

Los derechos sociales como derechos de segunda: Razones frecuentes y visiones críticas

Santiago Andrés Nasif¹

Universidad de Mendoza - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo), 715-738

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e373>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2821-7482>

I. Introducción

En este trabajo indagaré sobre los derechos económicos, sociales y culturales –a los que aludiré como derechos sociales o DESC–, puntualmente, a partir de su reducción a derechos *programáticos*². Al hacerlo tengo presentes dos eventos relevantes para la historia constitucional argentina: recientemente se han

¹ Santiago A. Nasif R. Abogado (Universidad de Mendoza). Especialista en Abogacía del Estado (Procuración del Tesoro de la Nación). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Católica Argentina). Adscripto a la cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Profesor de “Derecho Público” en el módulo virtual de formación en el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Lugar de trabajo: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Teléfono personal: 2613904006. e-mail: santiago_nasif@hotmail.com. Dirección postal: Soler 449, Guaymallén, Mendoza (Código Postal: 5519).

² Estas inquietudes formaron parte de un trabajo de investigación y posterior tesis de posgrado, en la cual examiné aspectos teóricos de los DESC y, a la vez, reuní y analicé las sentencias dictadas en la materia por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (SCJM), desde el retorno de la democracia. En esa instancia concluí que, a la hora de entender y resolver sobre derechos sociales, la SCJM ha ido mutando su criterio de *self-restraint* hacia uno *procedimentalista*, mediante el cual ha promovido la deliberación democrática de tales asuntos.

cumplido setenta años de la llamada reforma peronista (1949) y veinticinco años de la última reforma constitucional (1994)³.

Se trata de sucesos de singular relevancia, pues la primera de tales reformas incorporó una lista de derechos sociales al plexo de derechos liberales de la Constitución de 1853; y la segunda otorgó rango constitucional a instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a la vez que añadió cláusulas progresistas orientadas a la prosperidad, al desarrollo humano y a la toma de acciones positivas igualitarias dirigidas, particularmente, a grupos históricamente postergados, como las mujeres, la niñez, la ancianidad y las personas con discapacidad.

Propondré, en primer término, anotar algunas razones que suelen esgrimirse para sostener ciertas diferencias entre los derechos, que inciden hace tiempo en su justiciabilidad y efectividad. Sucede que, a partir de la reiterada aceptación de algunas categorizaciones doctrinarias de los derechos, la efectividad de los DESC ha sido resistida con base en argumentos como las limitaciones presupuestarias que impiden su puesta en práctica, la distinta naturaleza o el disímil valor de estos derechos respecto de los civiles y políticos, entre otros.

Tengo a la vista que dicha perspectiva se inscribe en un contexto de constante judicialización de políticas públicas. En ese marco, frecuentemente el Poder Judicial ha adoptado una *posición pasiva* frente a los órganos representativos, rechazando las demandas sobre derechos sociales por deferencia a las prerrogativas de diseño y gestión de las políticas sociales que aquellos ostentan (Gargarella, 2006; Pisarello, 2009).

³ En Mendoza esto adquiere mayor relevancia: si bien los países latinoamericanos fueron los primeros en el mundo en incorporar DESC en sus constituciones, la Constitución de Mendoza se adelantó a todas las cartas latinoamericanas, incluso a la mexicana de 1917. En efecto, desde 1916 contempla disposiciones relativas a los derechos laborales, el agua, la educación, las mujeres y la niñez. Si bien hoy el alcance de estas cláusulas parece modesto, su poder fue relevante y de vanguardia. Sin embargo, pese a que en los últimos años tuvo lugar en el Derecho Público Provincial argentino y en Latinoamérica un nuevo ciclo de reformas constitucionales que, junto con la ola de democratización de fines del siglo XX, expandió los compromisos sociales y les dio un nuevo impulso, Mendoza continúa con la Carta más antigua del país y sin reformas sustanciales (Benente et al, 2018: 180).

Sin embargo, desde hace algunas décadas se han desarrollado diversas críticas a esa perspectiva. En paralelo, de un tiempo a esta parte ha comenzado a desplegarse, en el “sur global”, una creciente judicialización de las políticas públicas orientadas hacia la justicia social y la efectividad de los DESC, dando lugar así a fallos emblemáticos⁴. Dado, entonces, que la judicatura continúa tomando un rol protagónico en la configuración de las democracias actuales⁵, encuentro aun mayor interés en profundizar la investigación sobre los derechos sociales.

