establecer un mecanismo en manos de los jueces¹⁸.

En el caso argentino, el control de constitucionalidad no se hallaba tampoco en el texto aprobado en 1853, pero la fijación de la supremacía constitucional en el art. 31 (siguiendo el modelo estadounidense) abrió paso a la imitación del razonamiento de *Marbury* en la jurisprudencia argentina. Se consolidó como atribución explícita de los jueces en la reforma de 1994, a través de la incorporación del art. 43.

Sin embargo, este énfasis en la independencia institucional, por más lograda que esté, abre paso a una importante objeción. Quienes se oponen a la intervención de los jueces (respecto de cualquier clase de derechos) apuntan a la relativamente débil legitimidad democrática del poder judicial. Según este planteo, un órgano sin aprobación electoral (la magistratura) no puede invalidar decisiones (incluso omisivas) de los poderes con origen electivo. Encontramos entonces una primera valla para admitir la intervención judicial so-

17 5 US 137 (1803). Una versión en castellano de la decisión, en Miller *et al.*, 1987: 5-14.

18 Una Constitución que limite al poder, según el texto del *Federalista* N° 78, sólo puede ponerse en práctica a través de los tribunales, que deben tener la facultad de anular actos de los otros poderes.

bre la base de su independencia. Analizamos esta objeción, denominada “democrática”, en la sección 9.3.

Aun dejando de lado este planteo, subsiste otro. Admitiendo que la magistratura tiene independencia suficiente, no se comprende por qué precisamente ella debería tomar la responsabilidad de la protección de derechos y, en particular, del control de constitucionalidad. Ciertamente, el legislativo puede carecer de la distancia crítica suficiente frente a sus propios actos, pero ello no significa, necesariamente, que la revisión deba quedar en manos de la judicatura. ¿Por qué no podría cumplir esa tarea el ejecutivo, o bien alguna otra institución?

Una respuesta señala que la magistratura puede efectuar un análisis diferente al de los otros poderes. Tiene capacidad para estudiar el caso concreto, la situación específica de afectación de un derecho. A continuación exponemos este argumento.

9.1.3. Consideraciones singulares

La protección de los derechos (sociales, o de cualquier otra clase) requiere, en ciertos casos, considerar circunstancias singulares. Las condiciones de vida de una niña en un asentamiento rural pueden impedirle asistir a la escuela. Este caso específico quizá no se conoció al momento de legislar o de crear una política educativa o social desde el ministerio. Sí puede analizarse en una actuación judicial.

Desde un punto de vista deliberativo, tiene importancia la oportunidad de discutir planteos individuales o grupales, situados y circunstanciados. Habermas sostiene que los criterios de legitimidad “sólo pueden formarse en esos foros públicos en que toman la palabra las experiencias biográficas de represión y falta de respeto”; la formación institucional de voluntad y opinión políticas no puede generarlos por sí sola¹⁹.

Sin embargo, este argumento tampoco define al poder judicial como la institución encargada. Podrían diseñarse otras, no judicia-

19 Habermas, 1994: 515.

les, que lleven adelante un tratamiento singularizado, también de modo independiente. Un comité de derechos, por ejemplo, podría estar a cargo de revisar casos particulares y emitir decisiones vinculantes, incluso en materia de control de constitucionalidad.

Ni la independencia institucional ni la posibilidad de análisis particulares definen la pertinencia de la magistratura en materia de derechos. Surge así un tercer argumento: el que funda la intervención judicial en las aptitudes técnicas específicas de la judicatura.

9.1.4. La formación técnica

En general, el poder judicial se integra por personas versadas en el Derecho como disciplina. Cada sistema impone una determinada exigencia para garantizar esa formación técnica; ello no suele requerirse en los otros poderes.

Desde un punto de vista deliberativo, la actuación judicial aporta una visión genuinamente diferente a la generada dentro de la legislatura o la administración, o en la esfera pública informal (o sociedad civil). Un tribunal evalúa actos u omisiones por medio de una disciplina específica: el Derecho. La formación técnica le permite revisar tal o cual aspecto de la conducta de la legislatura o la administración a la luz de criterios no considerados (necesariamente) en el proceso político. Se trata de las pautas del Derecho como ciencia, cuyo conocimiento se requiere a la magistratura.

Si bien puede considerarse a la teoría jurídica, en sus niveles más abstractos, como una especialización del discurso moral, Nino destaca que podemos diferenciarla del discurso moral ordinario²⁰. A diferencia de otros intérpretes (como el legislador o el titular del ejecutivo), el jurista inserto en el poder judicial no puede basar sus decisiones en razones ajenas a las que justifican la constitución (o la norma positiva) adoptada en la comunidad. Tampoco puede, frente a diversas opciones igualmente válidas y justificadas desde el punto de vista del derecho, elegir una de ellas con algún criterio externo

20 Nino, 1980: 344-346.

al derecho como disciplina; según Nino, la determinación no sólo debe ser valorativamente aceptable, sino que también debe guardar compatibilidad “con las normas positivas que se consideran válidas”. Si persiste la multiplicidad de opciones, la definición queda en manos de la deliberación política ampliamente definida.

Por supuesto, una decisión judicial suele tener resonancias éticas y políticas; quienes integran los tribunales pueden partir de sus intuiciones morales, y no del derecho. Sin embargo, una resolución de la judicatura debe (en general) justificarse sobre la base de razones ancladas en el derecho como disciplina. Aquí radica, entonces, la diferencia mayor con la argumentación que pueden desplegar los bloques parlamentarios, el gabinete de gobierno, o las organizaciones sociales o sindicales.

La intervención de especialistas en Derecho aporta a la deliberación una clase diferente de reflexión y de argumentos, canalizada a través de un método específico, según reglas y procedimientos (más o menos desarrollados) de una disciplina científica. Esto explica el interés en su contribución al momento de actuar sobre los derechos.

La visión jurídica en una democracia deliberativa

Sin embargo, que las razones de la magistratura provengan de una técnica específica no termina de justificar su intervención. Si tienen pertinencia los argumentos de juristas, ¿por qué no los de otras disciplinas? ¿Por qué no convocar los aportes de la medicina, la literatura, la antropología o la historia? ¿Por qué no estructurar un poder del Estado en torno a alguna de estas profesiones o disciplinas y confiarles la discusión de los derechos? También estos discursos técnicos podrían aportar una visión diferente a la del discurso moral ordinario. Una primera respuesta es que estas disciplinas no tienen pretensiones normativas, sino descriptivas o explicativas. Aunque sí podría proponerse confiar un poder del Estado a filósofos.

Debemos retomar entonces lo ya explicado sobre el rol del derecho en una democracia deliberativa. Señalamos que constituye un

recurso para alcanzar la integración social en comunidades complejas como las de hoy, que ya no comparten un conjunto estable de convicciones o valores. Donde el modelo de democracia republicano o comunitario ya no resulta viable, Habermas sostiene que la democracia deliberativa utiliza el derecho como un instrumento de integración social. Permite reemplazar las antiguas convicciones comunes por la posibilidad de sanciones; el derecho, para cumplir esa función, debe contar con legitimidad, fruto del procedimiento deliberativo. A la vez, el Estado (la esfera pública formal, o institucional) es un Estado de derecho, organizado según normas jurídicas²¹.

Por lo tanto, el derecho como disciplina tiene una relevancia particular. A diferencia de la medicina, la literatura o la antropología, la ciencia del derecho trabaja sobre las normas que permiten el autogobierno en el marco de sociedades complejas. El derecho no representa entonces una disciplina más. Se hace necesario incorporar su ejercicio al debate sobre las normas aplicables a un caso cuando existan discrepancias sobre su alcance, sentido o efectos en una situación concreta. El manejo (con mayor o menor pericia) de esta ciencia se exige a los integrantes de la judicatura, quienes deben aplicar sus pautas y criterios.

Sin embargo, reconocer la importancia de la disciplina del derecho no significa dar al poder judicial (o a cualquier intérprete jurídico) un privilegio interpretativo o la decisión final en materia de derechos. Como explicamos en las secciones 6.2 y 6.8, la hermenéutica se lleva a cabo de manera colectiva y continua. El texto de las normas remite al trasfondo cultural, al marco de valoraciones y supuestos que la comunidad elabora y modifica diariamente, en múltiples interacciones cotidianas. Cada cambio en ese marco cultural general repercute inevitablemente en el sentido que se dará a un texto jurídico aun bajo los procedimientos del derecho como disciplina. Las resoluciones judiciales, en síntesis, sólo incorporan a la deliberación un elemento diferenciado pero a la vez relevante. Por ello consideramos justificado dar intervención al poder judicial

21 Habermas, 1994: 100, 185-186, 491.

frente a una alegada violación de derechos (sociales o de cualquier otra índole). Se justifica dar la palabra al tribunal, pero no la última.

Esta importancia de la reflexión jurídica también pone bajo otra luz la noción de independencia institucional. La independencia adquiere un sentido: se trata de mantener la autonomía (relativa) de quienes llevan adelante ese estudio disciplinar. Se busca que se atengan a las pautas de esa disciplina, sin apartarse de ellas ni alterar los resultados de su reflexión, sirviendo a fines ajenos a esa tarea. Nada de lo aquí dicho supone la “neutralidad” de la ciencia o la “objetividad” de quien la practica. Las disciplinas, como actividades humanas, se insertan en la práctica vital y están destinadas a cumplir ciertas finalidades necesarias para esa misma vida. El método científico, precisamente, apunta a que la labor de la persona de ciencia contribuya a lograr esos fines, con independencia de las razones individuales y particulares que animan al científico concreto. La objetividad posible deriva, precisamente, de seguir esos preceptos metodológicos (que siempre pueden rediscutirse, en el plano epistemológico)²².

Por supuesto, el debate sobre violaciones de derechos no puede sustanciarse exclusivamente con aportes de la ciencia del derecho. Muchísimas cuestiones involucradas en cada caso exigen conocimientos de otras ciencias y disciplinas. Los jueces, en cambio, cuentan solamente con formación técnica en la disciplina jurídica. De esta forma, lo que aparecía hasta recién como una razón para darles intervención, sirve ahora como base para cuestionar su actuación ante violaciones de derechos. En otras palabras: la magistratura parece demasiado estrecha en su preparación disciplinar, y por ende, no apta para tratar cuestiones sociales complejas, como las que suelen aparecer al tratar el alcance de los derechos (especialmente, los derechos sociales). Este planteo constituye la llamada “objeción técnica”, que analizamos a continuación.

22 El grado de objetividad posible en el marco de ciencias orientadas siempre por algún interés humano vital está analizado en Habermas, 1965. En este párrafo seguimos sus conclusiones.

9.2. La objeción “técnica”

En muchas ocasiones, se rechaza la exigibilidad judicial de los derechos sociales señalando la falta de formación específica en los jueces²³. Siguiendo este argumento, se podría aducir que un tribunal no conoce de políticas sociales, por lo que no podría saber si la eliminación de un subsidio alimentario a los hijos de madres adolescentes viola el derecho a la alimentación; o que los jueces no han estudiado medicina epidemiológica, de modo que no pueden determinar qué vacunas deben incluirse en un plan preventivo para dar plena vigencia al derecho a la salud.

La objeción no se detiene en las cuestiones técnicas referidas a salud, educación, vivienda o alimentación. También destaca las falencias de los tribunales en conocimientos de administración. La judicatura, se afirma, no puede decidir adecuadamente sobre el uso de recursos financieros. No se objeta aquí la falta de legitimidad democrática del poder judicial; esto es materia de la llamada “objeción democrática”, que analizamos en la sección 9.3. Esta objeción “técnica”, en cambio, subraya que los tribunales no tienen idoneidad para manejar esos fondos. La exigibilidad judicial de derechos sociales obligaría al juez a resolver sobre el uso del presupuesto y, eventualmente, ordenar que ciertos fondos se utilicen para asegurar, por ejemplo, el derecho a la salud reclamado. Estas decisiones demandan un conocimiento específico de administración, ausente en la magistratura. Además, según Sunstein, una intervención judicial en el tema podría afectar “la fijación sensata de prioridades”, ya que un gobierno podría brindar menos ayuda para viviendas y dedicarse a fomentar el empleo. Si un juez protegiera derechos sociales podría disminuir la capacidad de los ciudadanos para elegir los programas de empleo y bienestar social que prefieran²⁴.

Por otra parte, las decisiones judiciales protegen inadecuadamente los derechos sociales ya que sólo abarcan los casos que llegan a los estrados. Sólo se beneficia a quienes cuentan con recursos o

23 Sunstein, 2004: 210.

24 Sunstein, 2004: 145, 211, 212.

posibilidades de acceder a los tribunales. El resto de la población afectada no podrá ejercer sus derechos sociales.

Para evitar decisiones injustas (por su alcance limitado) e ineficaces (por la falta de conocimiento técnico y de presupuesto), quienes sostienen esta objeción “técnica” aconsejan no consagrar la exigibilidad judicial de los derechos sociales²⁵, o interpretarla restrictivamente (en sistemas como el argentino). Rosenkrantz sostiene esta objeción, afirmando que los jueces carecen de la “tecnología de la justicia” necesaria para resolver los problemas derivados de poner en vigencia derechos sociales²⁶.

Hasta aquí, los principales fundamentos de esta postura. Ella obliga a pensar de nuevo la exigibilidad judicial como garantía central de los derechos. De todas formas, intentaremos aquí precisar los límites de esta objeción, para evitar llegar a la apresurada conclusión de que los jueces nada deben hacer en materia de derechos sociales.

Los límites y supuestos de la objeción “técnica”

En primer lugar, hay que señalar una premisa, no siempre explícita. Quienes aconsejan no dar exigibilidad judicial a los derechos sociales presuponen alguna diferencia entre adjudicar cuestiones sobre derechos sociales y sobre otros derechos. Dan por sentado que al fallar sobre el derecho a la alimentación ocurre un proceso cognitivo (o institucional) esencialmente diferente del que se produce al resolver —por ejemplo— sobre el derecho a la vida frente a un pedido de autorización para adelantar el parto de un feto anencefálico²⁷. Por eso, quienes sostienen esta objeción en materia de derechos sociales, suelen admitir la actuación judicial en el área de los derechos civiles y políticos.

25 Es la postura inicial de Sunstein; véase Sunstein, 2001: 124.

26 Rosenkrantz, 2003: 245-246. En realidad este autor propone, lisa y llanamente, no incorporar derechos sociales en una constitución.

27 La cuestión se planteó en “T. S.” (2001); véase Guiñazú y Rodríguez Fernández, 2005.

Este presupuesto resulta difícil de justificar. No se termina de entender cómo se define la diferencia esencial entre derechos sociales y los derechos civiles y políticos, tal como vimos en el capítulo 4. Los problemas técnicos de adjudicación se hallan igualmente presentes en los casos de derechos civiles y políticos²⁸. Tomemos sólo tres ejemplos. Primero, el derecho a la vida, que suele involucrar, por ejemplo, complejÍsimas cuestiones médicas, como en el caso de la eutanasia o la contracepción²⁹. En segundo lugar, las libertades procesales plantean, en muchos casos, dilemas extremadamente difíciles. Por citar un ejemplo reciente, la Corte argentina analizó, en “García Méndez” (2008), la posibilidad de liberar progresivamente a todos los niños menores de 16 años sujetos al régimen de la ley 22.278. En lo que interesa al tratamiento de la objeción “técnica”, la Corte admitió que las cuestiones involucradas eran “de delicadeza, gravedad y complejidad extremas”, pero que pese a ello el alto tribunal “no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación”³⁰. Nadie podría sostener fundadamente que la magistratura posee los conocimientos psicológicos y sociológicos necesarios para internarse por sí sola con cierta seguridad en estos temas. Como tercer ejemplo, baste recordar que entre 2001 y 2006, el derecho de propiedad planteó cuestiones de difícil resolución, frente a la imposición de medidas de emergencia tales como el congelamiento de cuentas bancarias y la conversión a pesos de los depósitos en dólares. Puede trazarse una línea de casos que se inicia en “Kiper” (2001) y “Smith” (2002), para luego continuar con “San Luis” (2003), “Bustos” (2004) y “Massa” (2006). A nadie escapa la cantidad y calidad de conocimientos necesarios para comprender lo ocurrido y las posibles consecuencias de cada resolución tomada.

De modo que no parece haber una razón específica para negar exigibilidad judicial a los derechos sociales a partir de los obstáculos

28 Gil Domínguez, 2009: 233-235; Wiles, 2006: 54.

29 Para un repaso de la complejidad implícita en el derecho a la vida, véase Rossetti, 2005.

30 “García Méndez” (2008), voto de la mayoría, considerandos 6 y 7.

cognitivos que la magistratura podría encontrar. Problemas similares surgen en derechos cuya exigibilidad nadie pone seriamente en duda.

La insuficiencia de la actuación judicial

Quienes sostienen la objeción “técnica” podrían insistir en la injusticia de las soluciones individuales o parciales que un tribunal puede adoptar. Sunstein remarca que los derechos de primera generación pueden protegerse a nivel individual en el marco de un proceso judicial³¹, y ello no ocurriría en los sociales.

A esto podemos responder de dos maneras. En primer lugar, sí puede asegurarse judicialmente alimentación o cuidados médicos a solicitantes individuales; no resulta conceptualmente imposible. Así se hizo, por ejemplo, en “Campodónico” (2000), al ordenar la provisión de un medicamento vital a un niño afectado gravemente en su salud. También puede evitarse, en el plano individual, la aplicación de una norma general que resulte violatoria de derechos sociales³². Por otra parte, no siempre los derechos civiles y políticos requieren soluciones particulares. Los derechos electorales, por ejemplo, requieren, en muchos casos, una medida de carácter general³³.

En segundo lugar, las soluciones individuales pueden resultar insuficientes, pero lo mismo ocurre con los derechos civiles y políticos. Sin embargo, ello no suele tomarse como argumento para sostener su inexigibilidad judicial. Asegurar la atención sanitaria de un niño —tal como ocurrió en “Campodónico” (2000)— no crea un obstáculo para la satisfacción general del derecho a la salud. Las soluciones integrales, si existen, siguen siendo posibles, en manos de los otros poderes. Lo mismo, insistimos, se produce en relación con otros derechos. Un juez puede asegurar, por ejemplo, la libertad de prensa de un periodista fren-

31 Sunstein, 2004: 227.

32 Por ejemplo, la impugnación del despido de un empleado público por resultar violatorio de la estabilidad consagrada en la CN; véase “Madorrán” (2007), analizado en el apartado 9.4.2.

33 Véase “Mignone” (2002), ya citado, sobre el derecho a voto de los detenidos en prisión preventiva.

te a la censura ejercida por un funcionario. Ello quizá no abarca a otros trabajadores de prensa en la misma situación; sin embargo, resultaría difícil aceptar que la decisión es injusta, o que no vale la pena su dictado, o que es inútil proteger judicialmente la libertad de prensa.

La cuestión de las prioridades

Aquí corresponde reiterar que los derechos sociales (como los demás derechos) no pueden entrar en el juego de prioridades mencionado por Sunstein. Fijar prioridades pertenece al ámbito de las políticas y exige disponer de discrecionalidad para definir una jerarquía. Los derechos, en cambio, no están ordenados jerárquicamente (en general, salvo excepciones explícitas, como analizamos en el párrafo 3.1.2.2), ni abiertos a la negociación política ordinaria. Constituyen *en conjunto* los presupuestos de la autonomía pública y privada necesaria para llevar adelante la vida en el marco de una democracia deliberativa. Sunstein reconoce que esta dificultad se plantea incluso para derechos de primera generación³⁴. Muchas veces se ha propuesto a la sociedad un intercambio, entregar un derecho a cambio de otro. Por ejemplo, cada tanto se insiste en la necesidad de resignar garantías procesales (de algunos) a fin de preservar la seguridad personal (de otros). Obviamente, el Estado puede carecer de la capacidad para dar completa vigencia a todos los derechos, pero no puede incumplir unos en nombre de otros. De lo contrario, estaría creando una jerarquía de derechos, que exige una justificación adicional (y que podría resultar inconstitucional, si no estuviera incluida en la ley suprema). La Corte argentina ha señalado la invalidez de tales “intercambios”, por ejemplo, al descartar el recorte de los derechos laborales como el precio a pagar por la mejora en la actividad económica³⁵.

34 Sunstein, 2004: 212.

35 Sostiene la Corte: “Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución [...], aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajo que aquella le exige [...] importaría [...] pura y simplemente invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada [...]”, en “Vizzoti” (2004), considerando 11.

El aporte de la objeción “técnica”

Hay aspectos constructivos de esta objeción, que pueden contribuir a mejorar la intervención de la magistratura en esta materia.

En primer lugar, porque vimos que el juez no puede, aisladamente, interpretar los derechos. Su formación técnica resulta valiosa porque aporta a la deliberación un punto de vista diferente (construido según las reglas de una disciplina), pero la ciencia del derecho no puede abarcar el amplísimo espectro de cuestiones de hecho.

La magistratura debe abrir su entendimiento hacia quienes alegan la violación de derechos. Debe asegurar que sus argumentos, razones e informaciones se incorporen de modo significativo al proceso. Además, la misma apertura corresponde hacia los planteos de la parte demandada (en muchos casos de derechos sociales será el Estado). Finalmente, de modo particularmente importante, la actuación judicial deberá buscar el aporte de las ciencias, de las varias disciplinas que proveen de conocimiento racional y fundado sobre las cuestiones de hecho. A través de estas medidas, se comienza a dar cuenta de lo denunciado por la objeción “técnica”.

Yendo más allá del poder judicial en sí, las cuestiones analizadas aquí aconsejan la creación de cuerpos técnicos confiables y autónomos que puedan brindar su saber a la magistratura³⁶. En materia de legislación procesal, pueden preverse mecanismos dirigidos a asegurar que habrá instancias para contar con esos conocimientos.

En cuanto al problema del alcance de las soluciones judiciales, ello pone énfasis en la necesidad de mejorar el acceso a la justicia como derecho (contemplado, por ejemplo, en el art. 25 de la CADH)³⁷. También aconseja la adopción de mecanismos que extiendan, cuando

36 Wiles también sostiene que esa tarea puede quedar a cargo del Defensor del Pueblo, o de una Comisión de Derechos Humanos como la descrita en el apartado 9.5.4; véase Wiles, 2006: 44.

37 La CIDH ha señalado la obligación estatal de proveer asistencia jurídica gratuita para causas sobre derechos sociales, como parte de la garantía de acceso a la justicia; véase CIDH, 2007: 2.

corresponda, una medida a todas las personas situadas en similar condición, tal como se explica en el apartado 9.4.2.

Tras un análisis crítico, consideramos que esta objeción no logra eliminar la exigibilidad judicial como un mecanismo posible y aconsejable. Sin embargo, aun si superamos este escollo, todavía queda otro muy importante, que analizamos a continuación.

9.3. La objeción “democrática”

Este planteo contra la exigibilidad judicial de los derechos sociales se centra en la alegada falta de legitimidad democrática de los jueces³⁸. En general, el poder judicial no tiene un carácter representativo equivalente al de una legislatura³⁹. Por ello, resulta inaceptable que un juez resuelva acerca de derechos sociales y pueda revertir decisiones de órganos electivos, u obligarlos a tomar ciertas medidas. Esto violaría el principio de gobierno por mayorías; por ello, esta objeción también se denomina “contramayoritaria”⁴⁰. Parece injustificado que una mayoría simple de la Corte Suprema argentina (cuatro votos sobre siete) pueda invalidar una norma aprobada por una mayoría en el Congreso (esto significa al menos 65 diputados y 19 senadores, todos ellos electos por voto directo de la ciudadanía) y promulgada por el Ejecutivo (elegido al menos por el 40% de los votos válidos afirmativos⁴¹). Igualmente, quienes sostienen esta objeción podrían impugnar que la mayoría simple de jueces de la Corte ordene al ministro de Salud (designado por el Presidente) que destine el presupuesto asignado por el Congreso a proveer masiva-

38 Véase, por ejemplo, Cruz Parceró, 2004: 91.

39 Gargarella, 2008d: 154.

40 Grosman señala que esta objeción no parece tan relevante en el caso argentino, donde el problema suele ser la dependencia de los magistrados respecto de los poderes electivos; véase Grosman, 2008: 135. Aunque esto pueda ser empíricamente cierto o probable, se hace necesario revisar la objeción más allá de la situación histórica argentina particular.