Por ello, en segundo término, luego de reconstruir ciertos desarrollos teóricos que rodean la narrativa reduccionista de los DESC, presentaré un contraste de tales visiones con algunas críticas formuladas en las últimas décadas, que sugieren que garantizar derechos sociales permite robustecer nuestras democracias.

En tercer y último lugar, haré algunas reflexiones provisorias.

II. Los derechos sociales como derechos «de segunda»⁶

El discurso de los derechos humanos ha discurrido en diversas categorizaciones y formatos. Referirse a los derechos civiles o a los derechos sociales incluye la operación de identificarlos

⁴ Entre otros, podría aludirse a los dictados por la Corte Constitucional de Sudáfrica (“República de Sudáfrica v. Grootboom”, CCT 11/00; “Ocupantes de Olivia Road 51 contra la Ciudad de Johannesburgo”, CCT 24/07), el Tribunal Superior de Nueva Delhi (“Naz Foundation c/ Gobierno de NCT de Nueva Delhi y Otros”, WP(C) N° 7455/2001), la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-760 de 2008), la Corte Suprema de Justicia Argentina (“Verbitsky”, Fallos: 328:2246, 2005; “Mendoza, Beatriz”, Fallos: 329:3216, 2006; “Q.C.S.Y.”, Fallos: 335:452, 2012), o la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS), “Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) c./ República Federal de Nigeria y Comisión de Educación Básica Universal”, N° ECW/CCJ/APP/0808).

⁵ Muestra de ello es la generación de la nueva corriente académica llamada *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano* (von Bogdandy et al, 2014; von Bogdandy, 2015), centrada en la pretensión de efectividad de las aspiraciones sociales incumplidas en la región, cuyo actor central es la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en diálogo con los Tribunales Superiores de los países–.

⁶ La expresión corresponde a Andrés Rossetti. Ver: ROSSETTI, A. (2013). ¿Los Derechos Sociales como derechos «de segunda»? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias

atendiendo a sus destinatarios, a la vez que importa una distinción en cuanto a su objeto o contenido. En una primera aproximación, la práctica de clasificar aparece como inocua, por lo menos considerando sus fines didácticos.

Puede afirmarse que, en el plano de los derechos, la doctrina comúnmente los ha distinguido según la época en que tuvieron reconocimiento –de primera, segunda o tercera generación–; según su aplicación sea inmediata –operativos– o condicionada por el dictado de un acto estatal ulterior –programáticos–; según se consagren en cabeza de habitantes –civiles–, de la ciudadanía –políticos– o de sectores o grupos –sociales o colectivos–; según tengan reconocimiento expreso –enumerados o explícitos– o el mismo surja indubitablemente de los valores y principios considerados por el constituyente –no enumerados o implícitos–.

Me interesa aquí atender solo a las primeras dos clasificaciones mencionadas precedentemente, por cuanto han contribuido a una concepción teórica y práctica de los DESC como derechos programáticos o de inferior valor respecto de los derechos civiles y políticos: por un lado, aquella que los distingue según la época, movimiento histórico o generación en la que tuvieron origen y/o auge; por el otro, la que los diferencia según tengan aplicación inmediata o no.

II.a. Dos categorías bajo análisis: su descripción

1. Las generaciones de los derechos. La clasificación de carácter histórico, basada en la aparición o reconocimiento cronológico de los derechos humanos, distingue entre derechos de primera, segunda y tercera generación⁷. Se suele atribuir la primera exposición formal de la tesis a Karel Vasak, ex director de

con los derechos «de primera». En ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. e ORDÓÑEZ, J. (coords.) "Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional", Tirant to blanch, Valença, 309-328.

⁷ Algunos autores, sin embargo, han entendido la división en más de tres generaciones, como señala Rossetti (2013: 310).

la División de Derechos Humanos y Paz de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), al introducir el concepto de las tres generaciones de los derechos humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos dictada en Estrasburgo (1979), inspirado en los valores de la bandera francesa, libertad, igualdad y fraternidad –aunque sustituyendo esta última por *solidaridad*⁸–. En un artículo publicado en “El Correo de la Unesco”, Vasak expresó:

Los derechos que la Declaración Universal estatuye pertenecen a dos categorías: derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Pues bien, cabe preguntarse si la evolución reciente de las sociedades humanas no exige que se elabore una tercera categoría de derechos humanos que el director general de la UNESCO ha calificado de ‘derechos humanos de tercera generación’. Mientras los derechos de primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad (1977: 29).

Dos años más tarde, en la lección inaugural de la Décima Sesión de Enseñanza del Instituto Internacional de Derechos del Hombre, como escribiera Rabossi (1998: 43), Vasak “redondeó el planteo”:

Tratemos de abarcar el conjunto de la evolución de los derechos del hombre después de haber devenido, con la Revolución Francesa, una noción global (y no ya una serie de conceptos separados) y una noción de porte y valor universal (vid. la discusión de Emil Boutmy con Georg Jellinek: “Los franceses escribieron para la

⁸ González Álvarez, Roberto, “Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación”. Disponible en <https://www.tendencias21.net/derecho/attachment/113651/>.

enseñanza de la humanidad; los norteamericanos redactaron sus Declaraciones para la ventaja y comodidad de sus ciudadanos”). Se advierte que los derechos del hombre formulados globalmente y en dimensión universal al concluir el siglo XVIII, fueron casi exclusivamente derechos civiles y políticos que buscaban asegurar la libertad, permitiendo a los hombres liberarse de las restricciones y limitaciones del antiguo régimen feudal: ellos son los derechos de libertad. Por inspiración socialista y cristiana, con la revolución mejicana y, sobre todo, la revolución rusa, aparecieron los derechos del hombre formulados, también aquí, de modo global y en dimensión universal, al reconocerse los derechos económicos, sociales y culturales: se trata de los derechos de la igualdad... ¿No debería haber derechos del hombre producidos por la evidente fraternidad de los hombres y por su indispensable solidaridad, derechos que los unan en un mundo finito...? Éste es el sentido de los nuevos derechos del hombre de la tercera generación (1979: 2).

Así, suelen identificarse a los derechos *de primera generación* con aquellos que primigeniamente fueron consagrados en los ordenamientos jurídicos escritos, atravesados por el movimiento liberal que transitaba la llamada época del constitucionalismo clásico. Se trata de los derechos civiles y políticos, que surgieron como respuesta a los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII en occidente. Tales reclamos fueron consagrados como auténticos derechos y, como tales, difundidos internacionalmente.

Por otro lado, los derechos *de segunda generación* tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo y sus condiciones, la educación y a la cultura, de un modo tal que asegure algún grado de desarrollo de las personas. Por tales notas, se los identifica en su globalidad como relativos al progreso y desarrollo humano, en todas sus aristas –aunque particularmente en materia de salarios y jubilaciones–. Se trata de derechos cuyo reconocimiento histórico tuvo lugar en la época del constitucionalismo social de principios del siglo XIX.

Asimismo, se advierten *derechos de tercera generación*, que contemplan situaciones que afectan ya no a un número determinado de sujetos, sino a quienes se encuentran abarcados por un bien no divisible o por una determinada “frontera”. En otras palabras, estos derechos se distinguen por la magnitud compleja de las relaciones que involucran. Así, el mercado y la libertad de competencia, el consumo y/o uso de bienes y servicios, el ambiente sano, la información pública, el acceso a Internet y otros adelantos tecnológicos, entre otros, son marcos en que se desenvuelven diversas interacciones y tensiones públicas y privadas, dignas de tutela jurídica⁹.

2. Operatividad y programaticidad¹⁰. A los fines de este trabajo consideraré que los derechos han sido calificados, de un lado, como *operativos*, según obren de manera inmediata y, en caso contrario, sean también directamente exigibles al Estado. Del otro lado, como *programáticos*, según requieran de un acto emanado de los órganos legislativo y/o ejecutivo, que establezca las condiciones con arreglo a las cuales puedan ser ejercidos o exigidos. En otras palabras, los derechos contenidos en normas consideradas programáticas “no contienen auto operatividad, de modo que necesitan de otras normas para adquirir exequibilidad” (Bazán, 1997: 45).