41 Siempre que haya una ventaja de al menos diez por ciento sobre la fórmula que le sigue (CN, 98).

mente medicamentos para una enfermedad particular⁴², sin respetar las prioridades diferentes que el Legislativo y el Ministerio podrían tener. Nino, por ejemplo, parece suscribir esta objeción. En una obra de 1992, manifiesta su preocupación frente a la combinación (que él observa en la constitución brasileña de 1988) entre “una visión expandida de los derechos”, típica del constitucionalismo social europeo, con el sistema estadounidense de control de constitucionalidad, que “transfiere un enorme conjunto de facultades al Poder Judicial”⁴³.

A veces, la objeción se presenta bajo la forma de una defensa del principio de división de poderes⁴⁴. En esta formulación, se alega que los jueces invaden la esfera del legislativo al invalidar leyes o al manipular fondos públicos, materias que –en general– están a cargo de los parlamentos. En este caso, se da por sentado un esquema de división discreta de poderes, sin controles cruzados ni contrapesos entre las ramas de gobierno. De todas formas, el argumento podría aplicarse incluso en casos donde la división es menos rígida (como en la constitución estadounidense)⁴⁵.

Otras veces, la objeción se formula como una defensa de la actividad genuinamente “política”, por oposición a una supuesta “judicialización” de las disputas sociales. Atria parece seguir este planteo: rechaza la consagración de derechos sociales subjetivos, alegando

42 Como ocurrió, por ejemplo, en “Asociación Benghalensis” (2000), con el acuerdo de seis ministros (sobre los nueve miembros que integraban entonces la Corte).

43 Nino, 1992: 6-7. Esta combinación existe hoy en la Constitución argentina. Se hallaba en germen desde 1860, cuando se incorpora el art. 33 que garantiza derechos no enumerados, los cuales también se irían “descubriendo” a través del control judicial de constitucionalidad.

44 Por ejemplo, en De Wet, 1996: 40-42.

45 González señala una versión especial de la objeción “democrática” basada, paradójicamente, en una idea debilitada de la división de poderes. Sostiene que la Corte Suprema argentina, durante la década de 1990, rechazó reclamos por derechos sociales afirmando que la Justicia no podía desentenderse de la situación de las otras ramas de gobierno. La división de poderes, afirmaba la Corte, es una “categoría histórica”, pero no significa un “desmembramiento del Estado”; véase González, 2006: 197. Estas citas provienen de “Peralta” (1990), voto de la mayoría, considerando 17 y 18; se repiten en “Cocchia” (1993), voto de la mayoría, considerando 9.

que esto lleva el conflicto político “desde las calles o parlamentos hacia las cortes”; el derecho se convierte, indebidamente, en el instrumento de la acción política. Los tribunales resuelven cuestiones que, según Atria, “antes estábamos acostumbrados a creer que debían ser decididas por asambleas representativas”⁴⁶.

El alcance de la objeción “democrática”

En sus diversas formas, esta objeción se plantea, antes que nada, contra lo que hemos denominado actuación judicial “superior”, es decir, el control de constitucionalidad de las normas y actos emanados de los otros poderes. En este tipo de actuación, precisamente, los jueces derriban la expresión normativa de las mayorías electorales, declarándola inconstitucional; otras veces, en cambio, ordenan a los poderes electivos que hagan algo, aunque no sea esa la voluntad mayoritaria. Esta tarea judicial involucra cuestiones interpretativas; la falta de acuerdo en torno a los criterios acentúa la falta de legitimidad democrática⁴⁷. Cuando esta facultad judicial se prevé formalmente (como en la Constitución argentina), los objetores proponen reducirla o eliminarla en la práctica, a fin de respetar el principio mayoritario.

Reiteramos ahora que la lógica de esta objeción lleva también a rechazar la intervención judicial para exigir el cumplimiento de normas infraconstitucionales⁴⁸. Tomemos, por ejemplo, la decisión de la Corte en “Asociación Benghalensis” (2000). En ese fallo, el alto tribunal exige al Ministerio de Salud cumplir con la ley 23.798 (o Ley Nacional de Sida), que prevé en su art. 8 el derecho de las personas infectadas a “recibir asistencia adecuada”; por ello, le ordena proveer los medicamentos necesarios. El Congreso ha aprobado la ley en cuestión: se trata de una expresión de la mayoría representativa, sin dudas. Sin embargo, ni el Congreso ni el Ejecutivo han tomado medidas suficientes para garantizar la vigencia de ese derecho.

46 Atria, 2004: 34-35.

47 Gargarella, 2008d: 153 y ss.

48 Por ejemplo, cuando un amparo se interpone para garantizar un derecho contenido en una ley y no en la CN, según lo habilita el art. 43 de la ley suprema.

¿No constituye esta aparente “omisión” una nueva manifestación de voluntad mayoritaria? Esa nueva decisión consiste en derogar o suspender ese derecho; se lo ha hecho, otra vez, por mayoría⁴⁹. En este caso, por una mayoría omisiva. Basándonos en la objeción “democrática”, podríamos cuestionar la autoridad de la Corte para obligar a la mayoría a cumplir sus compromisos, ya que el aparente “incumplimiento” no es más que una nueva decisión mayoritaria: la de eliminar ese compromiso.

Las mayorías que deciden llevar adelante una política sanitaria, pueden también recortarla, posponerla, o derogarla, incluso tácitamente. ¿Con qué legitimidad democrática, entonces, un tribunal podría exigir a la mayoría cumplir con compromisos, si esa mayoría resolvió desconocerlos, o dejarlos para más adelante?

De modo que la objeción “democrática” no sólo invalida el control judicial de constitucionalidad. También pone en cuestión toda directiva o sanción de los tribunales contra entes dotados de mayor legitimidad democrática relativa. Un tribunal sólo podría actuar sobre individuos o grupos que no tengan validación electoral. En general, quienes sostienen la objeción “democrática” no llegan a plantear esta conclusión. No se comprende por qué limitan su crítica a la revisión constitucional.

Sin embargo, admitamos que la objeción “democrática” sólo se aplica para la actuación judicial que hemos llamado “superior”, o sea, la declaración de inconstitucionalidad. Si podemos justificar esa facultad judicial, quedará *–a fortiori–* validada la atribución de exigir el cumplimiento de normas de menor jerarquía.

Los límites y supuestos de la objeción “democrática”

Intentaremos primero fijar mejor los contornos de esta objeción, para ver hasta qué punto resulta fundada, y en qué medida

⁴⁹ No tiene relevancia el grado de precisión textual. Aunque el art. 8 de la Ley Nacional de Sida hubiera especificado “proveer los medicamentos necesarios”, nuestro planteo sobre la facultad mayoritaria de suspender tal derecho seguiría siendo aplicable.

impide la intervención de la magistratura en materia de derechos sociales. Creemos que, luego de este análisis, podremos tomar los aspectos valiosos que esta objeción incluye, y matizar lo que parece su derivación lógica, a saber: que los derechos sociales no deben ser judicialmente exigibles.

i) La objeción “democrática” no cuestiona únicamente la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Por el contrario: resulta aplicable a los derechos civiles y políticos⁵⁰. Si en nuestro país los jueces no pueden invalidar decisiones mayoritarias en materia de provisión de medicamentos contra el sida, tampoco se les puede reconocer legitimidad para declarar inconstitucional una ley que imponga la pena de muerte para delitos gravísimos⁵¹. La objeción “democrática”, entonces, opone una valla al control judicial de constitucionalidad en cualquier área (incluso en cuestiones de la llamada parte “orgánica” de la Constitución). En cada caso podría decirse que se afecta la voluntad de las mayorías. Una vez más, no se comprende por qué la mayoría de quienes sostienen esta objeción centran su preocupación sólo en los derechos sociales.

ii) La legitimidad democrática de los jueces es menor solamente en términos relativos. El legislativo y el ejecutivo tienen mayor representatividad, pero su voluntad no equivale a la de la mayoría del electorado. No nos referimos a la ocasional deshonestidad de dirigentes particulares, sino a diseños institucionales que ponen en duda la supuesta identidad entre órganos electivos y voluntad popular.

Las mayorías legislativas no siempre reflejan las preferencias políticas ciudadanas. Los porcentajes no se traducen mecánicamente en escaños. Esto ocurre, obviamente, en sistemas uninominales y de listas completas o incompletas⁵². También los sistemas pro-

50 Scott y Macklem, 1992: 27.

51 Una norma en tal sentido sería inconstitucional por violar el art. 4.2 de la CADH.

52 En el sistema de lista incompleta (ley “Sáenz Peña” de 1912), a un partido le bastaba la primera minoría en votos afirmativos y válidos (por ejemplo, un 35%) para obtener el 66,66% de las bancas.

porcionales excluyen —a través de los mínimos exigidos— a ciertas minorías, beneficiando a partidos con mayor peso⁵³. Las cámaras suelen renovarse parcialmente; en ellas coexisten expresiones electorales de distintos momentos⁵⁴. En el Senado argentino, la igualdad de representación de las provincias genera mayorías que no siempre reflejan las posturas políticas de la ciudadanía. Un partido puede ser mayoritario en el Senado y minoritario en el electorado nacional⁵⁵.

Tampoco el poder ejecutivo representa necesariamente una mayoría de votantes. La elección indirecta, a través de un colegio electoral, permite a quien obtuvo menos votos populares quedarse con la presidencia⁵⁶. Una elección directa, por su parte, simplemente asegura que la fórmula vencedora haya obtenido la mayor cantidad de votos afirmativos válidamente emitidos, y no siempre una mayoría electoral; basta con la primera minoría. A su turno, los sistemas de doble vuelta apuntan a generar una base mayoritaria para la persona electa. Sin embargo, no se computan los votos en blanco o nulos. Aun si la abstención espontánea o concertada representa la mayoría real del electorado, la doble vuelta dirime la presidencia entre dos fórmulas y consagra a una como “mayoritaria”⁵⁷. Este repaso sintético permite matizar la habitual contraposición entre un poder judicial “minoritario” y legislaturas o ejecutivos “mayoritarios”⁵⁸.

53 En el régimen proporcional argentino, el piso es de 3% del padrón (no de los votos emitidos) en las elecciones para diputados nacionales (ley 19.945, art. 160).

54 La cámara de Diputados argentina se renueva por mitades cada dos años y el Senado, por tercios al mismo ritmo (CN, 50 y 56). La cámara baja expresa resultados de dos elecciones, y el Senado, los de tres. Pueden encontrarse preferencias políticas de cuatro (en Diputados) o seis (en Senadores) años atrás. El Senado no renueva la representación de todas las provincias a la vez. Algunas provincias aparecen con su opción política reciente, mientras otras muestran la de cinco o más años atrás.

55 Esto no varía incluso si la elección es directa, o si se garantiza la representación de la segunda fuerza más votada, como en el caso argentino (CN, 54).

56 Así ocurrió, por ejemplo, en las elecciones estadounidenses de 1876, 1888 y 2000.

57 La representatividad puede ser aun menor si la fórmula más votada desiste de presentarse, como ocurrió en Argentina en 2003. La segunda queda consagrada con mucho menos de la mayoría.

58 La objeción se debilita mucho más cuando la magistratura sí tiene origen electivo, como ocurre en varios estados norteamericanos; véase Tunc, 1971: 67-68.

Debe señalarse que el aislamiento electoral de los jueces no es absoluto. En general, casi todos los sistemas cuentan con vías de control político democrático sobre el Poder Judicial. En el caso argentino, el jurado de enjuiciamiento o el juicio político (CN, 53, 59 y 115) dan a los órganos políticos ciertos instrumentos. Se ha señalado acertadamente que no se puede destituir por juicio político a un ministro de la Corte simplemente porque estemos “radicalmente en desacuerdo” con él⁵⁹. Pero veamos esto más de cerca. En una concepción deliberativa de la democracia, el ejercicio de la función judicial exige fundamentar las decisiones. Si nuestro desacuerdo es racional, será porque la decisión del juez está mal fundada; ello puede considerarse un “mal desempeño” de la tarea de magistrado y habilitaría un proceso de remoción por esa causal. Creemos que esta línea podría explorarse para dar mayor contenido a la causal de “mal desempeño” (cuyo contenido no puede consistir en delitos o crímenes, ya que ambos representan causales independientes).

En último caso, el ejercicio del poder constituyente brinda una salida frente a un hipotético aislamiento absoluto o “autismo político” de los jueces en su rol de control de constitucionalidad.

iii) Contra lo que suele darse por supuesto, la intervención judicial sobre derechos sociales (u otro derecho cualquiera) no pone fin a la disputa en el terreno político. La legislatura y la administración pueden, ejerciendo sus competencias, dar respuesta a las cuestiones planteadas, mientras la judicatura lleva adelante su tarea. El control judicial no excluye el control político (en el marco de las instituciones) y el control social (llevado a cabo desde la sociedad civil, a través del ejercicio de los derechos de petionar, de asociarse y de protestar, entre otros)⁶⁰.

La exigibilidad judicial no significa que todo conflicto sobre derechos vaya a resolverse siempre ante los tribunales: sólo existe

59 Gargarella, 2004b: 68.

60 Aragón, 1995: 201.

como posibilidad. Muchos desacuerdos se tratarán políticamente ante los otros poderes, o en la sociedad civil.

iv) Al subrayar la mayor legitimidad de las ramas electivas, parece darse por sentado que ellas protegen mejor los derechos sociales (o cualquier otro derecho). Sin embargo, las mayorías legislativas o ejecutivas pueden violentar derechos de individuos, de minorías, y también de grupos mayoritarios (o de la totalidad de la población). A modo de ejemplo, puede mencionarse el recorte de salarios y jubilaciones aprobado por el parlamento argentino⁶¹ en 2001. Se trata de una decisión emitida por el parlamento, con apoyo mayoritario, pero de un contenido claramente regresivo que afectó a sectores amplios de la sociedad. La Corte Suprema declaró su inconstitucionalidad en el caso “Tobar” (2002).

Cabe preguntarse entonces si el proceso político ofrece garantías adecuadas para los derechos. El principio mayoritario debería arrojar resultados diferentes a los que presenciamos en muchas democracias. Según Loffredo, considerando el peso numérico de los pobres, la intensidad de su interés en aliviar su situación, y el bajo costo de paliar las condiciones más extremas, cabría esperar políticas sociales mucho más amplias y generosas, si el proceso político funcionara bien; esto es, si fuera receptivo a las demandas de los sectores más castigados socialmente⁶². Esto nos lleva a pensar que deben existir ciertos problemas en el marco democrático y en el autogobierno de la comunidad. Ello explicaría que la sociedad argentina, por ejemplo, organizada según el principio mayoritario, permita que grupos muy numerosos de personas vivan bajo la línea de pobreza o afectados por enfermedades evitables. ¿Qué impide a estas vastas capas sociales imponer la agenda necesaria para asegurar su supervivencia? Tienen derecho al sufragio y en gran parte viven en

61 A través de la ley 24.453 (llamada “ley de déficit cero”). El art. 10 de esta norma permitía recortar la remuneración de trabajadores activos y jubilados en todo el sector público nacional hasta el porcentaje necesario para evitar el déficit fiscal. La primera reducción fue del 13%.

62 Loffredo, 1993: 1322.

las ciudades. ¿Por qué el sistema democrático no parece recibir sus reclamos? Más allá de las diferencias interpretativas que podamos tener en materia de derechos sociales, parece claro que muchísimos habitantes del país viven sin poder ejercer tales derechos. La única respuesta parece ser atribuir a estos sectores falta de interés en su alimentación, salud o vivienda. Obviamente, esta idea nos parece insatisfactoria: contradice intuiciones muy básicas sobre lo que los seres humanos suelen querer. Volveremos sobre esta aparente ineficacia del sistema político.

Razones a favor de la intervención judicial

Frente a la objeción “democrática”, existe una primera respuesta usual. Consiste en señalar que el control de constitucionalidad no violenta una voluntad mayoritaria (la del parlamento, por ejemplo), sino que pone en vigencia la voluntad mayoritaria del poder constituyente. Por supuesto, esta postura omite considerar las condiciones concretas en que se sancionó la constitución, que muchas veces dista enormemente de una situación de democracia⁶³. En todo caso, se da por cierta esta legitimidad de origen. La magistratura, entonces, simplemente estaría devolviendo a su sitio a la verdadera mayoría, y descartando una expresión errada de una mayoría circunstancial o contingente. Aproximadamente así se justifica, desde *Marbury*⁶⁴ en adelante, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad.

Gargarella señala que el argumento podría sostenerse mejor si la constitución presentara un sentido unívoco⁶⁵. Sin embargo, las divergencias interpretativas vuelven problemático el uso de la ley suprema como criterio de demarcación entre expresiones legítimas e ilegítimas de las mayorías. En la zona gris o difusa de interpretación, vuelve a asomar la pregunta: ¿por qué serían los jueces los encargados de resolver la interpretación? Debemos entonces intentar conci-

63 Gargarella, 2008f: 26.

64 *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803). Una versión en castellano de la decisión, en Miller *et al.*, 1987: 5-14.

65 Gargarella, 2008d: 154.

liar la noción de democracia con la de control de constitucionalidad (y con la de constitucionalismo en general).

La difícil separación entre decisiones y derechos

Comenzamos entonces por señalar que la objeción “democrática” parte de una premisa muy discutible: la división entre la toma de decisiones y la vigencia de los derechos. Luego de aislar ambas cuestiones, claramente da preeminencia al acto de decidir (por mayoría); el contenido de los derechos queda subordinado a la resolución mayoritaria. La legitimidad de una decisión depende, primariamente, de su carácter mayoritario, y no de la vigencia de los derechos existente al momento de su adopción. Veamos un ejemplo: la sanción de una ley sobre atención médica y el derecho a la salud. Supongamos que alguien afirma que la norma aprobada viola el derecho constitucional a la salud. Quienes sostienen la objeción “democrática” responden que eso no es posible: el derecho a la salud está definido por esa misma ley (si fue aprobada correctamente por la mayoría debida). No puede haber otra interpretación. La mayoría (parlamentaria, en este caso) marca el alcance de los derechos. Contra esa determinación, los jueces no tienen legitimidad para intervenir, revisando o deshaciendo la voluntad mayoritaria. En otras palabras, la objeción “democrática” sostiene que puede existir legitimidad aunque los derechos no estén garantizados. En cualquier caso, si se alegan violaciones de derechos, el mismo órgano decisor determina si ellas existieron.

La objeción “democrática” adopta entonces un concepto meramente cuantitativo de mayoría⁶⁶. El criterio último de legitimidad se halla en el número de votos reunidos en una instancia determinada. Si bien esta noción llena algunas expectativas sobre la democracia, a la vez contradice algunas intuiciones sensatas. En efecto: siguiendo este criterio cuantitativo, el plebiscito que confirmó al dictador

⁶⁶ Ya mostramos que muchos órganos electivos no cumplen con esa condición de mayoría numérica.

chileno Augusto Pinochet en 1980⁶⁷ debería ser respetado como un acto democrático. Sin embargo, algo en la objeción “democrática” no encaja si nos lleva a semejante conclusión.

Para comprender esta insuficiencia del criterio cuantitativo, debemos retomar el modelo de democracia deliberativa. Como explicamos en el apartado 2.5.8, la legitimidad en ese marco exige que el derecho surja de un procedimiento específico. En él se institucionalizan los elementos necesarios para alcanzar acuerdos racionalmente fundados. Para poder ser autores y destinatarios de las leyes, los sujetos requieren la vigencia y el respeto de un sistema de derechos, los cuales constituyen su autonomía pública y privada. Sólo es legítimo, según vimos, el derecho surgido de un procedimiento donde tales derechos se reconozcan de modo igualitario para todas las personas. Por ello, no todas las decisiones mayoritarias merecen el mismo respeto, señala Gargarella⁶⁸; la mayor validez se asocia a las que resultan la expresión más directa de la voluntad ciudadana, pero se necesita que haya información y “mutua clarificación” en la discusión sobre las cuestiones en juego; de ese modo los problemas colectivos se discuten colectivamente, como vía para alcanzar la mayor imparcialidad posible. La discusión debe incluir a todos los “*potencialmente afectados*” por la decisión. La democracia no aparece entonces como un proceso de “agregación” de preferencias, sino de “transformación” de ellas. Esta discusión colectiva respeta el principio de igualdad, ya que a nadie se reconoce una mejor posición que le autorice a decidir sobre los demás.

En el marco de la democracia deliberativa, la toma de decisiones no puede prescindir de los derechos. No pueden escindirse estos dos aspectos de la democracia. La separación resulta artificial. Si no tienen vigencia los derechos, el autogobierno tiene bases espurias y se apoya finalmente en la mera coerción. Lo mismo ocurre a la inversa: si no se pone en vigor la voluntad de la ciudadanía, la autonomía pública y privada garantizada por esos derechos no se está

67 El ejemplo está en Gargarella, 2008f: 36.

68 Gargarella, 2008f: 35-39.

ejerciendo realmente. Dicho de otro modo: no hay democracia si no hay procedimientos que privilegien la voluntad mayoritaria; pero no hay deliberación si no se asegura la autonomía de los participantes mediante el respeto de sus derechos. Sin decisiones mayoritarias o sin vigencia de derechos, no hay democracia deliberativa. De esta forma empezamos a comprender la aparente ineficacia del sistema político para generar soluciones a favor de los sectores empobrecidos. Pese a que constituyen grupos numerosos y a que tienen derechos políticos iguales, de hecho su posibilidad de ejercer autonomía política e incidir en la creación de derecho no es igualitaria. Para que lo fuera, otros derechos (además del sufragio o la libertad de expresión) deberían también garantizarse; se requiere la vigencia del conjunto del “sistema de derechos” descrito por Habermas como núcleo de la democracia deliberativa⁶⁹.

69 También cabe recordar un elemento destacado por Dworkin, a fin de comprender mejor por qué no suele plantearse en los órganos representativos el mejoramiento integral de las condiciones de vida de amplias mayorías. Al analizar cómo se justifican las decisiones colectivas, Dworkin repasa el argumento utilitarista, según el cual el número de personas que prefieran algo y la intensidad de esas preferencias constituyen la base de una decisión aceptable. Con acierto, Dworkin marca que las preferencias no pueden simplemente sumarse. Señala que, en muchos casos, ellas se basan no en lo que alguien quiere para sí, sino para otros. El prejuicio puede tener allí una gran incidencia al formar las preferencias. Dworkin sostiene que las preferencias basadas en prejuicios no son aceptables, porque violan el derecho a ser tratado como un igual de aquellos a quienes perjudica. Tomando un ejemplo estadounidense, este autor afirma que por más que una comunidad blanca tenga intensas preferencias por la segregación racial, éstas se fundan en prejuicios y ello las vuelve violatorias del derecho de la población negra a ser tratada como igual. Por ello, no deberían tomarse en cuenta al momento de valorar la voluntad común. Véase Dworkin, 1977: 342-345. No resulta difícil aplicar estas nociones al caso de quienes ven violados sus derechos sociales en Argentina. Cabe pensar que, más allá de sus padecimientos materiales, sufren un prejuicio en su contra de alguna parte de quienes –al igual que ellos– tienen derecho a votar y a ser votados. Aquí resulta de interés señalar, precisamente, que la deliberación ofrece el marco adecuado para someter dichos prejuicios a la crítica pública. Quienes sostengan, por ejemplo, que quienes no tienen acceso a la salud o a la educación no la merecen, o que no es posible cumplir esos derechos, deberán ofrecer los argumentos racionales que apoyen esa idea. Una vez expuesto y criticado, el prejuicio pierde su capacidad de actuar desde las sombras; véase Habermas, 1967: 255.