Así, el enfoque sobre la exigibilidad de un derecho importa atender a la formulación de la norma jurídica que lo consagra. El tipo de estructura normativa se traslada al derecho en ella formulado. ¿Qué hace que unos derechos puedan considerarse operativos –por tanto, exigibles– y otros no? La respuesta a cuándo una

⁹ La descripta es, al igual que en los casos de las dos generaciones precedentes, producción teórica del tesista. No obstante, debe aclararse que autores como Pérez Luño han señalado un contenido parcialmente diverso de los derechos que esta época incluye, agregando, por ejemplo, el derecho a determinada calidad de vida o a la libertad informática (Pérez Luño, 1993: 187).

¹⁰ No desconozco la sentencia “Q” de la Corte Suprema de Justicia, en la que se sostuvo que las normas sobre derecho a la vivienda examinadas en el caso tenían una *operatividad derivada*, en tanto “requiere[n] de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque[n] su implementación” (CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Amparo”, Fallos 335:452, sentencia del 24/04/2012).

norma es operativa o programática podría surgir de su literalidad, de la práctica de observar su construcción gramatical –v. gr.: destinatario, tipo y tiempo de verbo empleado, etc.–. También sería posible pensar que un enunciado normativo admite variadas interpretaciones en el contenido y alcance de cada palabra –v. gr.: “toda persona tiene derecho a una vida digna”–.

De ese modo, nos encontramos frente a diversos problemas, entre ellos: cuál es la interpretación correcta de una norma que consagra derechos; qué sucede cuando no se ha dictado el acto necesario para poner el marcha el programa y, por tanto, el derecho en cuestión (tema que se ha planteado como “inconstitucionalidad por omisión”, Bidart Campos, 1998: 299)¹¹; qué ocurre cuando, en una norma cuya aplicación se encuentra diferida en un texto constitucional, puede distinguirse si lo que manda u ordena es de cumplimiento obligatorio o facultativo.

Muchas veces la forma que asume la norma es lo suficientemente clara como para considerar su aplicación inmediata. Cuando referimos a normas que se han construido como operativas, la sola actividad de su sanción, su propia vigencia, importa también su efectividad. Así pues, la disposición “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano” (Const., 1994, art. 20) tiene, sin más, el vigor necesario para ser aplicada y, eventualmente, sus efectos serán exigidos por quien resulte comprendido en ella. Esta situación ocasional permite apreciar su justiciabilidad o judicabilidad¹². A la vez, la construcción de la norma del ejemplo no puede implicar, sin más, que no pueda ser reglamentada por quien resulte competente, para otros fines –supongamos, un mejor orden o una pretendida eficiencia en su aplicación–. Pero, en principio, aquella norma no necesita de otra para su operatividad.

¹¹ Bidart Campos sostiene que, en principio, las normas constitucionales que declaran “derechos personales fundamentales” son operativas y deben ser aplicadas, aunque carezcan de reglamentación (1998: 299-300).

¹² Abramovich y Courtis entienden por *justiciabilidad* “la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho” (2009: 10, énfasis original).

De otro lado, se ha considerado que “[...] si la norma en forma expresa no se autocalifica como programática (requiriendo el soporte de una ley reglamentaria), debe reputársela operativa” (Bazán, 1997: 49). A la inversa, entonces, podría decirse que si una norma prevé la necesidad de otro acto ulterior para su eficacia, ello indicaría su carácter programático. Y hasta que ese otro acto no tenga virtualidad jurídica, aquella no lo tendrá tampoco. Entonces podría verificarse una contradicción: según esta clasificación, las normas programáticas son normas vigentes y obligatorias, pero lo que en sustancia otorgan o conceden se encuentra condicionado por una futura expresión volitiva estatal para su puesta en práctica.

II.b. El caso de los DESC: convergencia clasificatoria

Se ha formulado una conexión empírica entre las dos clasificaciones analizadas en el apartado precedente. En efecto, los derechos *de segunda generación* han sido asimilados a aquellos caracterizados como *programáticos*. Esta vinculación involucra, desde luego, a los DESC.

Las razones (R) de la construcción de este sentido convergente entre una y otra categoría son variadas y pueden sintetizarse del siguiente modo, al menos provisoriamente:

R1) Desde su génesis institucional, las constituciones de los países latinoamericanos no previeron arreglos ni concretaron reformas sobre sus partes orgánicas, particularmente dirigidas a dar efectividad a estos derechos. Esta situación ha contribuido a que los DESC sean tratados como derechos no justiciables y no exigibles.

Aunque las cartas latinoamericanas fueron atravesadas por el constitucionalismo social, “se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables” (Abramovich y Courtis, 2009: 3-4).

Si bien los países de América Latina fueron los primeros en el mundo en incorporar derechos sociales en sus constituciones¹³, el problema recurrente en la mayoría de ellos –al igual que sucede en el Derecho Público Provincial argentino– es el “desajuste” entre los compromisos progresistas del siglo XXI con respecto a los DESC y el tipo de democracia constitucional heredada del siglo XIX, a través de la cual pretende darse curso a aquellos. Este desfase ha llevado a que las partes orgánicas de las constituciones, intactas por más de dos siglos, muchas veces se erijan como freno de los DESC (Gargarella, 2013).

R2) Por otro lado, se ha formulado una lectura de la separación de poderes según la cual al Poder Judicial no le incumbe decidir los asuntos concernientes a las políticas que involucran facultades de los órganos representativos, como las relativas a DESC.

Según esa lectura, muchas veces quienes ejercen la magistratura judicial se han autolimitado –*judicial self-restraint*– en el juzgamiento de estos derechos, bajo la creencia de que su reconocimiento depende, en concreto, de las políticas que implementen los órganos Legislativo y Ejecutivo. En este panorama, frente a extensas declaraciones de derechos tanto en las constituciones como en los tratados internacionales, el Poder Judicial se ha erigido como freno al avance en el reconocimiento de aquellos, asumiendo una *posición pasiva* frente a los órganos representativos (Gargarella, 2004: 67; 2006), en muchas ocasiones, bajo el refugio de que así se veneraba la separación de poderes y la democracia¹⁴.

¹³ La Carta mexicana de 1917, pionera mundial en el desarrollo del constitucionalismo social, precedió a la Constitución de Weimar y a la creación de la Organización Internacional del Trabajo –ambas en 1919–. También se adelantó a la española de 1931. De hecho, apareció mucho antes del desarrollo del Estado de Bienestar y la economía keynesiana. Así, desde su adopción marcó la historia del constitucionalismo latinoamericano y la mayoría de los países de la región comenzaron a incluir largas listas de derechos sociales en sus documentos constitucionales: Brasil en 1937; Bolivia en 1938; Cuba en 1940; Uruguay en 1942; Ecuador y Guatemala en 1945; Argentina y Costa Rica en 1949 (Gargarella, 2013: 250).

¹⁴ Sirven de ejemplo algunos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia Argentina, a partir del retorno de la democracia (1983), para ese entonces recién renovada. Con el

R3) Por último, algunos autores han sostenido una distinción de tipo esencial o estructural entre los DESC y los derechos civiles y políticos.

Guastini (2003) ha denominado “verdaderos derechos” solo a los que satisfacen, en forma conjunta, una serie de condiciones que él describe: 1) que sean “susceptibles de tutela jurisdiccional”; 2) que puedan “ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado”; y 3) que “su contenido consist[a] en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular”. Luego ha concluido que aquellos que no satisfacen alguna de esas condiciones son “derechos sobre el papel” o “ficticios” (2003: 214-215), términos similares a los que había aludido Wellman en 1997 (*paper rights*). Según Guastini, los DESC participarían de esta última calidad, en tanto han sido consagrados con una estructura y contenido indeterminados, librados a la acción legislativa, sin las correlativas garantías jurisdiccionales.

Esta posición divide a los derechos de acuerdo a las prestaciones que representan. Mientras los derechos civiles y políticos importarían *deberes estatales de abstención* o no interferencia en su ejercicio, los DESC implicarían *acciones positivas* que requieren de fondos públicos para permitir su satisfacción. Podría concluirse rápidamente que el argumento que “parte las aguas” es eminentemente presupuestario.