Este vínculo entre la legitimidad y los derechos aparece, de otra forma, en un argumento presentado por Tushnet. Este autor considera que la legislatura no puede resolver las cuestiones relativas a su propia legitimidad. Esa legitimidad queda afectada si el Legislativo ha sido elegido en un marco donde grandes porciones de la población no gozan de derechos necesarios para la participación política significativa (tales como alimentación, educación, vivienda). En ese marco, señala Tushnet, nos encontramos “en una casa de espejos conceptual”⁷⁰. Los jueces no pueden resolver la cuestión, porque el principio democrático los obliga a seguir el criterio del legislativo, representante de las mayorías; pero la legitimidad de la legislatura depende de resolver previamente estas cuestiones planteadas (la violación de preceptos constitucionales, la falta de derechos de un sector del electorado).

Esa “casa de espejos” vuelve a mostrar la unidad entre ambos aspectos (procedimiento parlamentario y vigencia de derechos). La paradoja aparente deriva de dividir la democracia en dos aspectos y luego intentar determinar cuál es más importante. Cada vez que se privilegia uno, el otro aparece como su requisito y finalidad, y viceversa.

La decisión legítima en este modelo de democracia presupone una deliberación significativa, al menos como posibilidad abierta, donde no sólo se haya respetado el procedimiento sino también hayan podido participar todos⁷¹. Para que ello sea posible, los sujetos deben contar con los derechos que les permitan intervenir en ella (aunque decidan no participar en tal o cual instancia concreta), y el goce de tales derechos debe ser igualitario⁷². De otro modo, no se logra una deliberación y acuerdo entre iguales. Esa igualdad deriva de la facultad humana (igualmente distribuida) de comunicarse y aceptar o rechazar racionalmente las propuestas de sus interlocutores, según hemos visto en el planteo de Habermas. No se trata, entonces, de desechar el principio mayoritario a partir de una concepción eli-

70 Tushnet, 2008: 191.

71 Gargarella, 2008c: 147-148.

72 Gargarella, 2008d: 167.

tista de la democracia, donde sólo algunos grupos o personas tengan la posibilidad de definir la “verdadera” voluntad pública.

Jueces, mayorías y “última palabra”

Replanteada así la cuestión de la legitimidad democrática, podemos ver bajo otra luz la actuación de los tribunales. A través de la exigibilidad judicial, la magistratura no deshace ni revierte la voluntad “mayoritaria”. Por el contrario: se dirige a restablecer (en la medida de lo posible) las condiciones requeridas para que haya una mayoría legítima, una toma de decisiones democrática.

La intervención judicial se justifica no sólo porque aporta un punto de vista diferente del generado dentro del órgano autor de la decisión (la legislatura, por ejemplo), sino también porque su contribución tiene caracteres específicos. Se ha formado dentro de las pautas de una disciplina (el Derecho) y en el marco de un proceso especial (el judicial), ambos distintos del vigente en el poder cuyos actos se cuestionan.

Cabe aquí una importante aclaración. La intervención judicial en este planteo deliberativo no constituye la “última palabra” en materia de derechos. Por ello conviene retomar la distinción de Gargarella entre “revisión judicial” y “supremacía judicial”⁷³. La primera, en nuestra opinión, refleja la tarea que estamos reconociendo aquí a la magistratura. La segunda, en cambio, significa que la decisión de un tribunal pone fin al debate y define qué dice una constitución. Retomando lo que exponemos en el capítulo 6, la interpretación –como tarea– no se detiene en una resolución judicial. Se trata de una elaboración permanente y colectiva, en la que pueden definirse hitos o puntos, pero nunca la estación final. Así, una sentencia de la Corte Suprema (por tomar una intervención judicial particular) no cierra la tarea interpretativa a través de la deliberación. En rigor,

⁷³ Gargarella, 2007: 140; la “supremacía”, para este autor, resulta objetable sobre la base del principio de igualdad, fundamento del respeto a la voluntad mayoritaria democrática.

la decisión se incorpora al debate, ofrece nuevos argumentos y material para la hermenéutica conjunta de las normas. Pasa a formar parte de lo que denominamos el “diálogo social” sobre derechos (o sobre el derecho).

Para la interpretación y definición de los derechos, la “última palabra”, si es que puede hallarse, siempre estará en la población⁷⁴, esto es, en lo que Habermas denomina esfera pública informal. Allí es donde surgen las demandas, las experiencias y las ideas que alimentan las acciones sociales y políticas, individuales y colectivas, espontáneas y organizadas. Ellas buscan su camino hacia la esfera pública formal, en el marco de esta democracia de doble vía, siguiendo los términos del autor alemán. La adecuación entre la igualdad fáctica y la igualdad jurídica, según Habermas, “sólo puede ser determinada *en última instancia* por los ciudadanos mismos”, en ejercicio de la autonomía pública. Los ciudadanos deberán precisar en cada caso qué presupuestos de hecho se requieren para la igualdad jurídica. Ello exige que “todos los afectados reciban la efectiva oportunidad de elevar su voz para reclamar sus propios derechos desde sus experiencias concretas de integridad vulnerada, de permanente situación de desventaja social, de opresión”. Esta discusión pública no puede delegarse en los jueces, pero tampoco “en el legislador político”, ni sólo en una “cultura de expertos”⁷⁵. El poder judicial, la legislatura y el ejecutivo pertenecen a la esfera institucional. La última palabra no puede residir en ninguno de sus elementos.

El aporte de la objeción “democrática”

Hemos visto los supuestos y el alcance de esta objeción. Ahora podemos señalar algunas derivaciones que pueden contribuir a mejorar la intervención de la magistratura en materia de derechos (sociales, o cualquier otro).

74 Gargarella, 2008c: 145-146.

75 Habermas, 1994: 497, 501, 511, 526.

i) La objeción “democrática” recuerda a la magistratura su carácter no-mayoritario (o contramayoritario). El poder judicial puede poner así su propia legitimidad en la dimensión apropiada. Comprende que no posee un mandato representativo, que la ciudadanía no ha validado su nominación, que su rendición de cuentas es menos inmediata que la de la legislatura o el ejecutivo. En otras palabras: puede entender que en un régimen democrático su papel no es guiar a la comunidad, sino asegurar dos aspectos cruciales de la democracia: la vigencia de derechos y la observancia del procedimiento (que, en general, suele ser mayoritario). Su actuación debe estar dirigida a ese objetivo, no al de reemplazar a las otras ramas del gobierno. El papel de la judicatura, en síntesis, es preservar la democracia en la modalidad adoptada en su comunidad, y a la vez garantizar la autonomía pública y privada de las personas. La protección y fomento de la deliberación (con todas las condiciones) se halla en el centro de la tarea judicial.

A la vez, la objeción “democrática” no puede servir como excusa para que la judicatura no cumpla con esta labor. Cierta lectura de esta objeción da lugar a que la garantía de derechos y procedimientos quede incumplida, en virtud de un supuesto respeto por las mayorías. Una mejor comprensión de la objeción “democrática” permite rechazar el abstencionismo judicial en materia de derechos y procedimientos.

ii) La magistratura no puede tener la “última palabra”. Más allá de las razones que ya hemos indicado, el carácter no-mayoritario de los jueces añade un argumento más para no reconocer (o atribuir) a este poder la decisión final.

iii) Por esa menor legitimidad relativa, los tribunales deben atenerse, en todo lo posible, a los criterios y pautas del derecho como disciplina y a la lógica central del procedimiento judicial. Manteniendo la apertura hacia otras ciencias y conocimientos, la legitimidad de los magistrados en la deliberación se basa en que

aporten argumentos y conclusiones elaborados a partir de estas pautas específicas. Allí podrán incorporar a la deliberación elementos genuinamente novedosos. No resultarían admisibles, por ello, decisiones ancladas en nociones extrañas al derecho o diseñadas en contradicción con las reglas de esta disciplina.

iv) La judicatura no puede resolver aisladamente. No basta el uso del derecho como disciplina. No reside allí la clave definitiva. Para alcanzar una mejor comprensión y una decisión mejor fundada, el tribunal debe asegurar los mecanismos para oír y conocer las razones que confrontan en torno a la cuestión. La deliberación como principio tiene lugar también en el proceso judicial. En particular, entendemos que el tribunal debe fomentar la participación de quienes usualmente no logran articular sus posiciones en la esfera pública. De esta forma se aportan puntos de vista que no se integran a menudo en la discusión. Por otra parte, se garantizan las libertades públicas (como parte del sistema de derechos) de esas personas o esos sectores. En particular, Gargarella propone “mecanismos institucionales exclusivamente dedicados a recoger, cuando sea necesario, la opinión de los sectores minoritarios afectados”, en el ámbito judicial⁷⁶. Más abajo volvemos sobre esto, al tratar nuevas modalidades de actuación judicial.

v) El grado de legitimidad democrática de la judicatura sugiere pautas generales para su desempeño. Hasta aquí vemos que se debe privilegiar la garantía de los derechos y del procedimiento, que ello debe hacerse siguiendo las pautas de la disciplina, y que la deliberación se presenta como el modo de alcanzar una comprensión más profunda y fundada. Entonces, el poder judicial debe estar dispuesto, en ciertos casos, a adoptar enfoques graduales y progresivos, para dar lugar a la deliberación y fomentarla. Debe incluir la posibilidad de contar con el aporte, la colaboración o incluso la decisión de los órganos políticos⁷⁷.

76 Gargarella, 1996: 264.

77 No se trata de volver representativo al poder judicial; en Argentina esto exigiría una reforma constitucional.

9.4. Las alternativas de actuación judicial en derechos sociales

A la luz de los aportes de la objeción “democrática”, podemos ampliar la gama de acciones judiciales posibles. La judicatura debe agregar opciones a las medidas ya conocidas, tales como la declaración de inconstitucionalidad y las órdenes de hacer o no hacer. Las distintas posibilidades pueden ubicarse en un continuo que se extiende desde la inacción completa hasta las alternativas de mayor incidencia. Vale la pena llamar la atención sobre estas modalidades de actuación, ya que existen pocos incentivos institucionales, afirma Gargarella, para que los jueces actúen de formas alternativas⁷⁸.

Partimos de la efectividad como criterio evaluador (9.4.1); luego analizamos las facultades judiciales de mayor incidencia (9.4.2). Enseguida, atendiendo a las objeciones ya revisadas en la sección anterior, describimos (9.4.3) otras modalidades de actuación de la magistratura.

9.4.1. Actuación judicial efectiva

Como aclaración previa, señalamos que tomamos como un criterio central para el análisis de las diversas atribuciones la noción de efectividad. Las garantías deben evaluarse también según su capacidad para revertir las violaciones de derechos y sus consecuencias. Es razonable pensar que la protección judicial de derechos sociales no constituye la única o la mejor vía para alcanzar la justicia social, pero claramente es “un lugar de lucha en una más amplia política constitucional”⁷⁹, y está disponible en nuestro ordenamiento; sería ilógico suponer que su objetivo es la inocuidad. La noción de efectividad se halla, en nuestra opinión, integrada en la idea misma de garantía, y se la consagra en el art. 25 de la CADH⁸⁰, en el art. 8 de

78 Gargarella, 2007: 143.

79 Scott y Macklem, 1992: 6, 8; véase también Wiles, 2006: 60.

80 Allí se establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare

la DUDH⁸¹ y en el art. 18 de la DADDH⁸² (dotadas de jerarquía constitucional).

9.4.2. *Las facultades de mayor incidencia*

Teniendo en cuenta el rol de garante que hemos reconocido al poder judicial, las facultades de un tribunal deben incluir las medidas más fuertes para hacer valer derechos, tales como las órdenes directas de hacer o no hacer. También en estas disposiciones incluimos la declaración de inconstitucionalidad, por las razones que expusimos más arriba. En el caso argentino, esta atribución sin duda está disponible en el elenco de medidas judiciales. Su consagración expresa en el art. 43 de la CN no permite a la judicatura desentenderse de esa responsabilidad ni a los otros poderes impugnar su ejercicio. La CN confiere al juez una atribución de gran alcance, quizá la más fuerte con la que cuenta⁸³. Le permite resolver cuestiones como si la norma declarada inconstitucional no existiera⁸⁴.

La inconstitucionalidad puede también darse por una omisión⁸⁵. En ese supuesto, se viola la Constitución al no realizar un

contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]” (énfasis añadido).

81 “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (énfasis agregado).

82 “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

83 Bidart Campos sugiere que se la emplee como último recurso y prudentemente; debe buscarse la alternativa “conciliadora” que evite esa declaración; véase Bidart Campos, 1991: 410-411. Sin embargo, la prudencia no permite amoldar la Constitución a la norma inferior. La cláusula analizada debe interpretarse como coherente con la Constitución, para no tener que declararla inconstitucional.

84 Sagüés, 1999: I, 282.

85 Sagüés, 1999: I, 111-113; Bidart Campos, 1991: 351, 414. En un sentido similar, Quiroga Lavié, 2000: 84, 237-238. Lo que no resulta claro en la postura de Quiroga Lavié es su insistencia (por ejemplo, Quiroga Lavié, 2000: 244) en que un juez no puede ordenar el cumplimiento de una prestación estatal si no hay presupuesto

acto obligatorio⁸⁶ (reglamentar). Considerando entonces la objeción “democrática”, la magistratura no puede crear normas generales, reemplazando al parlamento. Más allá de las limitaciones procesales que puedan existir para ello, resulta difícil de justificar —en el marco de la teoría democrática que venimos siguiendo— una capacidad “legislativa” de largo aliento frente a omisiones de la autoridad pública. Pero no resulta novedoso que la magistratura elabore soluciones (si bien limitadas) en tales casos. Las creaciones pretorianas tienen varios ejemplos en la historia constitucional argentina, y reciben un razonable grado de aceptación. Por ejemplo, “Siri” (1957) crea la acción de amparo ante la ausencia de regulación legislativa. En “Ekmejdjian” (1992) la Corte debió dar forma al ejercicio del derecho de réplica para un caso particular.

La irrazonabilidad de una disposición también habilita la declaración de inconstitucionalidad, por violación del art. 28 de la CN, tal como exponemos en el apartado 6.7.3. La Corte ha reivindicado la atribución judicial del control de razonabilidad incluso en relación con las disposiciones del art. 14 *bis*⁸⁷.

Las medidas fuertes en la Corte argentina

En materia de derechos sociales, nuestra Corte Suprema ha tomado —en los últimos años— ciertas decisiones que reflejan un ejercicio explícito del control de constitucionalidad o de la facultad de ordenar acciones a otras ramas del Gobierno.

disponible para ese fin, y su noción, ya citada, de que si no hay una partida para la construcción de una vivienda, ello configura una inconstitucionalidad por omisión violatoria del art. 14 *bis* (Quiroga Lavié, 2000: 99). Como se explica en la sección 8.3, la falta de recursos no significa, automáticamente, la inexigibilidad judicial de un derecho.

86 Sagüés admite que ciertas normas programáticas dan específicamente al legislador la libertad de reglamentar o no. En tal caso, no habría inconstitucionalidad por omisión, sino el legítimo ejercicio de la discrecionalidad concedida. Bidegain concuerda con la aplicabilidad del amparo frente a esta omisión (véase Bidegain, 1994: 146-147).

87 “Badaro I” (2006), considerando 18.

El tribunal ha señalado inconstitucionalidades en el marco legal del trabajo adoptado durante la década de 1990. Así, invalidó el límite fijado en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo a las indemnizaciones por despido incausado⁸⁸. En “Vizzoti” (2004), el alto tribunal invocó el carácter alimentario y la necesidad de brindar –según el art. 14 *bis*– “protección contra el despido arbitrario” para sostener que no podía reducirse en más del 33% el monto del salario al definir el pago debido por cada año trabajado⁸⁹. La indemnización debida se multiplicó por siete.

También ejerció esta facultad respecto de convenios colectivos de trabajo. En “Madorrán” (2007), declaró inconstitucional el art. 7 del convenio colectivo de trabajo 56/1992-E, relativo al personal de la Administración General de Aduanas, porque permitía a ese ente despedir a empleados públicos, en violación del derecho a la estabilidad de los agentes estatales.

En cuanto a la facultad de ordenar acciones a las otras ramas del Gobierno, podemos señalar ejemplos importantes. En “Campodónico” (2000), la Corte impuso al Estado la obligación de proveer los medicamentos que un niño de cuatro años (al momento de la sentencia) necesitaba para seguir viviendo. Estas medidas de control fuerte no se limitan a casos individuales. En el ya citado “Asociación Benghalensis” (2000)⁹⁰, un grupo de ONG dedicadas a la problemática del VIH interpuso un amparo para exigir al Estado nacional el cumplimiento de la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los afectados por esta enfermedad, con énfasis especial en la provisión de medicamentos. Se basaban en normas constitucionales y en la ley 23.798 y su decreto reglamentario (1244/91). La Corte Suprema estableció que el Estado federal es responsable del tratamiento de todos los pacientes infectados inscriptos en los prestadores de salud

88 Tras la reforma establecida por la ley 24.013, el pago debido por cada año de servicio nunca podía exceder el triple del salario promedio del convenio colectivo aplicable (o del más conveniente si se despide a un empleado sin convenio).

89 “Vizzoti” (2004), considerando 12.

90 Para el texto del fallo, con comentarios y una guía de análisis, véase Lucas Garín, 2005.

públicos y privados. Entre los deberes de asistencia, se incluyó –en especial– la provisión de medicamentos⁹¹.

En el reciente fallo “Q. C.” (2012), la Corte dio una orden directa al Gobierno de la ciudad de Buenos Aires en materia de vivienda. Una mujer en situación de calle, cuyo hijo menor de edad presenta una grave discapacidad, solicitó judicialmente “una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar”. Llegado el caso a la Corte, esta resolvió por mayoría ordenar al Gobierno porteño que “garantice [...] un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro”. Cabe agregar que la decisión manda al Gobierno intervenir “con los equipos de asistencia social y salud” para asegurar la atención sanitaria del niño, pero también para proveer a la mujer “el asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional” (según lo prevé una resolución vigente del mismo Gobierno). La Corte parece entender que también es responsabilidad de la mujer salir de su situación de calle. En esto el voto mayoritario se diferencia del pronunciamiento del ministro Petracchi, quien simplemente “condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a otorgar a la actora y su hijo menor de edad una solución habitacional adecuada en los términos [...] del presente fallo, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”. Aquí no se incluye a la solicitante dentro de los obligados a resolver el problema. Surgen interrogantes, en cambio, acerca del alcance de la expresión “solución habitacional”, elegida en lugar de “alojamiento” (como la mayoría) o, directamente, “vivienda” (tal como exigen las normas constitucionales).

91 La decisión sorprendió, en virtud de sentencias anteriores sobre derechos sociales: “Resulta paradójico y motivo de reflexión que una Corte Suprema que fue elemento activo de las políticas neoliberales [...] haya emitido una declaración como esa”, según se afirma en Biagini *et al.*, 2005.

Este fallo, por otra parte, vuelve a basarse en el argumento de la “vulnerabilidad” extrema para dar vigencia a un derecho social. No resulta claro que la misma orden se hubiera dado si el niño no padeciera una incapacidad, por ejemplo; y eso arroja dudas sobre la interpretación que la Corte hace de un derecho de alcance universal, al menos en la formulación contenida en el art. 11 del PDESC.

Un paso atrás

En este tipo de medidas ha habido ciertas vacilaciones y contradicciones graves. En “Ramos” (2002), la Corte rechazó el amparo interpuesto por una mujer desempleada contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y un hospital pediátrico. Solicitaba allí el cumplimiento de los derechos sociales a la salud, alimentación, vivienda y educación de ella y de sus ocho hijos menores (con edades que iban de los 9 meses a los 15 años), incluyendo la provisión de una cuota alimentaria, de asistencia médica para una de las hijas, y elementos necesarios para asistir a la escuela. La mayoría del tribunal entendió que la acción era inadmisibile, porque no se había probado una negativa explícita de los poderes públicos a cumplir estos derechos. Invocando el principio de división de poderes (variante de la objeción “democrática”), la mayoría del tribunal sostuvo que el desamparo expuesto por la actora “si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado”⁹². Este argumento es débil porque no se trataba de una solución “general” sino sólo para el caso. Así se señaló en la disidencia. La comparación con lo ocurrido en “Asociación Benghalensis” (2000) muestra una actitud contradictoria de la Corte. La solución requerida por la actora en “Ramos” (2002) tenía costos menores (casi con seguridad), una extensión menor en cuanto al grupo de beneficiarios, y también existía

92 “Ramos” (2002), voto de la mayoría, considerando 7.

una ley a la que recurrir como base para ordenar el otorgamiento de una pensión (así como en el caso de 2000 existía la Ley Nacional de Sida). La Corte no ofreció argumentos de peso para diferenciar su decisión en ambos casos⁹³. Grosman sostiene que el tribunal prefirió no dar cauce al pedido debido al potencial impacto millonario en las arcas públicas (por la interposición de demandas similares), pero añade que se perdió la oportunidad de plantear medidas de menor alcance y de costos accesibles⁹⁴. Aquí se utiliza el argumento de las erogaciones como base para denegar medidas en garantía de derechos. Discrepamos con esta manera de plantearlo, y lo explicamos en el apartado 9.4.3, al tratar otras formas de actuación judicial.

Puede interpretarse que la Corte prefirió no analizar el alcance de los derechos sociales en el marco de un estado de “emergencia económica” dictado por ley del Congreso poco tiempo antes⁹⁵; esta circunstancia era diferente a la vigente en 2000. Sin embargo, este argumento “democrático” no resulta convincente para explicar la conducta del tribunal. En efecto: poco más de un mes antes de “Ramos” (2002), la Corte había dictado su decisión en “Smith” (2002). En aquel fallo, el alto tribunal declara inconstitucional el decreto 1570/01, es decir, el régimen de indisponibilidad de los depósitos bancarios (“corralito”), convalidado tácitamente por la legislación de emergencia vigente. Esto abrió la puerta a una multiplicación de amparos (como efectivamente ocurrió⁹⁶), con un impacto econó-

93 En su disidencia, los ministros Fayt y Boggiano declararon admisible el amparo. Si bien señalaron que “ciertas exigencias deben encontrar remedio en los comicios y no en los estrados de esta Corte”, explicaron que “una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión no puede compartirse”, ya que no se estaban requiriendo medidas generales, sino para el caso concreto; véase “Ramos” (2002), disidencia de Fayt y Boggiano, considerando 6.

94 Grosman, 2008: 114.

95 Ley 25.561 de emergencia pública (social, económica, administrativa, financiera y cambiaria), sancionada el 6 de enero de 2002.

96 Desde comienzos de 2002 y hasta septiembre de 2004 (esto es, en treinta y tres meses), los bancos del sistema financiero argentino pagaron en virtud de medidas cautelares judiciales la suma de 20.400 millones de pesos; se lograron en el marco de 276.000 amparos; véase ABA, 2004: 4.

mico considerable. Así pierde relevancia el argumento ofrecido por Grosman (el efecto económico de la decisión). Una causa posible para la diferencia con lo resuelto pocos días después en “Ramos” (2002) quizá podamos hallarla en el derecho puesto en juego: la propiedad, cuyo peso ideológico quizá fuera mayor (injustificadamente) entre los integrantes del alto tribunal. Cabe tomarla como hipótesis, a falta de una mejor explicación alternativa.

El avance en el terreno cautelar

Una actitud diferente frente a una situación parecida se halla en “Rodríguez” (2006). En esa decisión, la Corte se declaró incompetente para tramitar un amparo planteado por una madre de dos niños de 5 y 2 años de edad contra el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires y el municipio de Quilmes, lugar de su residencia. Pese a declararse incompetente⁹⁷, la Corte da curso a la medida cautelar y emite la orden a la provincia de Buenos Aires y al municipio en cuestión, para que entreguen alimentos y efectúen los controles sobre la salud de los niños, en un plazo de cinco días.