Sin embargo, Atria (2004) ha señalado que el argumento es otro. Atria apunta que es imposible concebir a los derechos

cometido de superar los períodos de gobernanza de facto y fortalecer la estabilidad del sistema republicano, el orden público y la paz social, en numerosos casos el Máximo Tribunal se pronunció a favor de la preeminencia de esos propósitos por sobre la efectividad de los derechos en juego, aun en situaciones de emergencia (ver entre otros CSJN, “Granada”, 1985, Fallos: 307:2284; “U.C.R. – C.F.I. Partido Federal y FREJUPO”, 1989, Fallos: 312:2192; “Peralta”, 1990, Fallos: 313:1513; “Videla Cuello”, 1990, Fallos: 313:1638; “Cocchia”, 1993, Fallos: 316:2624; “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe”, 1994, Fallos: 317:1195; “Video Club Dreams”, 1995, Fallos: 318:1154; “Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional”, 1998, Fallos: 321:3236; “Verrocchi”, 1999, Fallos: 322:1726; “Guida”, 2000, Fallos: 323:1566; “Bussi”, 2001, Fallos: 324:3358; “Municipalidad de La Plata”, 2002, Fallos: 325:1249).

sociales en el concepto jurídico de “derechos subjetivos”; para él, “la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos” (2004: 15), por varias razones.

Atria advierte que, en la tradición liberal, los llamados derechos de primera generación fueron aquellos “concebidos originalmente como derechos del individuo en contra de la comunidad política” (2004: 16, énfasis original). Según explica, *en contra* presenta un doble sentido: primero, porque ya constituida la comunidad política, “la principal amenaza para los derechos ya no era el ataque de otros individuos [...] sino el Leviathan recién constituido”; y segundo, en tanto los individuos actores del acuerdo político constitutivo “eran en algún sentido acreedores de la comunidad política, cuya existencia era justificada por la protección a los derechos que ella aseguraba” (2004: 16-17). A tales sentidos Atria adjudica la función política de los derechos: “justificar (ex-ante o ex-post) la revolución” (2004: 17). Y por esto en el esquema liberal la prioridad normativa corresponde a los derechos.

Por otra parte, Atria marca una diferencia estructural entre los derechos civiles y los sociales. Dice que, en los primeros, “la especificación completa del contenido del aspecto activo [...] es al mismo tiempo una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo”. Esto es, “[a]l determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber” (2004: 19). Y cualquiera de tales aspectos puede ser especificado atendiendo solo a la posición del individuo aislado. En contraposición, en el caso de los derechos sociales “[l]a especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación” (2004: 20).

Según su tesis, esta divergencia se explica porque, en la tradición socialista, “la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad” (2004: 18); y porque “la idea comunitaria a la que el socialismo apela [o a la que algunos

socialistas apelan] no es traducible a la lengua de los derechos” (2004: 22). Profundizando su razonamiento, explica:

[s]i las demandas socialistas se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria, la respuesta liberal habría indefectiblemente de ser que en tanto objetivos agregativos esas aspiraciones comunitarias no podían competir con los derechos. Al presentarlas como derechos, el liberalismo se veía enfrentado a un dilema, porque debía optar entre (1) mantener su adhesión prioritaria a los derechos de ‘primera’ generación, declarándolos más importantes que las otras necesidades, e implicando así que lo importante era, por ejemplo, gozar de libertad ‘formal’, aunque esa libertad fuera substancialmente vacía (el rico y el pobre eran libres de dormir bajo los puentes de París) o (2) aceptar que las condiciones para el ejercicio legítimo y substancialmente significativo de las libertades fueran también cubiertas por derechos con al menos el mismo título que ellas (2004: 27).

III. Los DESC como derechos «exigibles»¹⁵

Como expresé inicialmente, de un tiempo a esta parte han surgido voces doctrinarias críticas y deconstructivas de la visión descripta, que proponen una mirada más acorde a las pretensiones de efectividad y justiciabilidad de los DESC. A continuación desarrollaré una descripción que agrupa las críticas (C) doctrinarias singulares que considero más solventes, sin perjuicio de que esto no es definitivo.

C1) Que los derechos humanos contienen una unidad conceptual, imbricada en la (unitaria) dignidad humana, y son indivisibles e interdependientes (Pinto, 1997 y 2008; Bazán, 2005 y 2017).

A contracara de la ausencia de arreglos en las partes orgánicas de las cartas latinoamericanas, desde la génesis de los

¹⁵ La expresión corresponde al título de la obra de Víctor Abramovich y Christian Courtis. Ver: ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., (2002). “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Madrid: Trotta.

instrumentos internacionales sobre derechos humanos se intentaron constantes refuerzos institucionales, en pos de apuntalar su carácter unitario, demandable y exigible¹⁶. A su vez, diversas reuniones surgidas desde el ámbito científico revelaron la preocupación académica en este asunto¹⁷.

C2) Que todos los derechos –no solo los civiles y políticos– tienen un costo y no solo los DESC demandan prestaciones al Estado (Holmes y Sunstein, 2011; Abramovich y Courtis, 2009).

En tal sentido, se ha refutado la posición que divide a los derechos de acuerdo a las prestaciones que representan (2009: 4). Los derechos civiles también exigen conductas positivas –como sucede con la actividad administrativa de reglamentación o de policía–, de hecho, algunos de ellos requieren solo de acción estatal –como la defensa pública y gratuita en juicio–; y, de otro lado, también hay derechos sociales que solamente requieren la abstención estatal para su efectivo goce –como el derecho de huelga– (Abramovich y Courtis, 2009: 4-6).

En palabras de Holmes y Sunstein:

Los que describen los derechos como absolutos hacen imposible plantear una importante pregunta fáctica: ¿quién decide en qué nivel financiar qué conjunto de derechos básicos para quién? ¿y exactamente quién tiene el poder de decidir esas asignaciones? Prestar atención a los costos de los derechos no sólo conlleva cuestiones de cálculo presupuestario sino también problemas filosóficos básicos de justicia distributiva y transparencia democrática (2011: 153).

De tal modo, la protección y/o garantía de los derechos, sean de una u otra generación, sean operativos o programáticos, no obedece a un atributo intrínseco propio, sino a una decisión política.

¹⁶ Recordamos aquí la creación del Comité DESC en 1985 por el ECOSOC, para delegarle la supervisión interna del PIDESC (arts. 16 y 17), y del cual han emanado relevantes Observaciones Generales sobre la materia.

¹⁷ De ellas surgieron los Principios de Limburgo (1986), la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), las Directrices de Maastricht (1997), los Principios de Montreal (2002), etc.

C3) Que anteponer el “argumento presupuestario” a la justiciabilidad de los DESC importaría, por otro lado, controvertir la supremacía constitucional al considerar a la norma de presupuesto por encima de la Constitución.

Autores como Corti o Gargarella han manifestado una preocupación relativa a las implicancias que una posición deferente de la “realidad presupuestaria” tendría sobre la regla de supremacía constitucional (art. 31 CN).

Así, Corti ha planteado el siguiente interrogante: “[...] ¿es legítimo que el respeto de los derechos constitucionales básicos no sea irrestricto, al depender su efectividad de las decisiones públicas presupuestarias?”, afirmando luego: “[...] los derechos reconocidos se encuentran protegidos sí y sólo sí hay recursos suficientes para ello. Es decir: las obligaciones públicas no son irrestrictas, sino que dependen de la cantidad de recursos disponibles” (1997: 1-2). En sintonía, Gargarella ha señalado que “[...] el presupuesto debe ajustarse a la satisfacción prioritaria e incondicional de los derechos constitucionales, y no a la inversa [pues en este último caso] lo que –constitucionalmente– quedaría en problemas sería la validez misma del Presupuesto” (2007: 733-734).

C4) Que la protección jurisdiccional de los DESC hace a su reconocimiento pleno. Esta conclusión ha sido compartida por diversos autores (Abramovich y Courtis, 2002; Abramovich y Pautassi, 2009; Bazán, 2005, 2015, 2017; Bazán y Jimena Quesada, 2014; Pisarello, 2009; Rosenkrantz, 2002).

C5) Que negar a las personas el acceso a determinadas condiciones mínimas para desarrollar una vida autónoma también socava la democracia. En tal sentido, las decisiones judiciales en materia de DESC pueden contribuir a afianzar una división deliberativa de poderes, en tanto los jueces entran en diálogo cooperativo –mediante exhortos o llamados de atención– con las restantes ramas de gobierno.