Soluciones colectivas

Por otra parte, una forma de control fuerte que plantea dudas en cuanto a la legitimidad democrática son las acciones de clase⁹⁸. Pueden asemejarse a los amparos colectivos, aunque requieren una formulación especial del concepto de “derechos de incidencia colectiva”. Así lo ha hecho la Corte en “Halabi” (2009). Se discutía en el caso la constitucionalidad de una norma⁹⁹ que autorizaba ciertos controles sobre las comunicaciones personales. Tras invalidarla por violatoria del derecho a la intimidad, el alto tribunal dispuso que tal declaración de inconstitucionalidad no se limitaba al actor, sino que

97 “Rodríguez” (2006), voto de la mayoría, considerandos 3 y 4.

98 Quiroga Lavié las considera implícitas en el caso del amparo por derechos de incidencia colectiva interpuesto por “el afectado”; véase Quiroga Lavié, 2000: 256.

99 Ley 25.873, y su decreto reglamentario 1563/04.

extendió ese efecto a todas las personas que estuvieran en la misma situación. Para ello, la mayoría de la Corte siguió la línea propuesta por el ministro Lorenzetti: incluir como una especie dentro de los derechos de incidencia colectiva aquellos que tienen por objeto “intereses individuales homogéneos”¹⁰⁰. Luego, el cuerpo sostuvo que procede el amparo por estos derechos cuando se ven afectados por un “hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos [los derechos] y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea”¹⁰¹. En tales casos, afirma la mayoría, resulta “razonable” llevar adelante un solo juicio con efectos expansivos¹⁰². La Corte argentina fija tres condiciones: 1) “la verificación de una causa fáctica común” que causa el daño; 2) “una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho”, y no en reparaciones individuales; y 3) “la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado” o bien que “exista un fuerte interés estatal en su protección [de estos derechos individuales], sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”¹⁰³. Este último requisito alude a por lo menos tres supuestos. El primero se refiere a razones de economía procesal y de acceso a la justicia, según la Corte: no se justificaría interponer acciones individuales por situaciones iguales, que pueden resolverse en una sola decisión (tal fue el caso del actor en este fallo). El segundo supuesto, en cambio, se vincula a un interés estatal (“entendido como el de la sociedad en su conjunto”, señala la mayoría) en proteger derechos de trascendencia (cita el ambiente, la salud y el consumo como ejemplos). En el último supuesto, el interés estatal

100 “Halabi” (2009), voto de la mayoría, considerando 9. En el considerando 11, se definen los otros derechos de incidencia colectiva: aquellos referidos a “bienes colectivos”, esto es, los que pertenecen a toda la comunidad, son indivisibles y no admiten exclusión alguna.

101 “Halabi” (2009), voto de la mayoría, considerando 12.

102 Quiroga Lavié, en esta línea, define los derechos de incidencia colectiva como aquellos donde la afectación de una sola persona impacta “a un colectivo de personas que se encuentra en la misma situación”; véase Quiroga Lavié, 2000: 248.

103 “Halabi” (2009), voto de la mayoría, considerando 13.

de protección se funda en que se trate de sectores “que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos”.

Soluciones individuales para un problema colectivo

Sin embargo, el ministro Lorenzetti no aplica la noción de clase en otro caso de derechos sociales fallado con posterioridad. Se trata de “Badaro II” (2007), referido al derecho a movilidad jubilatoria y que analizamos en el apartado 9.4.3. Para este punto, nos basta señalar que los requisitos fijados por Lorenzetti para que proceda el efecto *erga omnes* se hallan cumplidos en este segundo caso. Pese a ello, el ministro firma junto con el resto de sus colegas una decisión que restringe su efecto sólo al actor particular en cuestión¹⁰⁴. Sintéticamente, destacamos que “Badaro II” (2007) trata la situación de un jubilado cuyo haber no ha sido actualizado en varios años. De modo que tenemos un “interés individual” que resulta “homogéneo” con el de todos los demás jubilados en la misma situación. Asimismo, la “causa fáctica común” de la falta de movilidad es la misma para todos (la omisión del Congreso). El reclamo de actualización se centra en el aspecto colectivo de la pretensión (no a daños particulares que cada jubilado podría tener). Sin embargo, Lorenzetti no propone aplicar las acciones de clase aquí¹⁰⁵.

Puede aducirse a favor de Lorenzetti que el jubilado no había solicitado convertir su acción individual en una de clase. Pero el pedido del actor no es uno de los tres requisitos de procedencia fijados por el ministro. A su vez, estas acciones se aplican cuando el tratamiento individual afecta el acceso a la justicia, y ello debe ser determinado por el tribunal; no es necesario que el actor lo plantee (ya que no se trata de un interés propio, sino de los demás en situación similar a la suya). Y por otra parte, la obligación de dar operatividad a las cláusulas

104 “Badaro II” (2007), considerando 23.

105 El Defensor del Pueblo de la Nación inició una causa reclamando la actualización de todas las jubilaciones que se hallaran en situación similar a la analizada en “Badaro II” (2007). En este caso aún no hay resolución; pero sí un dictamen del Procurador General de la Nación, emitido el 8 de marzo de 2010, donde se rechaza que en el caso se trate de un “derecho de incidencia colectiva”.

las constitucionales reposa, según el ministro Lorenzetti, en el juez¹⁰⁶, y no sólo en el actor. Además, cabe destacar que en “Halabi” (2009) el efecto *erga omnes* de la sentencia no dependió del pedido formulado por el actor; la Corte lo hizo de oficio. No queda claro por qué Lorenzetti no adoptó el mismo temperamento en la causa por jubilaciones. El tratamiento individual de la movilidad jubilatoria se mantuvo en fallos posteriores; así lo vemos en “Elliff” (2009), otro fallo referido al cálculo de la actualización de haberes previsionales. La mayoría de la Corte (incluyendo al ministro Lorenzetti) aplica los criterios de “Badaro II” (2007), sin considerar la posibilidad de dar curso a la petición en términos de acción de clase, aunque se cumplen también aquí los requisitos fijados en “Halabi” (2009).

Otro argumento a favor del tratamiento individual de los casos referidos a jubilaciones puede hallarse en el impacto fiscal. Cabe responder que, de ser así, la Corte en “Halabi” (2009) debería haber incluido un cuarto requisito para las acciones de clase, formulado aproximadamente así: “que la expansión del efecto de la sentencia no modifique sustancialmente las asignaciones presupuestarias previstas”. Tal requisito necesitaría justificarse, quizá sobre la base de la objeción. El requisito no está incluido, y podría contradecirse con el tercero. La mayoría del tribunal admite la acción de clase para casos que abarquen el ambiente, la salud y el consumo, o derechos de grupos postergados. Cualquiera de estos supuestos puede tener amplio impacto presupuestario. Basta pensar en la cuestión de la salud pública¹⁰⁷ o la problemática ambiental, que se analiza en “Mendoza” (2006), una decisión que revisamos a continuación.

9.4.3. Otras modalidades de actuación judicial

Precisamente, las objeciones “técnica” y “democrática”, como ya explicamos, nos obligan a ampliar la gama de acciones judiciales posi-

106 “Hospital Materno Infantil” (2006), voto de Lorenzetti, considerando 11. En el mismo sentido, “Halabi” (2009), voto de la mayoría, considerando 12.

107 Para la que Lorenzetti juzgó procedente la acción de clase, en “Hospital Materno Infantil” (2006).

bles. También nos llevan a afinar la consideración acerca de las situaciones en las que corresponden las medidas más fuertes, como la declaración de inconstitucionalidad. Hemos dado cuenta de los importantes aportes que ambas objeciones proveen. La objeción “técnica” destaca las dificultades que pueden encontrarse. La objeción “democrática” resalta que los jueces no pueden resolver por sí solos los desacuerdos profundos, razonables y fundados en torno a los derechos.

En virtud de ello, debe reconocerse la necesidad de otras medidas que podemos ubicar en un continuo que se extiende desde la inacción hasta la declaración de inconstitucionalidad. Vale la pena llamar la atención sobre estas modalidades de actuación, ya que existen pocos incentivos institucionales, afirma Gargarella, para que los jueces actúen de formas alternativas¹⁰⁸. Sin embargo, hay un amplio terreno donde hallar modos de paliar los problemas expuestos por las objeciones analizadas. Tushnet se refiere a estas otras maneras de actuación¹⁰⁹, denominándolas “control judicial débil”, como alternativa frente al existente en el control de constitucionalidad estadounidense. Este autor parece basarse en la objeción “democrática”, por lo que no limita estas formas de actuación a los casos de derechos sociales. Tushnet destaca que la revisión débil respeta el derecho de las mayorías. Estas deben prevalecer, agrega, cuando sus representantes legislan de modo coherente con interpretaciones razonables de la constitución, incluso si los tribunales tienen otra. Como ya señalamos, esto no es novedoso. El control de constitucionalidad no habilita a la judicatura a optar entre dos o más interpretaciones igualmente razonables. Si hay varias alternativas constitucionales, la opción corresponde al órgano político. Incluso en modelos de control “fuerte” de constitucionalidad, la magistratura no puede invalidar decisiones constitucionales de los otros poderes. La intervención judicial se funda, siempre, en la incompatibilidad del acto legislativo o administrativo con la constitución. De otro modo, no resulta posible la declaración de inconstitucionalidad.

108 Gargarella, 2007: 143.

109 Tushnet, 2008: 228, 248 y ss.

Retomando la necesidad de una gama amplia de facultades, señalamos que la Constitución argentina señala el límite máximo de las atribuciones judiciales (la declaración de inconstitucionalidad) pero no señala que tal atribución sea el mínimo; hay margen para otras medidas, siempre que cumplan la función de garantía efectiva, como explicamos más arriba, y que sea “expedita y rápida”, tal como exige el art. 43.

Como ya señalamos, la magistratura debe contar entonces con atribuciones que le permitan superar su falta de formación técnica en disciplinas necesarias para comprender las dificultades que plantee un caso, tanto en cuanto a la manera de resolverlo, como a las consecuencias que distintas medidas podrían tener más allá del caso. También debe abrir sus espacios a las expresiones que compensen la menor legitimidad democrática relativa al momento de tratar desacuerdos razonables importantes. Conscientes de las objeciones que hemos analizado, los tribunales pueden ir graduando las medidas a tomar. Esto dará paso, quizá, a nuevas reformas que favorezcan “un diálogo genuino y equitativo entre las diferentes ramas del poder, tanto entre ellas como con la población”¹¹⁰.

Dificultades y desacuerdos

Frente a la alegada violación de un derecho, el demandado (el Estado, por ejemplo) puede demostrar que existen problemas serios que impiden, justificadamente, cumplir con un derecho, o bien que existe un desacuerdo razonable en torno al sentido o extensión de tal derecho. Frente a tales dificultades o desacuerdos serios, la magistratura debería echar mano de otros mecanismos antes de dictar la inconstitucionalidad. También podría declarar la inconstitucionalidad, pero habilitando al mismo tiempo otras instancias que definan las medidas para remediar la situación.

El desacuerdo que mencionamos, sin embargo, no equivale a discrepancias ideológicas con el proyecto general o el contenido de

110 Gargarella, 2007: 143.

la Constitución. En otras palabras, no nos referimos a casos en los que el disenso se funda en el rechazo –por ejemplo– del liberalismo político, el constitucionalismo social, o la intervención del Estado en la economía. Tales argumentos tienen relevancia en una convención constituyente, pero no ante tribunales que deben operar bajo una Constitución ya adoptada.

Aquí nos referimos al desacuerdo (fundado o “fundable”) en torno al alcance de un derecho, o a su contenido concreto en las circunstancias actuales, o –en general– a las múltiples cuestiones interpretativas posibles (como las descritas en el capítulo 6). Los disensos en esos aspectos, que se manifiestan profusamente en el “diálogo social” sobre los derechos, también deben tener un lugar en el proceso judicial. La menor legitimidad democrática relativa de los tribunales les obliga a dar cabida a esos argumentos, a través de vías procesales específicas. Como ya señalamos, no pueden resolver estos desacuerdos genuinos en soledad y sin deliberación abierta, si se aspira a un ejercicio democrático de la función judicial.

Del mismo modo, no constituyen genuinas “dificultades” la simple falta de voluntad de cumplimiento respecto de ciertos derechos, o el otorgamiento de prioridad a otras actividades del gobierno. Las dificultades razonables son las que –fundadamente, con el aporte de las ciencias y la discusión de estas contribuciones mismas– llevan a reconocer la imposibilidad (técnica, no política) de revertir inmediatamente una situación en la que se violan ciertos derechos. Otra dificultad puede aparecer cuando las medidas a tomar a favor de un derecho pueden perjudicar a otros de igual jerarquía o a otras personas, más allá del caso concreto. En general, estas dificultades se asocian a la dimensión o extensión de esa afectación de derechos. Cuanto mayor sea el alcance de la población perjudicada, es más probable que surjan dificultades. Frente a ellas, se deben buscar medidas intermedias encaminadas a la puesta en vigor, en el menor plazo posible, del derecho violentado, y considerar los efectos probables de su adopción.

Cuestiones de presupuesto

Un caso de interés en materia de derechos sociales es el del impacto presupuestario como supuesta dificultad. Podría argüirse que si la decisión judicial acarrea consecuencias significativas de ese orden, ello obligaría al juez a adoptar medidas de control más débiles. Discrepamos con este criterio: las dificultades para poner en vigencia un derecho no se derivan necesariamente del costo económico. Por supuesto, la falta de fondos es un obstáculo; pero deberá el Estado probar que allí reside el problema. No puede darse por supuesto.

De todas formas, la cuestión de los costos suele plantearse también como una versión de la objeción “democrática”. El argumento se presenta así: si la decisión del juez involucra el uso sustancial de recursos públicos, esto afecta el principio democrático, porque el manejo del presupuesto corresponde al parlamento. A esto corresponde contestar que no sólo los costos plantean un problema de legitimidad “democrática”. De hecho, muchas decisiones sobre derechos civiles también abarcan temáticas confiadas a la legislatura. En nuestro país, pueden recordarse decisiones como “Sejean” (1986), que habilitó el divorcio vincular; o la serie de fallos sobre la tenencia de drogas para uso personal –cuyo eslabón más reciente es “Arriola” (2009)–, lo que involucra nada menos que la legislación penal, materia evidentemente encargada al Parlamento.

No es el carácter de atribución parlamentaria lo que aconseja ampliar la deliberación. Lo que hace necesario recurrir a otras modalidades de actuación judicial es el desacuerdo serio y razonable. En algunos casos, se referirá al uso de recursos, otras veces al fundamento moral de las instituciones familiares y otras, a la extensión de la privacidad de las personas. Estos desacuerdos pueden hacer preferible que el juez no resuelva en soledad, sino que escuche y dé posibilidades a las partes (y a otros actores relevantes) de escucharse mutuamente. Lo que rechazamos es darle al dinero (a los costos) una importancia “democrática” privilegiada. El presupuesto, si bien es una atribución

importantísima de la legislatura, está a la misma altura que otras facultades (como crear delitos y penas, o regular el matrimonio). El manejo de dinero se confió al Congreso, precisamente, porque provee un ámbito para la discusión y resolución democrática de los desacuerdos (que también aparecen en materia penal y civil). Pero al igual que en las demás atribuciones legislativas, la deliberación que allí ocurre también puede quedar abarcada por el control judicial, para verificar que cuente con los supuestos de todo debate legítimo (la vigencia de los derechos, en el caso que nos interesa)¹¹¹.

La apertura a la deliberación

Algo similar a las dificultades mencionadas se encuentra en casos ambientales a gran escala, donde muchas veces también se involucran derechos sociales. Ante la contaminación en el Riachuelo, la Corte Suprema se vio ante una paradoja: resultaba más fácil determinar la violación del derecho (en este caso, el derecho a un ambiente sano, consagrado en el art. 41 de la CN) que precisar las medidas eficaces para revertir (“recomponer” en los términos del art. 41) el cuadro, sin restringir indebidamente derechos de otras personas.

En este caso, la Corte comenzó por admitir que se estaba en presencia de un derecho constitucional efectivo¹¹². Luego tomó las medidas para reunir la información que los demandantes no habían ofrecido en grado suficiente. Requirió a las cuarenta y cuatro empresas demandadas que presentaran diversos informes sobre su actividad en relación con el ambiente; y al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad de Buenos Aires y al Cofema, la elaboración de un “plan integrado” y progresivo, con metas y pautas temporales, siguiendo los lineamientos de la ley 25.675 (o Ley General de Ambiente)¹¹³. Para dar continuidad al trámite, fijó

111 Michelman señala que las consecuencias presupuestarias de los derechos sociales no habilitan a distinguirlos de otros derechos en el plano de la justiciabilidad; véase Michelman, 2003: 17.

112 “Mendoza” (2006), voto de la mayoría, considerando 7.

113 Sancionada el 6 de noviembre de 2002.

una audiencia pública para poco más de sesenta días después, donde las partes deberían exponer la información requerida¹¹⁴.

Esta resolución combina la acción judicial con el reconocimiento de la complejidad del caso. Para compensar su falta de formación técnica, el tribunal recurre a las partes¹¹⁵. Luego crea un foro para la discusión de los materiales aportados, sin desentenderse de su responsabilidad (en este caso, garantizar el derecho al ambiente). De esta forma, la Corte también da cuenta de su menor legitimidad democrática relativa. Ordena a los Estados involucrados presentar un plan de trabajo. No lo diseña el tribunal.

Esta **apertura a la deliberación**¹¹⁶ constituye, entonces, una de las modalidades de acción posibles¹¹⁷. Consiste en crear instancias ju-

114 Resulta llamativo que la Corte no incluyera la cuestión social en este primer pedido de informes. El alto tribunal relata que una parte de los demandantes son “personas que habitan en el asentamiento al que denominan ‘Villa Inflamable’, situada en Dock Sud, partido de Avellaneda” (voto de la mayoría, considerando 3), pero luego se concentra exclusivamente en la cuestión ambiental. No ordena a las autoridades informar por qué hay personas viviendo en asentamientos, ni exige un plan destinado a remediar esta flagrante violación de los derechos sociales. Quizá falte una consideración integral de los problemas ambientales, que no se agotan en la relación del ser humano con la naturaleza, sino que incluyen también las relaciones entre las personas.

115 En la causa iniciada por el Defensor del Pueblo solicitando la actualización jubilatoria para todas las personas afectadas, la Corte solicitó a Anses la provisión de un informe detallado sobre la situación de la administración previsional. Véase la decisión tomada el 24 de mayo de 2011 en “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparos y sumarísimos” (Expte. D. 45. XLV). La información fue presentada con alguna demora por Anses; luego la Corte recibió al titular de la entidad en audiencia privada; véase <http://www.prensa.argentina.ar/2011/08/10/22522-garantizar-la-sustentabilidad-del-sistema-previsional--eje-de-exposicion-de-bossio-ante-la-corte.php>

116 También presente como una de las propuestas en Scott y Macklem, 1992: 137-147. Una versión diferente de esta apertura al debate puede darse bajo la forma de convocar a las partes a negociar la manera de dar plena vigencia a los derechos; así lo hizo la Corte argentina en un caso de particular complejidad referido al derecho de propiedad. Se trata de “San Luis” (2003), donde esa provincia reclamaba contra la Nación por la pesificación de sus depósitos en dólares. En el punto III de la parte resolutive (voto de la mayoría y votos concurrentes de Nazareno, Fayt y Vázquez), se fijó un plazo de sesenta días corridos “para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución [de los dólares depositados] que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el Tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado”.

117 Esa deliberación puede tener por objeto las medidas para remediar la situación bajo análisis; la magistratura no necesita tener la “última palabra” sobre esas acciones; véase Bergallo, 2006: 179.

diciales para que las partes (y otros eventuales actores) intercambien informaciones y argumentos en torno a la cuestión planteada. En general, se emplea la vía de la audiencia pública. El objetivo puede ser no sólo ilustrar al tribunal, sino también fomentar soluciones acordadas por las partes. La Corte argentina lo adoptó, antes de “Mendoza” (2006), en “Verbitsky” (2005)¹¹⁸; en 2007, a través de la Acordada 30, fijó algunas pautas para la realización de las audiencias públicas¹¹⁹. Recientemente, la Corte convocó a una audiencia para tratar un caso referido al derecho a la vivienda¹²⁰.

Puede combinarse con un **seguimiento judicial** de la manera en que se lleva adelante un plan ratificado ante el tribunal; esta medida fue instrumentada, por ejemplo, por la Corte Constitucional sudafricana en el caso *Grootboom*¹²¹. Tal seguimiento puede ser **directo**, si lo lleva adelante el juzgado mismo, o bien **indirecto**, si se lo

118 Allí la Corte debió pronunciarse sobre las condiciones de detención de miles de personas en la provincia de Buenos Aires. Ordenó la libertad (en sesenta días) de personas enfermas y menores de edad detenidas en comisarías; y requirió al Ejecutivo provincial la información completa sobre la situación en las cárceles. Creó luego una mesa de diálogo con actores no gubernamentales, a fin de diseñar soluciones de más largo alcance. Véase Gargarella, 2008d: 170-171.

119 La Acordada prevé tres tipos de audiencias (punto 2). Las informativas permiten al tribunal escuchar e interrogar a las partes sobre el caso. En las conciliatorias, la Corte intenta que las partes resuelvan la cuestión por medios “no adversariales”. Las audiencias ordenatorias definen medidas para el trámite de la causa. Se celebran audiencias cuando lo requieran al menos tres integrantes de la Corte (punto 1). Las audiencias tienen carácter abierto y público, y el tribunal puede formular preguntas libremente al abogado o abogada participante; se filma y se graba el desarrollo del acto, y esos registros sirven como medio de prueba (puntos 5, 9 y 11). Vemos en este mecanismo elementos interesantes desde el punto de vista de una democracia deliberativa. En primer lugar, la apertura pública, que permite a la sociedad civil interesada conocer (y discutir) los argumentos. Resulta positivo el fomento del diálogo entre el tribunal y las partes. Ofrece, según Bergallo, una instancia de control público sobre la administración de justicia y las partes; véase Bergallo, 2006: 179.

120 El 5 de septiembre de 2011, la CSJN convocó a audiencia pública para tratar el reclamo de una mujer de nacionalidad boliviana que se halla viviendo en la calle, junto a su hijo con discapacidad. La decisión posterior es el fallo “Q. C.” (2012).

121 “The Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom, Irene and Others”, 04 de octubre de 2000, 2001 (1) SA 46 (CC). Véase también Pisarello, 2003: 209.

confía a otra institución (el Defensor del Pueblo, por ejemplo), que debe presentar informes periódicos. Es probable que las medidas adoptadas como resultado de la deliberación tengan un índice mejor de cumplimiento, por fundarse en mejor información y habilitar la comunicación fluida entre las partes¹²².

Gargarella, pese a considerarlo un mecanismo promisorio e importante, señala algunas reservas¹²³. Por una parte, este rol facilitador puede conducir a justificar espuriamente la pasividad judicial bajo la cubierta del “diálogo democrático”¹²⁴. A la vez, debe ponerse atención a las modalidades que adopte el marco para la deliberación; no deben admitirse aquellas convocatorias en las que se excluya a sectores, la palabra se distribuya según el poder económico o de otra clase, y la intervención en la deliberación no se conecte con la toma de decisiones¹²⁵.

El reenvío

Esta segunda medida consiste en volver a someter la cuestión a los órganos electivos¹²⁶, según su competencia. Puede ocurrir que los desacuerdos en torno al contenido del derecho sean tales que sólo pueda confiarse en la clase de deliberación pública que se produce en el parlamento. Esto sería menos aplicable en el caso de atribuciones presidenciales, ya que la deliberación no tiene un lugar prominente en el funcionamiento del poder ejecutivo¹²⁷.

122 Bergallo, 2006: 182-183.

123 Gargarella, 2008b: 972.

124 También resulta riesgoso extrapolar este modelo al resto de las actuaciones judiciales. Si se utiliza la menor legitimidad democrática relativa de la magistratura como razón exclusiva para la modalidad débil de intervención, entonces las fuertes nunca podrían ejercerse. Las formas débiles de intervención corresponden, en principio, frente a desacuerdos o dificultades relevantes y razonables.

125 Gargarella, 2008f: 39-40.

126 También contemplada en Fabre, 2000: 148 y en Gargarella, 2007: 135.

127 En ciertos casos el reenvío sólo procederá con el Ejecutivo, si lo revisado es el ejercicio de una de sus competencias exclusivas.

Este mecanismo de reenvío se presenta como coherente con un modelo de democracia deliberativa, donde la resolución de aquellas dificultades técnicas o de los desacuerdos valorativos y políticos profundos se intenta a través de la discusión racional. El tribunal intenta reabrir la discusión pero no en el procedimiento judicial, sino en una arena dotada de mayor representatividad y –en el caso del Congreso– de una dinámica deliberativa más amplia. Se mantiene la discusión dentro de la esfera institucional, pero al darse intervención a los órganos representativos, la conexión con el electorado puede hacerse más directa. Las personas que integran el Parlamento, por ejemplo, tienen razones para auscultar a la sociedad civil y buscar allí nuevos argumentos. Su carácter electivo las hace (o las debería hacer) más receptivas a las posturas presentes en la población.

El reenvío puede hacerse fijando o no un **plazo** para que el órgano en cuestión se pronuncie. A su vez, la decisión de ese órgano puede ser **provisoria** o **definitiva**, según el tribunal se reserve el derecho de someterla a una nueva revisión constitucional, o no lo haga.

La Corte Suprema argentina adoptó la modalidad del reenvío en un caso relativo a la movilidad jubilatoria, un derecho contenido en el art. 14 *bis* de la CN. En “Badaro I” (2006), el alto tribunal reconoció la falta de actualización de los haberes jubilatorios, tal como quedaba evidenciado en las últimas once leyes de presupuesto; y que ello “ha llevado a privarlo [a Badaro] de un derecho conferido por la Ley Fundamental”¹²⁸. Pese a declarar esta inconstitucionalidad, la Corte señaló que no resultaba “apropiado” que ella fijara “sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa”, debido a la “trascendencia de esa resolución” y la “complejidad” de las cuestiones en juego. De modo que en este punto, el alto tribunal parece hacerse cargo de las dificultades para determinar el grado adecuado de actualización, considerando el sistema previsional en conjunto. De todas formas, cuestionamos esta invocación de los problemas técnicos, ya que no hay bases suficientes, a nuestro juicio. No se citan estudios ni fuentes de información que pongan de relieve la imposibilidad de

128 “Badaro I” (2006), considerando 19.

resolver el caso concreto del actor. Finalmente, en la parte resolutive la Corte ordena, entre otras disposiciones, “[c]omunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas” de actualización. Como se ve, hay un reenvío sin plazo fijado, pero tampoco librado a la exclusiva discrecionalidad de las otras ramas del Gobierno: el lapso debe ser razonable.

Sin embargo, esta modalidad de reenvío no mostró eficacia. En efecto: ni el Congreso ni la Presidencia dieron cuenta de lo solicitado por la Corte y el tiempo transcurrió sin que hubiera respuestas institucionales. Entonces, casi dieciséis meses después de su fallo, la Corte adoptó una nueva resolución. En “Badaro II” (2007), el alto tribunal dio por cumplido el plazo razonable y dispuso fijar un criterio de movilidad jubilatoria aplicable al caso particular, sin extenderlo a los demás jubilados y pensionados en similar situación. Así, la parte resolutive ordena “que la prestación del actor se ajuste, a partir del 1° de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos”. A través de esta resolución, la Corte recupera su rol de garante, ante la omisión de los otros poderes. Sin embargo, reiteramos nuestra incompreensión sobre las supuestas dificultades y complejidades invocadas en “Badaro I” (2006). En efecto: ¿cómo es posible que de un fallo a otro las cuestiones técnicas se hayan disuelto, al punto tal que la Corte no tiene obstáculos para adoptar un criterio de actualización? En todo caso, quizá no fueron los problemas técnicos los que la Corte intentó evitar. Puede haber primado, en cambio, la preocupación por la objeción “democrática”. En cualquier caso, visto retrospectivamente, la falta de fijación de plazos parece haber restado fuerza garantizadora a la primera decisión de la Corte¹²⁹.

129 No parece casual que la Corte haya adoptado esta modalidad débil de reenvío en un caso sobre jubilaciones. Según González, históricamente ha existido mayor tolerancia social a las restricciones sobre los derechos de la seguridad social; véase González, 2006: 198. El autor cita como ejemplo la decisión de la Corte Suprema en “Chocobar” (1996), donde se reconoció al Congreso amplia discreción para regular y

La declaración de inconstitucionalidad

Esta medida resulta todavía más débil, ya que simplemente señala que existe una contradicción con la Constitución, o con algún derecho contenido en ella¹³⁰. Esto significa que el tribunal simplemente certificaría que se produjo una afectación de ese derecho, sin tomar ninguna otra medida. Tushnet incluye esta medida en el conjunto de las modalidades “débiles”¹³¹. Abramovich y Courtis, quienes impulsan también medidas más fuertes, destacan el valor de una sentencia en el debate público¹³²; sirve para plantear un reclamo de los grupos postergados, y para hacerlo oír como la denuncia de una violación de derechos y no sólo como una expresión de preferencias. Sin embargo, esta medida nos parece insuficiente en el marco constitucional argentino. No representa, a nuestro juicio, una garantía efectiva, en el sentido que expusimos más arriba. La efectividad no consiste en despejar una incógnita jurídica; va más allá de la definición de una disputa teórica. La acción de amparo se interpone “contra” actos u omisiones violatorios de derechos, con la aspiración de ser efectiva.

Como síntesis de este apartado, señalamos que la actuación judicial en materia de derechos sociales debe combinar la eficacia para garantizar derechos, con la adecuada ponderación de las objeciones “técnica” y “democrática” que se han formulado al rol de los tribunales. Para dar cuenta de estos elementos, hemos propuesto adoptar un continuo de atribuciones o facultades. En el extremo más fuerte, se hallan las órdenes de hacer o no hacer y la declaración de inconstitucionalidad. Luego se prevén acciones más débiles, más respetuo-

adaptar los derechos de los jubilados; véase el voto de la mayoría, en considerandos 9, 12 y 17. En una decisión más reciente, la Corte aplicó los criterios de actualización de “Badaro II” (2007), e incluyó entre sus argumentos la afirmación de que “reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo”; véase “Bianchi” (2011), considerando 16. Vale la pena destacar que en este caso se trataba de la jubilación de magistrados del Poder Judicial de San Luis.

130 Considerada como posibilidad en Fabre, 2000: 148.

131 Tushnet, 2008: 248.

132 Abramovich y Courtis, 2002: 44.

sas de las objeciones ya mencionadas, que incluyen la apertura a la deliberación y el reenvío, ambas con distintas modalidades. Hemos propuesto también que la pertinencia de cada medida debe evaluarse teniendo en cuenta la efectividad de la garantía, pero también las dificultades técnicas y los desacuerdos razonables que se presenten en cada caso particular. Cuanto mayores sean esas dificultades, o más profundos y extendidos los desacuerdos, habrá mayores razones para inclinarse por medidas más débiles.

9.5. Actuación de otros órganos y poderes

La discusión sobre las atribuciones judiciales hace perder de vista, en ocasiones, la responsabilidad de las otras ramas del gobierno. En una democracia deliberativa, el poder generado comunicativamente en la sociedad (en la esfera pública informal) circula hacia la esfera institucional, que abarca todos los poderes, no sólo el judicial. Por ello, no podemos limitar la cuestión de los derechos al poder judicial¹³³. La objeción “democrática” ha contribuido, precisamente, a poner de relieve la importancia de plantear las exigencias ante otras instancias, más allá de la magistratura.

9.5.1. El Poder Ejecutivo

Puede y debe actuar ante violaciones u omisiones en materia de derechos sociales. Cuenta con legitimidad democrática de origen y con un aparato burocrático-administrativo jerarquizado. A través de este último puede ganar una comprensión amplia de la problemática social, diseñar soluciones de alcance más general y también ponerlas en práctica. Esta rama del gobierno, en general, sobrevive a posibles objeciones “técnicas” y “democráticas”. Sin embargo, puede ofrecer un flanco débil en cuanto a su legitimidad democrática por tratarse de un órgano unipersonal (en el caso de la Presidencia) ubicado en la cúspide de un sistema jerárquico (la

133 Carnota, 2008: parág. VI.

Administración). En otras palabras, puede tener un bajo nivel de deliberación en su toma de decisiones. Esto, al igual que en el caso del poder judicial, aconseja adoptar medidas que abran la deliberación ante situaciones donde haya desacuerdos genuinos y razonables. Esto probablemente coincide con la propuesta de Habermas en el sentido de insertar “*filtros de legitimación*” dentro de la misma Administración¹³⁴.

El Poder Ejecutivo argentino tiene diversas herramientas. Puede reglamentar leyes de modo de afianzar la vigencia de derechos sociales (CN, 99 inc. 2), o proponer legislación que los asegure (CN, 99 inc. 3), o formular recomendaciones al Congreso, de modo de impulsarlo a actuar en la materia (CN, 99 inc. 8). Al supervisar la ejecución presupuestaria, el Ejecutivo puede poner especial atención en la manera en que se llevan adelante programas sociales (CN, 99 inc. 10). También puede, para dar su aprobación al proyecto de presupuesto que el Jefe de Gabinete enviará al Congreso (CN, 100 inc. 6), cerciorarse de que ese proyecto garantice la progresividad en el disfrute de los derechos sociales. Si el Ejecutivo desea estimular la discusión pública sobre estas cuestiones y reforzar así su legitimidad al momento de ejercer estas atribuciones, puede utilizar, para casos especiales, el instituto de la consulta popular (CN, 40) para conocer la opinión del electorado en la materia¹³⁵. También debe poner especial atención al negociar acuerdos con las IFI.

134 Habermas, 1994: 526; énfasis en el original.

135 Debe tomarse con cautela el carácter deliberativo de los institutos de democracia semidirecta incorporados en 1994. Ellos privilegian la circulación desde el espacio formal al informal, y no al revés. En la consulta popular del art. 40, el pueblo sólo puede contestar una pregunta formulada en el espacio público formal (el Congreso, en este caso). El electorado debe aprobar o rechazar un proyecto de ley. En la modalidad no vinculante, la voluntad del electorado no obliga a las instituciones. La convocatoria en estos casos corresponde al Ejecutivo o al Congreso, y sólo a ellos toca elegir en qué circunstancias llamar a consulta y qué pregunta hacer (en sus competencias respectivas). El flujo comunicativo queda controlado desde el ámbito formal.

9.5.2. *El Poder Legislativo*

Tiene atribuciones amplias para poner en práctica los derechos sociales, y para actuar en caso de violaciones u omisiones que afecten a estos derechos. Al menos en el diseño institucional, supera objeciones “técnicas” y “democráticas”. Puede contar con información técnica recabada por el mismo cuerpo o entidades creadas al efecto; y su origen electivo, más la adopción de un procedimiento deliberativo, le otorga mayor legitimidad democrática.

Más allá de la legislación común, la CN pone en sus manos la tarea de lograr un desarrollo equilibrado con justicia social (CN, 75 inc. 19), en el marco de la prosperidad (CN, 75 inc. 18). El Congreso debe garantizar la gratuidad y equidad de la educación pública; y asegurar los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas argentinos (CN, 75 inc. 17). Puede establecer acciones positivas para alcanzar la igualdad real de oportunidades y de trato (CN, 75 inc. 23). Debe dictar un Código del Trabajo y la Seguridad Social (CN, 75 inc. 12), aunque no lo ha hecho desde que se introdujo esa atribución en 1957. La discusión y aprobación del presupuesto ofrece una inmejorable ocasión para dar forma y vigencia a los derechos sociales. Por ejemplo, pueden incluirse cláusulas que correlacionen el gasto referido a partidas sociales con el de otros renglones. El monto para programas alimentarios podría definirse como un porcentaje del gasto militar, o la suma asignada a planes de vivienda se calcularía en relación con la masa salarial del servicio exterior. Un mecanismo alternativo fija porcentajes escalonados de aumento en el presupuesto para un determinado derecho social¹³⁶, pero su efectividad dependerá de las garantías (por ejemplo, el derecho a exigir judicialmente su cumplimiento). Otras pautas podrían

136 Como ejemplo, puede citarse el art. 61 de la ley 24.195 (o Ley Federal de Educación; *BO*, 5 de mayo de 1993), que ordenaba duplicar en cinco años la inversión consolidada en educación. La falta de mecanismos de exigibilidad quitó a esta cláusula gran parte de su eficacia. El art. 9 de la ley 26.206 (o Ley Nacional de Educación; *BO*, 28 de diciembre de 2006) establece que la inversión consolidada en educación por parte de todos los niveles de gobierno debe alcanzar al 6% del PBI.

garantizar la movilidad jubilatoria, o establecer partidas mínimas obligatorias para la puesta en vigor del derecho a la vivienda, a la salud o a la educación. El Congreso dispone de poderes residuales para desarrollar extensivamente los derechos sociales (CN, 75 inc. 32). Pueden ser necesarias instancias de apertura a la deliberación, integrando las voces del espacio público informal; especialmente, en casos donde pueda presumirse la existencia de desacuerdos genuinos y razonables.

9.5.3. El Defensor del Pueblo

Este funcionario tiene como misión “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes” (lo cual incluye derechos sociales) frente a actos de la Administración (CN, 86). Cuenta con legitimidad democrática indirecta: recibe el nombramiento del Congreso. Puede ser parte en acciones judiciales, y está dotado de independencia institucional¹³⁷.

El Comité DESC ha subrayado el rol de los Defensores como medios para promover los derechos sociales, no sólo por su mayor accesibilidad¹³⁸, sino por su rol en la educación sobre la materia, la promoción de reformas legislativas, y la información sobre violaciones a los derechos sociales. En principio, el Defensor no puede poner en vigor la dimensión horizontal de los derechos sociales; pero sí reclamar ante los otros poderes para que impidan a particulares violar esos derechos.

9.5.4. Otro órgano posible

Fabre, por ejemplo, propone un sistema dual de protección: un cuerpo de control (“Comisión de Derechos Humanos”) y el poder

137 Quiroga Lavié, 2000: 253.

138 von Tigerstrom, 2001: 142, 153, 141; Reif, 2000.

judicial¹³⁹. La Comisión, según Fabre, debe encargarse de desarrollar el alcance de las obligaciones gubernamentales en materia de derechos sociales, tanto en cantidad de recursos como en cuanto a medidas; servirá así de guía para los poderes estatales. Debe ser independiente del gobierno e incluir economistas, juristas, representantes de asociaciones profesionales, sindicatos, etcétera; sus decisiones deben ser vinculantes, con el poder de requerir informes al gobierno. Este cuerpo podría crearse por ley, sin necesidad de reforma constitucional.

Esta alternativa no significa asignar el área social a un grupo de técnicos. Ello contradiría la idea de democracia deliberativa, donde la resolución de las cuestiones sociales se hace a través de una discusión práctica, no limitada por la racionalidad estrictamente técnica¹⁴⁰.

9.6. La esfera pública informal

Nuestra exposición sería incompleta si no señaláramos, al menos en sus puntos centrales, el rol crucial de la población, de la sociedad civil. De hecho, señalamos en la sección 9.3 que la “última palabra” en derechos, si es que tal cosa puede existir, reside en esta esfera informal.

La extensión de este ámbito puede ser difícil de precisar. Se trata de “[...] una red abierta e inclusiva de espacios públicos subculturales que se solapan unos con otros, con límites temporales, sociales y objetivos fluidos. Las estructuras [...] se forman de manera más o menos espontánea [...]”. Habermas sostiene que allí se hallan múltiples grupos y comunidades. Se encuentran tanto las organizaciones no gubernamentales, como los partidos políticos, las asociaciones patronales, los medios de comunicación social, o los sindicatos. También tienen actuación los “ciudadanos, que forman

139 Fabre, 2000: 169-171.

140 Véase Habermas, 1983.

el público general”¹⁴¹. Este ámbito informal, “salvaje” en términos de Habermas, resulta fértil por su carácter de área “no restringida”, pero también allí tienen mayor peso la represión y la exclusión derivadas de desigualdades sociales y estructurales. No existen las salvaguardas provistas por los procedimientos.

Este espacio informal consiste en una “red de comunicación”, de “sensores que reaccionan ante la presión de los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto”. A través de ese espacio circulan las ideas acerca de las necesidades del conjunto. En esta circulación se genera una opinión pública, imposibilitada de decidir o mandar¹⁴², pero que en su interacción con las deliberaciones propias del espacio público formal logra generar decisiones que orientan el uso del poder administrativo.

La inserción de las personas (y sus asociaciones) en esa esfera depende de poder ejercer con amplitud la autonomía privada y la autonomía pública, contenidas en aquellos derechos. Sin ellos, la posibilidad de deliberar (no sólo en política, sino en toda clase de relaciones sociales) se debilita, y crecen la incidencia de las relaciones basadas en la fuerza, la manipulación o el dinero.

La defensa de los derechos, en la esfera informal, se lleva a cabo en interacciones diarias simples y complejas, masivas o de pocos partícipes. En cada una, puede someterse a crítica o discusión algún aspecto de estos derechos; en la demanda de razones para aceptar las limitaciones o reformulaciones de estas libertades se expresa la labor cotidiana de lucha por los derechos.

9.6.1. Las “garantías no institucionales”

Tienen gran importancia en el marco informal. Puede definirse las como “formas de autotutela de los derechos en las que resulta determinante la propia participación de los titulares de los derechos, en particular, los afectados y también los distintos movimientos so-

141 Habermas, 1994: 384, 385.

142 Habermas, 1994: 242-244, 385.

ciales en su defensa”¹⁴³. Se producen, en general, ante la inacción, ineficacia o inexistencia de las garantías institucionales (esto es, las radicadas en la esfera pública formal: mecanismos parlamentarios, administrativos y judiciales). Estas garantías sociales forman parte de un “control social”, que puede ser imperfecto¹⁴⁴, pero de enorme importancia en una democracia de “doble vía” (formal e informal).

Las garantías no institucionales consisten a veces en el ejercicio de otros derechos. Pueden emplearse los derechos civiles y políticos; en particular, el derecho a la protesta, como modalidad especialmente protegida de la libertad de expresión¹⁴⁵, especialmente para aquellos grupos con profundas dificultades para hacerse oír¹⁴⁶. El derecho de asociación puede cumplir un rol importante, generando entidades que luego recurran a las garantías judiciales¹⁴⁷. Todas estas acciones se fundan también en la modalidad colectiva, gradual y acumulativa de interpretación acerca de los textos constitucionales. Requieren la apropiación de los derechos humanos, ganar su conocimiento en instancias formales o informales de educación.

9.6.2. *Las ONG*

Este espacio informal resulta vulnerable a las distintas modalidades de presión o manipulación, tales como el uso de la fuerza o el dinero para lograr la conducta de las personas. Conviene no atribuir a esta esfera un carácter deliberativo perfecto. Cada asociación en ella puede ser más o menos democrática, y corresponde también evaluarla desde ese punto de vista, en tanto partícipes de la formación de la opinión pública.

A partir de 1994, como ya vimos, el art. 43 de la CN otorga legitimación activa en el amparo a “asociaciones” que protejan de-

143 Britos, 2009: parág. I.

144 Aragón, 1995: 140.

145 Se trata del derecho a criticar a las autoridades en el poder; véase Gargarella, 2006: 22.

146 Gargarella, 2005: 30.

147 Quiroga Lavié, 2000: 251-252.

rechos de incidencia colectiva, o los que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, o bien que combaten la discriminación. Estas entidades llevan adelante numerosas acciones, inclusive en materia de derechos sociales¹⁴⁸. Alrededor de 80.000 organizaciones de la sociedad civil están inscriptas en los registros provinciales; unas 9.000 figuran en un relevamiento voluntario elaborado por un ente estatal, el Centro Nacional de Organizaciones de la Comunidad (CENOC). Según informa el CENOC, un 58% de las organizaciones describe su área de actuación como social o humano, y un 25%, como educativo¹⁴⁹. El número de fundaciones creadas por empresas también ha crecido sostenidamente desde la década de 1950, y de ellas, cerca de un quinto pertenece a instituciones bancarias¹⁵⁰.

Dos aspectos de las ONG pueden empobrecer la esfera pública informal y reducir la extensión y profundidad de la red de sensores o de comunicación, afectando así su capacidad para identificar los problemas del conjunto y transmitirlos al espacio formal.

Primero, corresponde revisar la *organización interna* de las ONG, para determinar su grado de democracia interna. Debe precisarse hasta qué punto la voluntad y opinión de las ONG se forman en las interacciones entre sus órganos formales (esto es, aquellos que la representan ante el resto de la sociedad) y su “sociedad civil” interna. Esta última puede incluir los socios, militantes, contribuyentes, y quienes pudieran ser considerados “beneficiarios” de la acción de la ONG. Las organizaciones se distinguen según la relación entre financiadores, miembros y beneficiarios. Se ha señalado que generalmente voluntarios y beneficiarios carecen de capacidad decisoria¹⁵¹. Un funcionamiento democrático exige ámbitos donde la interacción sea posible.

En segundo lugar, conviene analizar el financiamiento de las ONG. En el planteo de Habermas, el dinero cumple un rol como

148 Como en “Asociación Benghalensis” (2000).

149 De Piero, 2005: 235-236.

150 Luna, 1999: 11-13.

151 Bresser Pereira y Cunill Grau, 1998: 38, 49.

mecanismo coordinador de la acción social. Esa coordinación no se basa en un acuerdo racional, sino sólo en la influencia. El financiamiento establece relaciones con el proveedor de fondos, no completamente basadas en el consenso. Concentrar dinero en un grupo de ONG permitiría al financiador desarrollar una posición dominante dentro del espacio informal, reduciendo su diversidad, y con ello, la capacidad para detectar problemas del conjunto. El dinero, a diferencia de la participación de personas concretas, puede acumularse y dirigirse, sin interacciones comunicativas. Esta acumulación dirigida puede alterar la espontaneidad del espacio informal. En otras palabras, puede domesticar su “anarquía”. En Argentina, se ha desarrollado la estrategia del *fund raising* (recaudación de fondos) iniciada en Estados Unidos, y se ha dado intervención a organismos multilaterales de crédito. El BID ha fomentado organizaciones en temas específicos, y el Banco Mundial ha propiciado la participación de ONG en sus proyectos. El mismo BM estableció el Programa de Pequeñas Donaciones para Argentina, Chile y Uruguay, a partir del “Fondo de Fortalecimiento del Capital Social”, iniciado en 1998. Sin embargo, el financiamiento principal de las organizaciones de base proviene del Estado¹⁵², en dinero e incluso en especies. Se han cuestionado las asimétricas vinculaciones financieras de ONG locales con otras mayores, de carácter transnacional¹⁵³.

En síntesis, la esfera informal presenta la mayor riqueza de perspectivas. Además, constituye el origen de las distintas propuestas que llegan a la esfera informal. Se abren en ella muchas alternativas para la protección de derechos sociales. Sin embargo, debe revisarse con precaución su funcionamiento, para detectar las instancias no deliberativas, en la que no prima el acuerdo racionalmente motivado, sino la influencia (el lenguaje manipulatorio, el dinero, la fuerza, la intimidación).

152 De Piero, 2005: 233-234.

153 Randería, 2003: 315-316; véanse también Arnové, 1982 y Roelofs, 2003. Se ha dicho también que ello fortalece la importancia del sistema político norteamericano: muchas ONG transnacionales tienen su central en los Estados Unidos y dirigen sus gestiones hacia el Congreso de ese país; véase Darrow, 2003: 285.

A lo largo de este trabajo, hemos impulsado una hipótesis central. Partimos de un marco teórico definido: el modelo de democracia propuesto por Jürgen Habermas, donde los derechos se integran como protectores de la autonomía entendida en sentido amplio. En ese modelo, el derecho legítimo resulta de un procedimiento que refleja las condiciones para un intercambio argumentativo. La democracia deliberativa se funda en la posibilidad de alcanzar consensos sobre bases racionales. La vida democrática transcurre en dos ámbitos de la esfera pública: uno formal, integrado por los poderes públicos, y otro informal, correspondiente a las personas y los grupos de la sociedad civil. En la interacción entre ambos espacios se genera la soberanía popular que orienta el funcionamiento del Estado.

Hemos relevado las etapas y modalidades en que los derechos sociales ingresaron a nuestra Constitución. Comprobamos así la existencia de un proceso de ampliación gradual y sostenida de esos derechos, en particular en la segunda mitad del siglo XX.

Luego, para sostener nuestra postura hemos analizado, en cada capítulo, un conjunto de argumentos opuestos a ella. Durante ese proceso, aquella posición se ha enriquecido y fortalecido hasta llegar a este punto, donde podemos formularla como producto de nuestro estudio y exponerla con sus varias implicancias.

Los derechos sociales en la Constitución argentina son exigibles. Esta afirmación expresa el resultado de los sucesivos capítulos que acabamos de exponer. Con ella adoptamos la postura contraria a la de un amplio conjunto de la doctrina argentina, que

en las últimas décadas ha desarrollado un arco argumentativo que sostiene la inexigibilidad, reduce el alcance, disminuye la jerarquía y justifica el incumplimiento de los derechos sociales constitucionales.

Sometimos a crítica ese entramado de razones, reforzado con las elaboraciones de autores extranjeros. Hemos analizado la coherencia interna de aquellas posturas contrarias a la nuestra, y también su capacidad para impugnar nuestro propio marco teórico en que se inscribe la afirmación sobre la exigibilidad de los derechos sociales.

A lo largo de ese análisis, hemos detectado contradicciones al interior mismo de aquellas posiciones. También hemos confirmado que el marco conceptual que elegimos ofrece una mejor comprensión de los derechos sociales y de su papel en una sociedad democrática.

Sin embargo, el estudio de este plexo doctrinario ha permitido también enriquecer y mejorar nuestra hipótesis inicial, matizando algunas de sus derivaciones y agregando nuevas.

En este último capítulo, ofrecemos la síntesis de los argumentos que, a nuestro juicio, sostienen aquella hipótesis reformulada ahora como conclusión central del trabajo. También exponemos las distintas implicancias que se integran en ella y le dan contenido. Entre paréntesis indicamos las secciones o apartados que tratan centralmente el material de estas conclusiones.

Afirmar que los derechos sociales en la Constitución argentina son **exigibles** significa también que son **iguales en valor y jerarquía a los demás derechos constitucionales**, incluyendo los civiles y políticos, y **oponibles contra el Estado y contra los particulares**. Se trata, asimismo, de derechos **universales, eficaces y determinables**. Como derechos **garantizados**, son **justiciables**. También son **obligatorios para todos los poderes y organismos del Estado**. Por último, estos derechos son **definidos y exigidos, en última instancia, por la sociedad, en un proceso permanente y colectivo**.

En primer lugar, entonces, nuestro estudio nos permite afirmar que los derechos sociales constitucionales son **iguales en valor y jerarquía a los demás derechos constitucionales**.

No se presentan diferencias esenciales con los derechos civiles y políticos, cuya exigibilidad casi nadie discute. Para sostener esta postura, debimos revisar los distintos criterios que se proponen como líneas divisorias entre grupos de derechos. Esa separación sirve para justificar el menor valor, la eficacia disminuida o la inexigibilidad de los derechos sociales. A través de esos argumentos, se pretende introducir una cuña en el sistema de derechos que integran, en conjunto, el núcleo del modelo de democracia deliberativa de Habermas. Ese sistema protege una autonomía pública y privada reconocida de modo igualitario a todos los sujetos.

Luego de nuestra revisión, concluimos en que ninguna de las supuestas diferencias (textual, filosófica, histórica, estructural) justifica un trato diferenciado para los derechos sociales. No se logra desmembrar el sistema protector de la autonomía: todos sus elementos tienen igual valor y merecen la misma tutela.

No tienen relevancia las diferencias textuales señaladas entre derechos sociales y los civiles y políticos (4.2). Su consagración en pactos separados no introduce distinciones jerárquicas. Por otra parte, se hallan unidos en la DUDH, también dotada de la máxima jerarquía normativa. Además, el art. 14 *bis* introduce ciertos derechos sociales en el articulado constitucional mismo. No hay barreras textuales que permitan excluir estos derechos.

El diferente origen filosófico que puedan haber tenido en sus comienzos tampoco modifica el rol que hoy cumplen en una democracia deliberativa (4.3). Por su importancia en la protección de la igual autonomía, no pueden gozar de una jerarquía menor a la de los derechos civiles y políticos.

Tampoco la historia permite separar a los derechos sociales (4.4). Las supuestas “generaciones” de derechos, como hemos visto, no tienen límites claros, ni reflejan la secuencia histórica. Por otra parte, el surgimiento gradual de los derechos no incide en la validez que hoy tiene el conjunto integrado en el texto constitucional. Todas las cláusulas de la ley suprema han sido sancionadas en un mismo acto y tienen allí su mismo origen.

Finalmente, no existen diferencias esenciales entre derechos supuestamente “positivos” y “negativos” (4.5). Tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales involucran obligaciones de hacer y de no hacer, en distintas combinaciones. Se trata de una diferencia de grado y no de esencia.

Los derechos sociales en la Constitución argentina han quedado consagrados con efecto vertical y horizontal; esto es, resultan **oponibles contra el Estado y contra particulares** (3.1.3). Hemos deducido esto de su papel protector de la autonomía de los sujetos: ella puede verse afectada por personas privadas o públicas. También lo confirman la doctrina analizada, la jurisprudencia de la Corte desde “Kot” (1958), y la garantía del amparo, incorporada en la reforma de 1994, que tutela los derechos contra actos u omisiones de autoridades públicas o de personas privadas.

Como resultado de nuestro estudio, también sostenemos que los derechos sociales de la Constitución son **universales** (5.4). Protegen a todas las personas, en cualquier condición. Rechazamos así las posiciones que, invocando la eficiencia o la equidad, apuntan a reducir su cobertura sólo a quienes tengan “necesidad” de ellos (7.5). Analizamos los distintos fundamentos de estas propuestas restrictivas y reafirmamos que las bases textuales y el sentido de estos derechos en el marco de una democracia impiden un reconocimiento limitado de su alcance en cuanto a las personas. Una protección universal, además, evita la estigmatización de quienes ejerzan sus derechos sociales.

Se trata de derechos **eficaces** (5.3): sirven de límite a la actuación de los poderes públicos, les fijan obligaciones y les restringen ciertas opciones. No se subordinan a la voluntad del legislador o de otros poderes constituidos. Tampoco dependen de la disponibilidad de recursos (8.3) ni ceden ante la primera parte de la Constitución (7.1), ni ante nociones tales como la “emergencia” (7.2), el “bien común” (7.3) o “los mercados” (7.4).

Descartamos también el reiterado argumento que justifica el incumplimiento de los derechos sociales alegando su supuesto

carácter “programático”. En primer término, nuestro estudio nos permitió cuestionar el concepto mismo de “derecho programático”, por falta de claridad en su contenido y alcance (5.1). Por una parte, no aparece un criterio definido para determinar qué derechos tienen calidad de “programáticos” y cuáles la de “operativos”. No se trata de la necesidad de reglamentación: todos los derechos –bajo nuestra Constitución– se ejercen según las condiciones fijadas por ley. No depende tampoco de su impacto presupuestario, porque numerosos derechos civiles y políticos (tales como el sufragio o la propiedad) requieren presupuesto para asegurar su ejercicio y defensa. Los supuestos desacuerdos en torno a los derechos sociales tampoco sirven para darles un tratamiento diferente: otros derechos cuya exigibilidad no suele discutirse (como el derecho a la vida o a la libre expresión) también generan hondas discrepancias. En síntesis, la calidad de “programático”, en relación con los derechos, permanece indefinida y no puede usarse como criterio para distinguir derechos que deban considerarse ineficaces.

Pero hay un punto más importante aún: también señalamos la incompatibilidad de la noción misma de derecho con la “programaticidad” entendida como sujeción a la discrecionalidad legislativa. En efecto: si –siguiendo a Dworkin– un derecho para ser tal debe tener preeminencia sobre al menos un objetivo político, los supuestos “derechos programáticos” no son derechos, porque se subordinan a cualquier objetivo político que la legislatura privilegie por encima de su reglamentación.

Más allá de los problemas que suscita la calidad de “programático”, nuestro trabajo nos permite sostener que todo derecho –incluso si es llamado programático– tiene algún grado de eficacia, como límite a los poderes o como fuente de obligaciones. Ninguno puede considerarse totalmente ineficaz, o inexistente.

Afirmamos que los derechos sociales son, además, **determinables**. Esto es, rechazamos el escepticismo interpretativo con que distintos autores intentan vaciar de contenido a estos derechos. Se

los descarta en los hechos invocando una supuesta imposibilidad de determinar su significado.

Frente a esas posiciones, señalamos que el problema aparece en toda norma expresada en lenguaje natural, y no sólo en los derechos sociales (6.1). Más allá de esa primera aclaración, ofrecemos un marco general de la interpretación, entendida como una actividad humana permanente, colectiva y no arbitraria, que exige justificaciones (6.2). Bajo esas premisas, la interpretación del derecho tiene reglas particulares, propias de la disciplina jurídica. No queda sólo en manos de los jueces: la tarea corresponde a todas las personas, dentro o fuera de las instituciones (el parlamento, los tribunales, la administración). Siguiendo las pautas del derecho como disciplina, puede encontrarse y justificarse un sentido para las cláusulas de derechos sociales en nuestra Constitución (6.7). Para ello, propusimos una serie de supuestos. En primer lugar, la interpretación debe ser sistemática; luego, debe dirigirse a hacer efectivo el derecho y no a negarlo. Por último, puede recurrir a los aportes de otras ciencias, en particular de aquellas que permiten comprender las diversas situaciones de hecho donde los derechos sociales se ponen en juego.

A partir de estos supuestos, la interpretación puede partir de lo que denominamos el “diálogo social” en torno a un derecho; es decir, el conjunto de los materiales elaborados en torno a él, dentro y fuera del derecho como ciencia. Ese conjunto puede ordenarse y procesarse según las técnicas de la disciplina. Así se da forma a una interpretación que se somete, una vez más, a la crítica pública; constituye el punto de partida de la próxima comprensión. No hay, en este modelo hermenéutico, una “última palabra”, ni un autor del entendimiento definitivo.

En el caso de los derechos sociales, la interpretación parte del modelo de democracia que les sirve de justificación y base (2.5). Debe guardar coherencia con aquel marco teórico. Además, se integran en la tarea las pautas elaboradas por los organismos internacionales que controlan el cumplimiento del PDESC, pero manteniendo la congruencia con el resto de la Constitución. Los principios de

razonabilidad y progresividad proveen criterios especialmente útiles en la hermenéutica de los derechos sociales. En cambio, consideramos innecesario el empleo del concepto de “núcleo mínimo”, ya que genera el riesgo de interpretaciones restrictivas.

Los derechos sociales en nuestra Constitución se hallan también **garantizados**, esto es, dotados de tutelas que permiten hacerlos valer o reclamarlos frente a violaciones por parte de las autoridades o de particulares (en virtud de su doble efecto horizontal y vertical, como ya se indicó). Así, nos apartamos de la postura que intenta volverlos inocuos. Estas garantías incluyen las de carácter judicial: se trata de derechos **justiciables** (9.1).

Nuestro trabajo se opone a quienes argumentan la imposibilidad o la inconveniencia de la intervención de la judicatura en materia de derechos sociales. Hemos justificado la legitimidad de la magistratura para ejercer ciertas atribuciones, en coincidencia con la postura de Habermas, que toma a la exigibilidad judicial de derechos como un elemento crucial de su modelo de democracia deliberativa.

En primer lugar, esta tutela corresponde en virtud de la igual jerarquía y el igual valor de los derechos sociales. Son acreedores a la misma protección brindada a los derechos civiles y políticos. Las garantías judiciales argentinas se extienden a todos los derechos.

Ofrecimos además argumentos para sostener la intervención de la magistratura en esta materia. La primera razón se halla en la independencia institucional del poder judicial, lo que le permite revisar la actuación de los otros poderes. La segunda se basa en su capacidad para analizar casos y situaciones singulares, difíciles de evaluar en el marco de la legislatura o de la administración. Pero además, la judicatura ofrece, por su formación técnica, una contribución específica a la deliberación democrática sobre los derechos (y también al diálogo social en torno a ellos). Aporta una interpretación efectuada según las pautas de una disciplina particular: el derecho. Este cumple un rol central en el desarrollo de la democracia deliberativa. Brinda el marco para la consecución de acuerdos en

sociedades complejas. Esta contribución elaborada desde el derecho como disciplina resulta irremplazable. Agrega un punto de vista genuinamente diverso. Difiere de la argumentación sostenida en la legislatura, la administración y la sociedad civil en general. A la vez, tiene una relevancia innegable en el debate sobre los derechos.

Con estos argumentos presentes, nuestro trabajo se adentró en dos importantes impugnaciones contra la actuación judicial. La objeción “técnica” (9.2) alerta sobre la falta de formación de la magistratura en innumerables cuestiones de hecho suscitadas en la discusión sobre derechos (sociales o de otra índole). Luego, la objeción “democrática” (9.3), igualmente importante, denuncia la falta de legitimidad democrática de los jueces para resolver sobre los derechos, en particular si lo hacen contra decisiones adoptadas por los órganos mayoritarios y representativos (como el Congreso).

La Constitución argentina confía a la judicatura la declaración de inconstitucionalidad; pero es necesario revisar la justiciabilidad de los derechos sociales a la luz de estas objeciones. Así lo hicimos y luego de analizarlas, recabamos aportes constructivos, que permiten mejorar la intervención judicial para proteger derechos (sociales, en este caso).

Comprendimos así que la objeción “técnica” aconseja que quienes integran el poder judicial no resuelvan aisladamente cuestiones difíciles. Deben realizar una apertura; no sólo hacia los argumentos de las partes, sino también hacia las intervenciones de quienes puedan aportar –principalmente desde las ciencias– las informaciones y datos que permitan una toma de decisiones mejor fundada.

A partir de la objeción “democrática” reconocimos la necesidad de que la decisión no se base en el monólogo del magistrado. Por el contrario: aunque debe atenerse a las pautas de su propia disciplina, la judicatura necesita escuchar a las partes y a quienes puedan resultar afectados por las decisiones, dando cuenta de las razones que se confrontan en torno a una cuestión donde existan desacuerdos genuinos y argumentables.

Ambas objeciones, además, refuerzan la noción de que la magistratura no puede tener la “última palabra”; para ello nos basamos en el modelo de interpretación que propusimos.

También nos obligó a reconocer al poder judicial una gama amplia de facultades (9.4), que le permita actuar gradualmente si es necesario, siempre con el objetivo de dar efectiva vigencia al derecho en discusión.

Proponemos en este trabajo un continuo de atribuciones, desde una mayor a una menor incidencia inmediata sobre la omisión o el acto debatidos. En un lado ubicamos a la declaración de inconstitucionalidad y a las órdenes de hacer o no hacer, dirigidas a los poderes públicos o a particulares. Estas facultades implican un ejercicio fuerte de la autoridad judicial, y eso activa las objeciones “técnica” y “democrática”.

Para dar cuenta de esas objeciones, abrimos la gama de facultades hacia otras modalidades de actuación. En ellas, el poder judicial no resuelve por sí aquellas cuestiones donde existen dificultades auténticas para la reversión de la violación de derechos sociales, o donde se presentan desacuerdos genuinos y razonables en torno a su sentido y alcance. En ambos casos, se propone fomentar o profundizar la deliberación para lograr una resolución mejor fundada y más democrática frente al problema llevado ante la administración de justicia.

La apertura a la deliberación y el reenvío ofrecen las principales vías de actuación en tales casos. En la primera, el tribunal convoca a las partes y a quienes puedan aportar información y posturas pertinentes a la cuestión en debate. En general, se emplea la vía de la audiencia pública. También pueden requerirse a los participantes aportes específicos (tales como presentar un plan de acción, o entregar datos desconocidos). De esta forma, el tribunal atenúa los problemas señalados por la objeción “técnica”, ya que reúne el conocimiento necesario para una decisión aceptable y efectiva. También compensa su menor legitimidad democrática, al dar lugar a la

expresión y argumentos de los posibles afectados por una eventual resolución.

En el mecanismo del reenvío, la judicatura plantea la cuestión ante otro de los poderes, por considerar que éste cuenta con los elementos técnicos o con la legitimidad democrática suficiente para resolverlo de modo más efectivo. El tribunal puede fijar también ciertas pautas, algún plazo, o alguna forma de seguimiento para la actuación de la otra rama del gobierno. En general, el poder judicial no se compromete a aceptar cualquier solución adoptada: podría existir alguna nueva violación del derecho constitucional en juego. El reenvío, de todas formas, debilita las objeciones “técnica” y “democrática”, ya que permite encontrar una solución en organismos dotados de más recursos cognitivos y de una mayor representatividad.

En síntesis, nuestro trabajo propone estas modalidades (que no son las únicas posibles) como vías para superar las objeciones usuales a la intervención judicial, en casos donde existan dificultades auténticas y desacuerdos genuinos que no puedan resolverse en el marco habitual de actuación del tribunal.

Nuestro análisis también nos lleva a sostener que los derechos sociales son **obligatorios para todos los poderes y organismos del Estado** (9.5). No sólo el Poder Judicial tiene responsabilidades en la materia. El Ejecutivo y el Legislativo, como así también el Defensor del Pueblo, deben igualmente llevar adelante, en todo el arco de sus competencias, la vigencia efectiva de estos derechos. En el modelo de la democracia deliberativa, toda la esfera pública institucional (no sólo la judicatura) se halla regida por el sistema de derechos. En nuestro trabajo describimos las diferentes atribuciones constitucionales a disposición de estos poderes para cumplir su responsabilidad de contribuir al goce más amplio de los derechos sociales.

Finalmente, a partir de nuestro modelo de democracia deliberativa y del marco teórico adoptado sobre interpretación, nuestro análisis nos permite afirmar que los derechos sociales son **definidos y exigidos, en última instancia, siempre por la sociedad civil en**

un proceso permanente y colectivo (9.6). La esfera pública informal brinda el impulso para poner en marcha los sucesivos procesos de interpretación y de reclamo, que luego encuentran su vía hacia la esfera institucional. No hay posibilidad de una “última palabra”; pero si la hubiera, se hallaría en la sociedad civil. Nuestro trabajo destaca el concepto de “garantías no institucionales” como tutelas de los derechos sociales llevadas adelante por los titulares mismos de estos derechos. A la vez, advertimos sobre el peso de factores no deliberativos ni racionales en el marco de la esfera informal. El dinero, la fuerza, la manipulación, entre otros elementos presentes en ese ámbito, aconsejan un acercamiento crítico tanto a las dinámicas de la sociedad civil como a sus pronunciamientos. En particular, subrayamos el caso de las ONG como una instancia que merece análisis detallados, por su creciente importancia en el reclamo y el activismo en torno a los derechos sociales.

Hasta aquí una síntesis de los aportes de este trabajo. Sin perjuicio de que cada una de sus conclusiones pueda profundizarse, aquí señalamos algunas líneas que consideramos pertinentes para futuras investigaciones.

Un primer renglón abarca cuestiones interpretativas. Resulta de interés la sistematización del “diálogo social” en torno a cada derecho social, ordenando e interpretando los materiales según las pautas de la ciencia jurídica y valorando las contribuciones de otras disciplinas. De esta forma, puede avanzarse en la hermenéutica de cada derecho particular.

Reviste igual importancia el estudio de los conceptos de razonabilidad y progresividad en su aplicación concreta para interpretar los derechos sociales de nuestra Constitución.

Una segunda línea se centra en la esfera pública institucional. Aquí resulta de importancia profundizar el modelo deliberativo en los diversos aspectos que hemos analizado en este trabajo. Corresponde avanzar en la búsqueda y creación de nuevas modalidades de actuación judicial efectiva en materia de derechos sociales, considerando los aportes de las objeciones “técnica” y “democrática”.

Partiendo de las facultades y obligaciones fijadas en la Constitución vigente, se necesitan vías diferentes y más eficaces para la tutela judicial de los derechos violentados por acción u omisión de autoridades y particulares. Entre otros puntos, debe estudiarse una nueva regulación del amparo, con pautas específicas para tratar derechos de incidencia colectiva, en particular los sociales.

En el mismo ámbito, puede analizarse la creación de una institución técnica que brinde al Poder Judicial la información para resolver cuestiones suscitadas en torno a derechos sociales.

Se necesita, además, un estudio profundo sobre las actividades que los otros poderes del Estado deben llevar adelante para dar contenido y vigencia a estos derechos. Las tareas de la Administración, del Congreso y del Defensor del Pueblo merecen un desarrollo más detallado. En particular, pueden considerarse mecanismos presupuestarios que correlacionen el gasto social con otras erogaciones, que garanticen la movilidad jubilatoria, o que fijen partidas mínimas obligatorias para la puesta en vigor del derecho a la vivienda, a la salud o a la educación. La sanción del Código del Trabajo y la Seguridad Social, por otra parte, se mantiene como una deuda del Congreso desde 1957.

En el cumplimiento de esas actividades, también puede estudiarse la posibilidad de insertar instancias deliberativas adicionales a fin de dotar de mayor legitimidad democrática a la toma de decisiones (especialmente, en el ámbito del Poder Ejecutivo y del Defensor del Pueblo).

Hacia el futuro, tendrá relevancia una exploración precisa de la instancia de peticiones individuales ante el Comité DESC, creada a través del Protocolo Opcional al PDESC y que aún no ha entrado en vigencia.

Debe analizarse, además, la relación entre los programas de ajuste estructural impulsados por las IFI y los derechos sociales. Las posibles contradicciones que se detecten pueden fijar pautas y límites concretos para la negociación de créditos con aquellas institucio-

nes, tal como el Comité DESC señaló en sus Observaciones Finales sobre nuestro país en 1999.

Una tercera línea de investigación puede centrarse en la esfera pública informal. En primer término, las garantías no institucionales deben estudiarse y expandirse, para dar mayor protagonismo a la sociedad en la defensa de sus derechos.

En segundo lugar, resulta de interés un análisis de la situación y actividades de las ONG y otros actores importantes en la puesta en marcha de aquellas garantías en el espacio público informal. Su posible regulación y sus tareas concretas merecen una investigación adecuada.

Por último, consideramos esencial la creación de múltiples modalidades e instancias de educación en derechos sociales. Difundir y debatir estos derechos puede contribuir a su defensa y a su vigencia efectiva. Se requiere, entonces, definir las maneras más eficaces para lograr la apropiación de estos derechos por parte de quienes son sus titulares.

Sintetizamos en estos párrafos los aportes de nuestro trabajo y las líneas de investigación abiertas hacia adelante. Nuestro objetivo fue contribuir a fundar la exigibilidad de derechos sociales. Sumamos nuestro esfuerzo al ciclo de debate, interpretación y exigencia que la sociedad civil ha puesto en marcha en los últimos años. Bajo ese marco, la pobreza, la explotación, la ignorancia, la miseria, la intemperie y la enfermedad violan derechos de la máxima jerarquía. La Constitución nos ofrece una guía para nuestra acción colectiva.

Estas páginas quieren contribuir a la corriente poderosa de la igualdad real, la que garantiza las libertades. La historia argentina puede contarse como la sucesión de luchas por extender derechos: el voto libre y secreto de hombres y mujeres, la organización obrera, el juzgamiento del terrorismo de Estado, el matrimonio sin discriminaciones. Cada conquista contagia, multiplica las energías para la próxima. No importa cuánto tiempo lleve reinando un privilegio; está condenado a caer.

Los derechos sociales dan la base material para la autonomía de cada persona. La lucha organizada para exigirlos corta más ataduras, libera más fuerzas de igualdad. Empuja nuevas puertas: las de la nutrición, la educación, la salud y la vivienda. Otras viejas injusticias, que nos oprimen desde hace décadas, también pueden quedar atrás. Son nuevos pasos hacia la igualdad real, la igualdad desatada.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

BO: *Boletín Oficial* de la Nación.

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

CDN: Convención de los Derechos del Niño.

CEDM: Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Comité DESC: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CN: Constitución Nacional.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

DCP: Derechos civiles y políticos.

DESC: Derechos económicos, sociales y culturales.

DADDH: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

IFI: Instituciones financieras internacionales.

NU: Naciones Unidas.

OG: Observación/ones General/es del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ONG: Organización/ones no gubernamental/es.

PBI: Producto Bruto Interno.

PDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PDP: Partido Demócrata Progresista.

PP: Partido Peronista.

PS: Partido Socialista.

UCR: Unión Cívica Radical.

UCRI: Unión Cívica Radical Intransigente.

UCRP: Unión Cívica Radical del Pueblo.

Referencia a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el texto, las sentencias de la Corte se indican con un nombre y el año en que fueron dictadas. Ejemplo: “**Siri**” (1957). Al final del trabajo, por orden alfabético, se consignan los datos completos y la publicación en la colección *Fallos*.

Lenguaje y género

Hasta el máximo posible, hemos intentado no utilizar un lenguaje que pueda ocultar las diferencias de género. Por ello, hemos preferido –por ejemplo– hablar de “la judicatura”, en lugar de “los jueces”. Donde por razones de estilo o por un error involuntario se mantenga el uso del masculino hipotético o genérico (“el ciudadano”, “los diputados”), debe entenderse que ello abarca a mujeres y hombres que se hallen en la misma situación.

ABA, 2004:

ABA (Asociación de Bancos Argentinos), *Informe ABA*, Núm. 2, noviembre 2004. Disponible en:
http://www.aba-argentina.com/informes/informes_aba/pdf/Informe_ABA_No_2_Noviembre_2004.pdf

Abouharb y Cingranelli, 2007:

M. Rodwan Abouharb y David Cingranelli, *Human rights and structural adjustment*, Cambridge University Press, Cambridge (GB), 2007.

Abramovich y Courtis, 2002:

Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

Abramovich y Pautassi, 2009:

Víctor Abramovich y Laura Pautassi, “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp. 279-340.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1957:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Anales – Año 1957*, Córdoba, 1957.

ADC, 2005:

ADC (Asociación por los Derechos Civiles), *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.

Alberdi, 1852:

Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (edición con prólogo y notas de Raúl García Orza), Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1979.

Alice, 2000:

Beatriz L. Alice, “Acrecimiento de derechos y garantías y creación de órganos de control en la reforma constitucional de 1994”, en Miguel Ángel Ekmekdjian y Raúl Gustavo Ferreyra (coord.), *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 35-56.

Álvarez, 2005:

Magdalena I. Álvarez, “Derecho a la vida y disposición de su propia ‘vida’: el caso ‘Bahamondez’”, en Andrés Rossetti y Magdalena I. Álvarez (comp.), *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 99-123.

Antoni, 1950:

Norberto Antoni, “Los derechos sociales en la Constitución Nacional argentina de 1949”, en Adolfo Valle, *Subordinación y contrato de trabajo*, s. e., Buenos Aires, 1950, pp. 24-51.

Aragón, 1995:

Manuel Aragón, *Constitución y control del poder*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

Arballo, 2003:

Gustavo Arballo, “La angustia de la influencia. El derecho constitucional de los Estados Unidos y su selectiva recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, *JA*, 2003-IV-1158.

Arce Carrascoso, 1999:

José Luis Arce Carrascoso, *Teoría del conocimiento. Sujeto, lenguaje, mundo*, Síntesis, Madrid, 1999.

Arnove, 1982:

Robert F. Arnove (ed.), *Philanthropy and Cultural Imperialism. The Foundations at Home and Abroad*, Indiana University Press, Bloomington, 1982.

Atienza, 2001:

Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

Atria, 2004:

Fernando Atria, “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones*, Año IV, Número 4, 2004, pp. 15-59. Disponible en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>

Atria, 2004b:

“Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, *Discusiones*, Año IV, Número 4, 2004, pp. 145-176.

Disponible en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>

- Augustine-Adams, 2002:
Kif Augustine-Adams, “‘She consents implicitly’: Women’s Citizenship, Marriage, and Liberal Political Theory in Late-Nineteenth- and Early-Twentieth-Century Argentina”, *Journal of Women’s History*, vol. 13, núm. 4, invierno 2002, pp. 8-30.
- Badeni, 1997:
Gregorio Badeni, *Instituciones de derecho constitucional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.
- Baker, 2002:
C. Edwin Baker, *Media, markets and democracy*, Cambridge University Press, Cambridge (GB), 2002.
- Banco Mundial, 1994:
Banco Mundial, *World Development Report 1994: Infrastructure for Development*, Washington (D.C.), Banco Mundial, 1994.
- Bembi y Nemiña, 2007:
Mariela Bembi y Pablo Nemiña, *Neoliberalismo y desendeudamiento. La relación Argentina-FMI*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2007.
- Benkler, 2001:
Yochai Benkler, “Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law”, *New York University Law Review*, vol. 76, abril 2001, pp. 23-113.
- Bergallo, 2006:
Paola Bergallo, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en Roberto Saba (comp.), *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 161-185.
- Bernal Pulido, 2004:
Carlos Bernal Pulido, “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”, *Discusiones*, Año IV, Número 4, 2004, pp. 99-144.
Disponible en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>
- Bessone, 1950:
Rièffolo Bessone, *Los derechos sociales de la mujer (Cartas a mi amigo Bover)*, El Ateneo, Buenos Aires, 1950.
- Biagini *et al*, 2005:

- Graciela Biagini *et al.*, “Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a la obligación del Estado Nacional de suministrar tratamiento antirretroviral a las PVVS”, *JA*, 2005-IV-1033.
- Bidart Campos, 1971:
- Germán J. Bidart Campos, “Dictamen sobre la improcedencia actual de la reforma constitucional”, en Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional, *Dictámenes y antecedentes*, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 1971, pp. 49-57.
- Bidart Campos, 1971b:
- Germán J. Bidart Campos, “Respuesta del Dr. Germán J. Bidart Campos al cuestionario propuesto por la Comisión Coordinadora”, en Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional, *Dictámenes y antecedentes*, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 1971, pp. 275-280.
- Bidart Campos, 1991:
- Germán Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- Bidart Campos, 1996:
- Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1996 (1ª reimpresión, 1998).
- Bidart Campos, 1999:
- Germán J. Bidart Campos, *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999.
- Bidegain, 1994:
- Carlos María Bidegain, *Curso de derecho constitucional*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Bourdieu, 1998:
- Pierre Bourdieu, “El mito de la ‘mundialización’ y el Estado social europeo”, en *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal* (1ª ed. en francés, 1998), trad. Joaquín Jordá, Anagrama, Barcelona, 1999, pp. 43-63.
- Bresser Pereira y Cunill Grau, 1998:
- Luiz Carlos Bresser Pereira y Nuria Cunill Grau, “Entre *el* Estado y *el* mercado: lo público no estatal”, en Luiz Carlos Bresser Pereira y Nuria Cunill Grau (eds.), *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Paidós, Buenos Aires, 1998, pp. 25-56.
- Brest *et al.*, 2000:

Paul Brest, Sanford Levinson, Jack M. Balkin y Akhil Reed Amar, *Processes of constitutional decisionmaking. Cases and materials*, 4ª ed., Aspen, New York, 2000.

Brest *et al.*, 2003:

Paul Brest, Sanford Levinson, Jack M. Balkin y Akhil Reed Amar, *Processes of constitutional decisionmaking. 2003 Supplement*, Aspen, Nueva York, 2003.

Britos, 2008:

Nora Britos, *Garantías no institucionales y exigencia de derechos sociales*, ponencia en las Jornadas “Los derechos sociales y los nuevos desafíos para el derecho del siglo XXI”, organizadas por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 17 al 19 de noviembre de 2008, Córdoba. Inédito (por cortesía de la autora).

Carnota, 2008:

Walter F. Carnota, “El artículo 14 *bis* a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Homenaje y balance”, *LL*, 2008-A, 810.

Cayuso, 2006:

Susana G. Cayuso, *Constitución de la Nación Argentina: claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

CELS, 2008:

CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2008*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

Charvin, 1998:

Robert Charvin, “René Cassin et la Déclaration Universelle de Droits de l’Homme”, *Revue Belge de Droit International*, vol. XXXI, 1998-2, Éditions Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 321-337.

Chemerinsky, 1997:

Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and policies*, Aspen, Nueva York, 1997.

Chong y Rama, 2001:

Alberto Chong y Martín Rama, “Do separation packages need to be that generous? Simulations for government employees in Guinea-Bissau”, en Shantayan Devarajan, F. Halsey Rogers y Lyn Squire (eds.), *World Bank Economists’ Forum – Volume 1*, The World Bank, Washington (D.C.), 2001, pp. 169-194.

CIDH, 2007:

CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA, Washington (D.C.), 2007. Disponible en:

<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

CIDH, 2008:

CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA, Washington (D.C.), 2008. Disponible en:

<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Lineamientos%20final.pdf>

Clementi, 1974:

Hebe Clementi, *La abolición de la esclavitud en América Latina*, La Pléyade, Buenos Aires, 1974.

Comisión Asesora, 1971:

Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional, *Dictámenes y antecedentes*, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 1971.

Conklin y Davidson, 1986:

Margaret Conklin y Daphne Davidson, “The I.M.F. and economic and social human rights: a case study of Argentina, 1958-1985”, *Human Rights Quarterly*, vol. 8, núm. 2, mayo 1986, pp. 227-269.

Cooke, 1948:

John William Cooke, “La Constitución debe ajustarse a la realidad del país. Discurso pronunciado en la Cámara de Diputados de la Nación”, en revista *Hechos e Ideas*, año IX, núm. 53, Buenos Aires, agosto 1948, pp. 168- 177.

Corbalán, 2002:

María Alejandra Corbalán, *El Banco Mundial. Intervención y disciplinamiento. El caso argentino: enseñanzas para América Latina*, Biblos, Buenos Aires, 2002.

Cotterrell, 2004:

Roger Cotterrell, “Law in Culture”, *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 1, marzo 2004, pp. 1-14

Courtis, 2006:

Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Christian Courtis (compilador), *Ni*

un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 3-52.

Craven, 1995:

Matthew C. R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford (GB), 1995.

Cross, 2001:

Frank B. Cross, "The error of positive rights", *University of California - Los Angeles Law Review*, vol. 48, 2001, pp. 857-924.

Cruz Parceró, 2004:

Juan Antonio Cruz Parceró, "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)", *Discusiones*, Año IV, Número 4, 2004, pp. 71-98. Disponible en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>

Dalla Vía, 2004:

Alberto R. Dalla Vía, *Manual de Derecho Constitucional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

Dalla Vía, 2006:

Alberto R. Dalla Vía, *Derecho constitucional económico*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

Damaška, 1990:

Mirjan R. Damaška, "Reflections on American constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, pp. 421-443.

Darrow, 2003:

Mac Darrow, *Between Light and Shadow: The World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*, Hart Publishing, Portland, 2003.

Daseking *et al.*, 2004:

Christina Daseking, Atish Ghosh, Timothy Lane y Alun Thomas, *Lessons from the crisis in Argentina*, serie Occasional Papers número 236, Fondo Monetario Internacional, Washington (D. C.), 2004.

Davis, 1992:

Dennis M. Davis, "The case against the inclusion of socio-economic demands in a bill of rights except as directive principles", *South African Journal on Human Rights*, vol. 8, 1992, pp. 475-490.

De Piero, 2005:

- Sergio de Piero, *Organizaciones de la sociedad civil. Tensiones de una agenda en construcción*, Paidós, Buenos Aires, 2005.
- De Wet, 1996:
Erika De Wet, *The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights. The meaning of the German Constitutional Model for South Africa*, Butterworths, Durban, 1996.
- Diario de Sesiones – Convención 1949:*
Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1949*, tomo I, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1949.
- Diario de Sesiones – Convención 1957:*
Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957*, tomos I y II, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958.
- Diez de Velasco, 2005:
Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- Dromi y Menem, 1994:
Roberto Dromi y Eduardo Menem, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- Dworkin, 1977:
Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (1^a ed. en inglés, 1977), trad. al castellano por Marta Guastavino, Planeta–Agostini, Buenos Aires, 1993.
- Ekmekdjian, 1994: II
Miguel Ángel Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Ekmekdjian, 2000: I
Miguel Ángel Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional*, 2^a ed., tomo I, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Fabre, 2000:
Cécile Fabre, *Social rights under the constitution. Government and the decent life*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Farber, 2002:
Daniel A. Farber, “Rights as signals”, *The Journal of Legal Studies*, vol. XXXI, Enero 2002, p. 83-98.
- Fayt, 2008:
Carlos S. Fayt, “Los derechos sociales en la Constitución Nacional”, *LL*, 2008-A, 779.

Ferrajoli, 2001:

Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, ponencia presentada en el seminario “Cambio de paradigma en filosofía” de la Fundación Juan March, Madrid, 2001; publicada en Miguel Carbonell (editor), *Neconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-30; trad. por Pilar Allegue.

Ferrater Mora, 1994:

José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 1994; voz “Hermenéutica”, pp. 1622-1627.

Ferrater Mora, 1994b:

José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 1994; voz “Gadamer”, pp. 1422-1424.

Ferreya, 2000:

Raúl Gustavo Ferreyra, “El régimen del amparo y la defensa del derecho de la Constitución”, en Miguel Ángel Ekmekdjian y Raúl Gustavo Ferreyra (coord.), *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 139-225.

Fitzpatrick y Slye, 2003:

Joan Fitzpatrick y Ron C. Slye, “Republic of South Africa v. Grootboom. Case No. CCT 11/00. 2000 (11) BCLR 1169. Constitutional Court of South Africa, October 4, 2000. Minister of Health v. Treatment Action Campaign. Case No. CCT 8/02 Constitutional Court of South Africa, July 5, 2002”, *American Journal of International Law*, núm. 97, julio 2003, pp. 669-680.

Flores, 2006:

Oscar Flores, “Libertad de prensa y derechos personalísimos: criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 305-335.

FMI, 1986:

Fondo Monetario Internacional, *Fund supported programs, fiscal policy, and income distribution. A study by the Fiscal Affairs Department of the International Monetary Fund*, serie Occasional Papers número 46, Fondo Monetario Internacional, Washington (D.C.), septiembre 1986.

Fraser, 1997:

Nancy Fraser, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época ‘postsocialista’”, en *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo del Hombre Editores - Universidad de Los Andes, Bogotá.

Fresnillo, 2006:

Iolanda Fresnillo, “Deuda ilegítima como vulneración de los derechos humanos”, en Gerardo Pisarello y Vanesa Valiño (coords.), *Herramientas para la defensa de los DESC*, Observatori DESC, Barcelona, 2006, pp. 219-238.

Gadamer, 1966:

Hans-Georg Gadamer, “La universalidad del problema hermenéutico” (1ª ed. en alemán, 1966), en *Verdad y Método II*, 2ª ed., Sígueme, Salamanca, 1994.

Gadamer, 1967:

Hans-Georg Gadamer, “Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a *Verdad y Método I*” (1ª ed. en alemán, 1967), en *Verdad y Método II*, 2ª ed., Sígueme, Salamanca, 1994.

Gadamer, 1971:

Hans-Georg Gadamer, “Réplica a *Hermenéutica y crítica de la ideología*” (1ª ed. en alemán, 1971), en *Verdad y Método II*, 2ª ed., Sígueme, Salamanca, 1994.

García Belsunce, 1984:

Horacio A. García Belsunce, *Garantías constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

Gardbaum, 2003:

Stephen Gardbaum, “The horizontal effect of constitutional rights”, *Michigan Law Review*, vol. 102, diciembre 2003, pp. 387-459.

Gargarella, 1996:

Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

Gargarella, 2004:

Roberto Gargarella, “Derecho y disociación. Un comentario a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”, *Discusiones*, Año IV, Número 4, 2004, pp. 61-70.

Gargarella, 2004b:

Roberto Gargarella, *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

Gargarella, 2005:

Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: el primer derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

Gargarella, 2006:

Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.

Gargarella, 2007:

Roberto Gargarella, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis Argentina, Buenos Aires, 2007, pp. 121-144.

Gargarella, 2008:

Roberto Gargarella, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en Roberto Gargarella (comp.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 233-247.

Gargarella, 2008b:

Roberto Gargarella, “Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 965-998.

Gargarella, 2008c:

Roberto Gargarella, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 123-148.

Gargarella, 2008d:

Roberto Gargarella, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 149-172.

Gargarella, 2008e:

Roberto Gargarella, “El contenido igualitario del constitucionalismo”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 7-22.

Gargarella, 2008f:

Roberto Gargarella, “Constitucionalismo *versus* democracia”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 23-40.

Gargarella, 2011:

Roberto Gargarella, “Grafting social rights onto hostile constitutions”, *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pp. 1537-1555.

Gasquet, 2007:

Pablo Alberto Gasquet, “Retribución justa”, en Paula Sardegna *et al.*, *Artículo 14 bis Constitución Nacional*, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 71-76.

Gelli, 2005:

María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.

Gelli, 2009:

María Angélica Gelli, “El amparo educativo y el derecho de huelga”, *LL*, 2009-C, 165.

Gianviti, 2001:

François Gianviti, *Economic, Social and Cultural Human Rights and the International Monetary Fund*, trabajo presentado en la 25ª Sesión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra (Suiza), 23 de abril al 11 de mayo de 2001. Disponible en:

<http://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/gianv3.pdf>

Gil Domínguez, 2002:

Andrés Gil Domínguez, “La garantía judicial de la acción de amparo”, en Daniel Alberto Sabsay, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 521-526.

Gil Domínguez, 2009:

Andrés Gil Domínguez, *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2006:

Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, *Derecho Constitucional de Familia*, tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2006.

Gilardone, 2008:

Lucas Gilardone, “Derechos de minorías sexuales. Identidad y autonomía: el caso ‘J. C. P. – amparo’”, en Magdalena I. Álvarez y Andrés Rossetti (comp.), *Derechos de las mujeres y de las minorías sexuales. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2008, pp. 373-393.

Gold, 1965:

Joseph Gold, *The International Monetary Fund and international law. An introduction*, FMI, Washington (D. C.), 1965.

González, 2006:

Horacio González, “El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina”, en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp.193-253.

Gordillo, 1997:

Agustín Gordillo *et al.*, *Derechos Humanos*, 2ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997.

- Graham-Yooll, 1989:
Andrew Graham-Yooll, *De Perón a Videla*, Legasa, Buenos Aires, 1989.
- Grondona, 1986:
Mariano F. Grondona, *La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de derechos*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- Grosman, 2008:
Lucas Grosman, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Librería, Buenos Aires, 2008.
- Grusky, 2001:
Sarah Grusky, “Privatization tidal wave: IMF/World Bank water policies and the price paid by the poor”, *Multinational Monitor*, vol. 22, núm. 9, Washington (D.C.), septiembre 2001.
- Guiñazú y Rodríguez Fernández, 2005:
Claudio E. Guiñazú y Gustavo A. Rodríguez Fernández, “Derecho a la vida e inducción de parto del *nasciturus* anencefálico”, en Andrés Rossetti y Magdalena I. Álvarez (comp.), *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 193-332.
- Gupta *et al.*, 2000:
Sanjeev Gupta, Louis Dicks-Mireaux, Ritha Khemani, Calvin McDonald y Marijn Verhoeven, *Social issues in IMF-supported programs*, serie Occasional Papers, número 191, Fondo Monetario Internacional, Washington (D.C.), 2000.
- Habermas, 1965:
Jürgen Habermas, “Conocimiento e interés” (1965), en *Ciencia y técnica como “ideología”* (1ª ed. en alemán, 1968), 2ª ed. en español, trad. Manuel Garrido, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 159-181 (reimpresión, 1994).
- Habermas, 1967:
Jürgen Habermas, “Un informe bibliográfico: la lógica de las ciencias sociales” (1967), en *La lógica de las ciencias sociales* (1ª ed. en alemán, 1982), 2ª ed. en español, trad. Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 81-205.
- Habermas, 1970:
Jürgen Habermas, “La pretensión de universalidad de la hermenéutica” (1970), en *La lógica de las ciencias sociales*, (1ª ed. en alemán, 1982), 2ª ed. en español, trad. Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 207-306.
- Habermas, 1983:

Jürgen Habermas, “Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa” (1ª ed. en alemán, 1983), en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1994, pp. 479-507.

Habermas, 1994:

Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (1ª ed. en alemán, 1994), trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

Habermas, 1999:

Jürgen Habermas, “Tres modelos normativos de democracia”, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 231-246.

Held, 1995:

David Held, *Democracy and the Global Order*, Stanford University Press, Stanford, 1995.

Heller *et al.*, 1988:

Peter S. Heller, A. Lans Bovenberg, Thanos Catsambas, Ke-Yong Chu y Parthasarathi Shome, *The implications of Fund-supported adjustment programs for poverty. Experiences in selected countries*, serie Occasional Papers, número 58, Fondo Monetario Internacional, Washington (D.C.), mayo 1988.

Holmes y Sunstein, 1999:

Stephen Holmes y Cass Sunstein, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, W. W. Norton, Nueva York, 1999.

Horsefield, 1969:

J. Keith Horsefield, *The International Monetary Fund 1945-1965. Twenty years of international monetary cooperation. Volume I: Chronicle*, International Monetary Fund, Washington (D.C.), 1969.

Hutchinson, 1999:

Tomás Hutchinson, “Responsabilidad pública ambiental”, en Jorge Mosset Iturraspe *et al.*, *Daño ambiental*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 177-436.

Inadi, 2005:

Inadi (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo), *Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación: la discriminación en la Argentina*, Inadi, Buenos Aires, 2005.

Johnson, 2001:

James Johnson, “Argumentos a favor de la deliberación. Algunas consideraciones escépticas”, en Jon Elster (comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 207-233.

Jaureguiberry, 1957:

Luis María Jaureguiberry, *El artículo nuevo (constitucionalismo social)*, Castellví, Santa Fe, 1957.

Khan y Knight, 1985:

Mohsin S. Khan y Malcolm D. Knight, *Fund-supported adjustment programs and economic growth*, Fondo Monetario Internacional, Washington (D.C.), 1985.

Kohen *et al.*, 2008:

Beatriz Kohen *et al.*, *La exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos*, CoNDeRS (Consortio Nacional de Monitoreo de los Derechos Sexuales y Reproductivos) y Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires, 2008.

Kothari, 2001:

Miloon Kothari, *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión, 25 de enero de 2001, Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, E/CN.4/2001/51.

Koven Levit, 1999:

Janet Koven Levit, "The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?", *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 37, 1999, pp. 281-351.

Lane Schepppele, 2004:

Kim Lane Schepppele, "Constitutional courts in the field of power politics: A *realpolitik* defense of social rights", *Texas Law Review*, núm. 82, 2004, pp. 1921-1961.

Lane Schepppele, 2005:

Kim Lane Schepppele, "Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic than Parliaments)", en Wojciech Sadurski, Martin Krygier y Adam Czarnota (eds.), *Rethinking the Rule of Law in Post-Communist Europe: Past Legacies, Institutional Innovations, and Constitutional Discourses*, Central European University Press, Budapest, 2005, pp. 25-60.

Lehmann, 2006:

Karin Lehmann, "In defense of the Constitutional Court: litigating socioeconomic rights and the myth of minimum core", *American University International Law Review*, vol. 22, núm. 1, 2006, pp. 163-197.

Lema Añón, 2009:

Carlos Lema Añón, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, a publicarse en *Derechos y Libertades*, Época II, núm. 22, Madrid (mimeo, por gentileza del autor).

Linares Quintana, 1946:

Segundo V. Linares Quintana, *Gobierno y administración de la República Argentina. Derecho Constitucional y Administrativo argentino y comparado*, tomo II, TEA, Buenos Aires, 1946.

Linares Quintana, 1960:

Segundo V. Linares Quintana, *La Constitución interpretada*, Depalma, Buenos Aires, 1960.

Loffredo, 1993:

Stephen Loffredo, “Poverty, democracy and constitutional law”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 141, abril 1993, pág. 1277-1389.

Lucas Garín, 2005:

Andrea Lucas Garín, “Derecho a la vida y derecho a la salud (I). El caso ‘Asociación Benghalensis’”, en Andrés Rossetti y Magdalena I. Álvarez (comp.), *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 125-158.

Luna, 1999:

Elba Luna, “Mapa institucional”, en Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Fondos privados, fines públicos. Fundaciones empresarias en el campo social en Argentina*, PNUD, Buenos Aires, 1999, pp. 11-19.

Manili, 2002:

Pablo Luis Manili, “La supremacía constitucional en relación al derecho internacional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional”, en Daniel Alberto Sabsay, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 79-87.

Martínez de Pisón, 1998:

José Martínez de Pisón, *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.

Maurino, 2008:

Gustavo Maurino, “Pobreza, Constitución y democracia,: aportes desde la autonomía personal”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 875-910.

McGee, 2003:

Rosemary McGee, "Poverty Reduction Strategy Papers: a role for civil society?", en David Potts *et al.*, *Development Planning and Poverty Reduction*, Palgrave, Hampshire (GB) y Nueva York, 2003, pp. 124-147.

Michelman, 2001:

Frank I. Michelman, "Democracy-based resistance to a constitutional right of social citizenship: a comment on Forbath", *Fordham Law Review*, vol. 69, abril 2001, pp. 1893-1899.

Michelman, 2003:

Frank I. Michelman, "The constitution, social rights and liberal political justification", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, enero 2003, pp. 13-34.

Midón, 1997:

Mario A. R. Midón, *Manual de derecho constitucional argentino*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.

Mikva y Lane, 1995:

Abner Mikva y Eric Lane, *Legislative Process*, Aspen, Nueva York, 1995.

Miller *et al.*, 1987:

Jonathan M. Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso, *Constitución y poder político*, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1987 (2ª reimpresión, 1995).

Miller, 1997:

Jonathan M. Miller, "The authority of a foreign talisman: a study of US constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine elite's leap of faith", *The American University Law Review*, núm. 46, junio de 1997, pp. 1483 y ss.

Millón, 2009:

Joaquín Millón, "Triunfos de papel. A propósito de *Viceconte*", *LL*, 2009-B, 1058.

Montoro Gil, 2007:

Gonzalo V. Montoro Gil, "Descanso y vacaciones pagados", en Paula Sardegna *et al.*, *Artículo 14 bis Constitución Nacional*, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 57-70.

Moreso y Vilajosana, 2004:

José Juan Moreso y Josep María Vilajosana, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Morgan-Foster, 2003:

Jason Morgan-Foster, "The relationship of IMF structural adjustment programs to economic, social, and cultural rights: the Argentine case revisi-

ted”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, invierno 2003, pp. 577-646.

Mureinik, 1992:

Etienne Mureinik, “Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution”, *South African Journal on Human Rights*, vol. 8, 1992, pp. 464-474.

Naím, 1999:

Moisés Naím, *Fads and Fashion in Economic Reforms: Washington Consensus or Washington Confusion?*, borrador de trabajo preparado para la Conferencia del FMI sobre Reformas de Segunda Generación, Washington (D.C.), 8 al 10 de noviembre de 1999.

Neuman, 2003:

Gerald L. Neuman, “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, *Stanford Law Review*, núm. 55, mayo 2003, pp. 1863-1900.

Nielsen y Chodos, 2004:

Guillermo Nielsen y Sergio Chodos, “El carácter de ‘acreedor privilegiado’ de los organismos multilaterales de crédito”, *LL*, 2004-A, 1053.

Nino, 1980:

Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada, Astrea Buenos Aires, 1980 (10ª reimpresión, 2000).

Nino, 1992:

Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

Norton *et al.*, 1999:

Mary Beth Norton *et al.*, *A People and a Nation. A history of the United States*, 5ª ed. (abreviada), Houghton Mifflin Company, Boston, 1999.

Pautassi, 2001:

Laura Pautassi, “Estabilización, ajuste estructural y derechos sociales. Acerca de la relación entre orientación política y cambio técnico-económico”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, pp. 139-158.

Pérez Hualde, 2000:

Alejandro Pérez Hualde, *Constitución y economía*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

Perón, 1948:

Juan Domingo Perón, “La reforma constitucional asegurará y reforzará nuestro sistema de Gobierno”, en revista *Hechos e Ideas*, año IX, núm. 53, Buenos Aires, agosto 1948, pp. 143-148.

Piccardo, 2005:

Ivana Piccardo, “Derecho a la vida y derecho a la salud (II). El caso ‘Campodónico de Beviacqua’”, en Andrés Rossetti y Magdalena I. Álvarez (comp.), *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 159-192.

Pinto, 2007:

Silvia E. Pinto, “Participación en las ganancias de las empresas con control en la producción y colaboración en la dirección”, en Paula Sardegna *et al.*, *Artículo 14 bis Constitución Nacional*, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 95-109.

Pisarello, 2003:

Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

Pizzolo, 2002:

Calogero Pizzolo, “La jerarquía constitucional y control judicial de las normas”, en Daniel Alberto Sabsay, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 153-160.

Quiroga Lavié, 2000 :

Humberto Quiroga Lavié, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 3ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 2000.

Quiroga Lavié *et al.*, 2001:

Humberto Quiroga Lavié *et al.*, *Derecho Constitucional Argentino*, tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.

Ramírez, 1998:

Luis Enrique Ramírez, “Ciudadela sitiada (un cuento de terror)”, en *Ponencias de las XXXIV Jornadas de Derecho Laboral y I Jornadas Rioplatenses de la Asociación de Abogados Laboralistas*, La Ley, Buenos Aires, 1998.

Randeria, 2003:

Shalini Randeria, “Glocalization of Law: Environmental Justice, World Bank, NGOs and the Cunning State in India”, *Current Sociology*, vol. 51 (3 / 4), mayo/julio 2003, pp. 305-328.

Rapoport *et al.*, 2000:

Mario Rapoport *et al.*, *Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2000)*, Macchi, Buenos Aires, 2000.

Reif, 2000:

Linda C. Reif, "Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection", *Harvard Human Rights Journal*, núm. 13, primavera 2000, pp. 1-69.

Ribe *et al.*, 1990:

Helena Ribe, Soniya Carvalho, Robert Liebenthal, Peter Nicholas y Elaine Zuckerman, *How adjustment programs can help the poor. The World Bank's experience*, World Bank Discussion Papers número 71, Banco Mundial, Washington (D.C.), 1990.

Rizzo Romano, 1988:

Alfredo Rizzo Romano, *Manual de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1988.

Rodríguez Lamas, 1985:

Daniel Rodríguez Lamas, *La Revolución Libertadora*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1985.

Roelofs, 2003:

Joan Roelofs, *Foundations and Public Policy: The Mask of Pluralism*, State University of New York Press, Albany, 2003.

Romero, 1948:

César Enrique Romero, *Esbozo histórico del Estado y sus direcciones contemporáneas. Constitucionalismo social*, conferencia dictada en 1948 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); publicada bajo el mismo título, Dirección General de Publicaciones (UNC), Córdoba, 1955.

Rosa, 1975:

José María Rosa, *Nos, los representantes del pueblo*, Arturo Peña Lillo Editor, Buenos Aires, 1975.

Rosenkrantz, 2003:

Carlos Rosenkrantz, "La pobreza, la ley y la Constitución", en Alfredo Bullard *et al.*, *El derecho como objeto e instrumento de transformación. SELA 2002*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 241-257.

Rossetti, 2005:

Andrés Rossetti, "Introducción", en Andrés Rossetti y Magdalena I. Álvarez (comp.), *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 13-49.

Saba, 1997:

Roberto P. Saba, “Discriminación, trato igual e inclusión”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, CELS – Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 561-577.

Saffon, 2007:

María Paula Saffon, “Can Constitutional Courts be counterhegemonic powers vis-à-vis neoliberalism? The case of the Colombian Constitutional Court”, *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, primavera-verano 2007, pp. 533-557.

Sagüés, 1991:

Néstor P. Sagüés, “Constitucionalidad de las privatizaciones”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *El derecho y los problemas contemporáneos. Libro del cincuentenario*, Córdoba, 1991, pp. 127-137.

Sagüés, 1999: I y II

Néstor P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, tomos I y II, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.

Sajo, 2002:

Andras Sajo, “Socioeconomic rights and the international economic order”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 35, otoño 2002, pp. 221-261.

Sampay, 1973:

Arturo E. Sampay, *El cambio de las estructuras económicas y la Constitución argentina*, Universidad Nacional de Córdoba - Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1973.

SAPRIN, 2004:

SAPRIN (Structural Adjustment Participatory Review International Network), *Structural Adjustment: the SAPRIN Report. The policy roots of economic crisis, poverty and inequality*, Zed Books, Londres, 2004.

Sartori, 1994:

Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados* (1ª ed. en inglés, 1994), trad. de Roberto Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, México, 1994 (4ª reimpresión, 2000).

Scott y Macklem, 1992:

Craig Scott y Patrick Macklem, “Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 141, noviembre 1992, pp. 1-148.

Segovia, 2001:

Juan Fernando Segovia, “El pensamiento político (1943-1983)”, en Academia Nacional de Historia, *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Tomo VII – 4ª parte (*La Argentina del siglo XX*), Planeta, Buenos Aires, 2001, pp. 433-471.

Sepúlveda, 2006:

Magdalena Sepúlveda, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en Christian Curtis (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 117-150.

Sola, 2006:

Juan Vicente Sola, *Manual de derecho constitucional*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

Stiglitz, 2002:

Joseph Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002.

Sunstein, 2001:

Cass R. Sunstein, “Social and Economic Rights. Lessons from South Africa”, *Constitutional Forum Constitutionnel*, vol. 11:4, 2000/2001, pp. 123-132.

Sunstein, 2004:

Cass R. Sunstein, *The second bill of rights: FDR’s unfinished revolution and why we need it more than ever*, Basic Books, Nueva York, 2004.

Swaminathan, 1998:

Rajesh Swaminathan, “Regulating Development: Structural Adjustment and the Case for National Enforcement of Economic and Social Rights”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 37, 1998, pp. 161-214.

The League of Women Voters, 1999:

The League of Women Voters, *Choosing the President. A citizen’s guide to the 2000 election*, The Lyons Press, Nueva York, 1999.

Tunc, 1971:

André Tunc, *El derecho en Estados Unidos* (1ª ed. en francés, 1971), Oikos-Tau, Barcelona, 1971.

Tushnet, 2008:

Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

Unamuno y Bortnik, 1986:

Miguel Unamuno y Rubén Bortnik, *La reforma constitucional en el siglo XX*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1986.

Vanossi, 1987:

Jorge Reinaldo A. Vanossi, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 1ª ed. de la edición de 1982 corregida y aumentada, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

Von Tigerstrom, 2001:

Barbara von Tigerstrom, “Implementing Economic, Social, and Cultural Rights”, en Isfahan Merali y Valerie Oosterveld (eds.), *Giving Meaning to Economic, Social, and Cultural Rights*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2001, pp. 139-159.

Von Wright, 1971:

Georg Henrik vonWright, *Explicación y comprensión* (1ª ed. en inglés, 1971), Alianza, Madrid, 1979.

Wiles, 2006:

Ellen Wiles, “Aspirational principles or enforceable rights? The future for socioeconomic rights in national law”, *American University International Law Review*, vol. 22, núm. 1, 2006, pp. 35-64.

Young, 2008:

Katharine G. Young, “The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content”, *Yale Journal of International Law*, vol. 33, invierno 2008, pp. 113-174.

Zarini, 1996:

Helio J. Zarini, *Constitución argentina. Comentada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

Zhidkov *et al*, 1979:

O. Zhidkov, V. Chirkin y Y. Yudin, *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el derecho* (1ª ed. en ruso, 1979), trad. Marta González, Progreso, Moscú, 1987.

Fallos citados

- “Arriola” (2009): “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa ‘Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080’”. *Fallos*, 332:1963. 25 de agosto de 2009.

- “Asociación Benghalensis” (2000): “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ Amparo ley 16.986”. *Fallos*, 323:1339. 1 de junio de 2000.
- “Asociación de Testigos de Jehová” (2005): “Asociación de Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”. *Fallos*, 328:2966. 9 de agosto de 2005.
- “Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual” (2006): “Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual c/ Inspección General de Justicia”. *Fallos*, 329:5266. 21 de noviembre de 2006.
- “Badaro I” (2006): “Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios”. *Fallos*, 329:3089. 8 de agosto de 2006.
- “Badaro II” (2007): “Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios”. *Fallos*, 330:4866. 26 de noviembre de 2007.
- “Bianchi” (2011): “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Bianchi, Oscar Alberto y otros c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”. *Fallos*, 334:198. 2 de marzo de 2011.
- “Buñes” (2010): “Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro”. *Fallos*, 333:690. 19 de mayo de 2010.
- “Bustos” (2004): “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”. *Fallos*, 327:4621. 26 de octubre de 2004.
- “Campillay” (1986): “Campillay, Julio César c/ La Razón y otros”. *Fallos*, 308:789. 15 de mayo de 1986.
- “Campodónico” (2000): “Campodónico de Beviaqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”. *Fallos*, 323:3229. 24 de octubre de 2000.
- “Chocobar” (1996): “Chocobar, Sixto C. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”. *Fallos*, 319:3241. | 27 de diciembre de 1996.
- “Cocchia” (1993): “Cocchia, Jorge Daniel c/ Nación Argentina y otro s/ acción de amparo”. *Fallos*, 316:2624. 2 de diciembre de 1993.
- “Ekmekdjian” (1992): “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”. *Fallos*, 315:1492. 7 de julio de 1992.
- “Elliff” (2009): “Elliff Alberto c/ ANSES s/ reajustes varios”. *Fallos*, 332:1914. 11 de agosto de 2009.
- “Galli” (2005): “Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561”. *Fallos*, 328:690. 5 de abril de 2005.

- “García Méndez” (2008): “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina, s/ causa N° 7537”. *Fallos*, 331:2691. 2 de diciembre de 2008.
- “Gentini” (2008): “Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad s/ part. accionariado obrero”. *Fallos*, 331:1815. 12 de agosto de 2008.
- “Guida” (2000): “Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional”. *Fallos*, 323:1566. 2 de junio de 2000.
- “Halabi” (2009): “Halabi, Ernesto c/ PEN – ley 25.873 dto. 1563/04 – s/ amparo ley 16.986”. *Fallos*, 332:111. 24 de febrero de 2009.
- “Hospital Materno Infantil” (2006): “Recurso de hecho deducido por las asociaciones profesionales del Hospital Materno Infantil (Aspromin) y del Hospital San Bernardo (Asprosber) en la causa ‘Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo’”. *Fallos*, 329:4741. 31 de octubre de 2006.
- “Inchauspe” (1944): “Inchauspe Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes”. *Fallos*, 199:483. 1 de septiembre de 1944.
- “Irizar” (1996): “Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones”. *Fallos*, 319:1934. 12 de septiembre de 1996.
- “Kiper” (2001): “Banco de la Ciudad de Buenos Aires –en autos ‘Kiper’– s/ solicita se declare estado de emergencia económica (corralito financiero)”. *Fallos*, 324:4520. 28 de diciembre de 2001.
- “Kot” (1958): “Kot, Samuel SRL s/ recurso de hábeas corpus”. *Fallos*, 241:291.5 de septiembre de 1958.
- “Madorrán” (2007): “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”. *Fallos*, 330:1989. 3 de mayo de 2007.
- “Massa” (2006): “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional -dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986”. *Fallos*, 329:5913. 27 de diciembre de 2006.
- “Mendoza” (2006): “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”. *Fallos*, 329:2316. 20 de junio de 2006.
- “Mignone” (2002): “Mignone, Emilio s/ promueve acción de amparo”. *Fallos*, 325:524. 9 de abril de 2002.
- “Milone” (2004): “Milone, Juan Antonio c/ Asociart S. A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente – ley 9688”. *Fallos*, 327:4607. 26 de octubre de 2004.

- “Montenegro” (1981): “Recurso de hecho deducido por Luciano Bernardino Montenegro en la causa Montenegro, Luciano Bernardino s/ robo”, *Fallos*, 303:1938. 10 de diciembre de 1981.
- “Morales Solá” (1996): “Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias”. *Fallos*, 319:2741. 12 de noviembre de 1996.
- “Peralta” (1990): “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional y otro (Ministerio de Economía – Banco Central)”. *Fallos*, 313:1513. 27 de diciembre de 1990.
- “Q. C.” (2012): “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. Expte. Q. 64. XLVI. 24 de abril de 2012.
- “Ramos” (2002): “Ramos, Marta R. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros”. *Fallos*, 325:396. 12 de marzo de 2002.
- “Ramos” (2010): “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido”. *Fallos*, 333:311. 6 de abril de 2010.
- “Reyes Aguilera” (2007): “Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”. *Fallos*, 330:3853. 4 de septiembre de 2007.
- “Rodríguez” (2006): “Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo”. *Fallos*, 329:553. 7 de marzo de 2006.
- “Rossi” (2009): “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo”. *Fallos*, 332:2715. 9 de diciembre de 2009.
- “San Luis” (2003): “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”. *Fallos*, 326:417. 5 de marzo de 2003.
- “Sejean” (1986): “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393”. *Fallos*, 308:2268. 27 de noviembre de 1986.
- “Siri” (1957): “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”. *Fallos*, 239:459. 27 de diciembre de 1957.
- “Smith” (2002): “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: ‘Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”. *Fallos*, 325:28. 1 de febrero de 2002.
- “Soria” (1963): “Soria de Guerrero c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. s/ Despido”. *Fallos*, 256:558. 20 de septiembre de 1963.
- “T. S.” (2001): “T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. *Fallos*, 324:5. 11 de enero de 2001.

- “Tobar” (2002): “Tobar, Leónidas c/ E.N. Mro. Defensa Contaduría General del Ejército- Ley 25.453 s/ amparo -Ley 16.986”. *Fallos*, 325:2059. 22 de agosto de 2002.
- “UNC” (1999): “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación de la Nación) formula observación a los Estatutos de la UNC –art. 34, ley 24.521–”. *Fallos*, 322: 875. 24 de mayo de 1999.
- “UNGS” (2008): “Estado Nacional - Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad de General Sarmiento s/ res. (au) N° 6/99 H.A.U. –aplicac. Ley 24.521–”. Expte. E. 129. XL. 6 de mayo de 2008.
- “UNLP” (2008): “Ministerio de Cultura y Educación – Estado Nacional s/ art. 34 Ley 24.521”. *Fallos*, 331:1123. 6 de mayo de 2008.
- “Verbitsky” (2005): “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”. *Fallos*, 328:1146. 3 de mayo de 2005.
- “Vizzoti” (2004): “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S. A. s/ despido”. *Fallos*, 327:3677. 14 de septiembre de 2004.

Constituciones

- Argentina, 1853:

<http://www.profesorgentile.com.ar/const/c-1853.html>

- Colombia, 1991:

<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>

- España, 1978:

http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/c78/cons_espa.doc

- Irlanda, 1937:

http://www.taoiseach.gov.ie/attached_files/Pdf%20files/Constitution%20%of%20Ireland.pdf

- Perú, 1979:

<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1999.htm>

- Sudáfrica, 1993 (constitución interina):

<http://www.info.gov.za/documents/constitution/93cons.htm>

- Sudáfrica, 1996:

<http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>

- Unión Soviética, 1918:

<http://www.marxists.org/history/ussr/government/constitution/1918/index.htm>

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
PRESENTACIÓN	15
AGRADECIMIENTOS	21
CAPÍTULO 1	25
Introducción	25
CAPÍTULO 2	33
La fundamentación de los derechos sociales	33
2.1) La integración social como fundamento	34
2.2) Las necesidades básicas como fundamento	36
2.3) Los derechos sociales como un instrumento para el ejercicio de los derechos civiles y políticos	37
2.4) Los derechos sociales en una democracia deliberativa	38
2.5) El modelo de democracia deliberativa	39
CAPÍTULO 3	61
La incorporación como derechos a la Constitución argentina	61
3.1) Las alternativas para la incorporación de derechos sociales	61
3.2) El proceso argentino de incorporación de derechos sociales en la Constitución	67

CAPÍTULO 4	89
La comparación con los derechos civiles y políticos	89
4.1) La falta de diferencias jurídicas entre derechos sociales y derechos civiles y políticos	89
4.2) La diferencia textual	90
4.3) La diferencia filosófica	92
4.4) La diferencia histórica	97
4.5) La diferencia de estructura	100
4.6) La diferencia en impacto social y presupuestario	110
CAPÍTULO 5	115
La eficacia de los derechos sociales	115
5.1) El supuesto carácter programático de los derechos sociales	115
5.2) Los derechos sociales eficaces	133
5.3) Los derechos sociales como límite	137
5.4) Los derechos sociales para todas las personas	138
CAPÍTULO 6	145
La interpretación de los derechos sociales	145
6.1) La interpretación no es sólo problemática en los DESC	146
6.2) La interpretación como tarea humana	148
6.3) La interpretación del derecho	151
6.4) La interpretación constitucional: dos posturas principales	154
6.5) La propuesta tradicional	156
6.6) La búsqueda de una interpretación coherente	157
6.7) La interpretación de los derechos constitucionales	161
6.8) Puntos centrales de la propuesta para la hermenéutica de derechos sociales	186
CAPÍTULO 7	189
La jerarquía de los derechos sociales	189
7.1) El vínculo con la primera parte de la Constitución	189

7.2) La pretendida superioridad de la “emergencia”	191
7.3) La supuesta preeminencia del “bien común”	194
7.4) La situación frente a los mercados, la competencia y el derecho de propiedad	196
7.5) La relación con las políticas económicas impulsadas por organismos internacionales	207
 CAPÍTULO 8	 219
La validez frente a problemas de aplicación	219
8.1) La práctica como justificación del incumplimiento	219
8.2) El supuesto efecto negativo de los derechos sociales	224
8.3) El límite de la disponibilidad de recursos	227
 CAPÍTULO 9	 233
La aplicabilidad judicial	233
9.1) La función judicial en materia de derechos sociales	233
9.2) La objeción “técnica”	248
9.3) La objeción “democrática”	254
9.4) Las alternativas de actuación judicial en derechos sociales	271
9.5) Actuación de otros órganos y poderes	293
9.6) La esfera pública informal	297
 CAPÍTULO 10	 303
Conclusiones	303
Abreviaturas empleadas	317
Lenguaje y género	318
Obras citadas	319
Fallos citados	341
Constituciones	345

Impreso en abril de 2013
Córdoba • República Argentina