Entiendo que esta crítica supone asumir la tensión existente entre revisión judicial y sistema democrático. Al decir de

Klare, “incluso en las jurisdicciones que han consagrado la justiciabilidad de los DESC, las preocupaciones sobre la acción antidemocrática por parte de los tribunales resurgen en el debate sobre el alcance y el vigor adecuados de la revisión [de tales derechos]” (Alviar García, Klare y Williams, 2015: 27, traducción propia). Según el autor mencionado, frente al ideal republicano de separación de poderes se han erigido nuevos arreglos tendientes a buscar complementariedad, coordinación o diálogo entre los poderes, roles que colisionan con la práctica tribunalicia. Se advierten cambios en tal sentido, y

numerosas jurisdicciones de todo el mundo están comprometidas con una experimentación destacable para desarrollar tecnologías flexibles y matizadas de revisión judicial que respondan a nuevas ideas sobre la autogobierno y la autodeterminación y estén diseñadas para animar la participación pública y el diálogo social (Alviar García, Klare y Williams, 2015: 31, traducción propia).

Esta posición es conteste con una concepción deliberativa de la democracia (Nino, 1997; Alegre, 2002; Gargarella, 2006, 2014 y 2016; Habermas, 2008). En términos más bien genéricos –y siendo que escapa al presente trabajo el estudio de las particularidades de esta teoría–, podría definirse esta perspectiva de la democracia como un ideal regulativo conforme al cual la legitimidad democrática de las decisiones públicas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación argumentativa, un amplio proceso de discusión colectiva en el cual el procedimiento de deliberación requiere, en principio, de la intervención de todos los sujetos que se verían potencialmente afectados por las decisiones en juego, así como del cumplimiento de ciertos recaudos que emanan del “principio del discurso” (Gargarella, 2006: 19).

Esta perspectiva es especialmente crítica y señala falencias estructurales en el Poder Judicial, tales como la relativa al ejercicio de un control judicial de constitucionalidad fuerte, creado jurisprudencialmente, que detenta la “última palabra” en la interpretación constitucional; ciertas problemáticas en la

revisión de las políticas públicas y la exigibilidad de los DESC; o la ausencia de contrapesos y controles exógenos sobre la actividad de los jueces (Gargarella, 2016). Al mismo tiempo, según algunos defensores de esta concepción, “los jueces se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática”, ello en tanto continuamente reciben peticiones y/o reclamos “de los que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones” (Gargarella, 2006: 21).

Así, Nino ha admitido una igual “fundamentabilidad” de los derechos sociales en relación a los civiles y políticos, porque consideraba a aquellos como derechos *a priori*. En “Ética y Derechos Humanos” (1989), sostuvo una relación de igualdad entre ambos derechos, con base en que el principio de autonomía requiere, además de omisiones estatales, de acciones positivas: “[...] los mismos principios que justifican los derechos clásicos los que sirven también de fundamento a los nuevos derechos [...]; es inconsistente reconocer unos y desconocer otros” (1989: 349, énfasis original)¹⁸.

Algunos discípulos de Nino han puntualizado algunas cuestiones sobre el tema. Así, Alegre (2007), en la verificación de algunas posibles objeciones a lo que llama “igualdad relacional”, ha expresado que

¹⁸ No obstante, en “La Constitución de la democracia deliberativa” (Nino, 1997), si bien se refirió expresamente a las condiciones sociales y económicas de los individuos como precondiciones para una participación democrática libre e igualitaria, luego sugirió: “[...] debemos ser cuidadosos al limitar los casos en los que estamos dispuestos a interferir con el sistema democrático para su propia protección. Si decidimos, por ejemplo, que una distribución específica de bienes [...] es requerida como precondition para el funcionamiento apropiado del sistema democrático, impedimos que el sistema pueda intervenir en la discusión acerca de cuál es la forma más apropiada de distribución. En última instancia, podría suceder que tengamos un sistema democrático magnífico, desde el punto de vista epistémico, pero que sólo deja espacio para decidir sobre muy pocas cuestiones” (1997: 276). A partir de ello, G. Maurino (2015) ha reconstruido una versión alternativa y menos conocida de las tesis de Nino, en la que la revisión judicial es articulada en clave radicalmente procedimental-justificatoria. Ver “Democracia, derechos y control judicial: Versiones de Carlos Nino”.

ni la constitucionalización de derechos socioeconómicos ni su operatividad judicial conspiran contra el valor de la democracia: por el contrario, mi llamamiento al activismo judicial se hace en nombre de la democracia, en razón de que ese activismo estaría orientado a fortalecer la capacidad de los excluidos para ejercer sus derechos ciudadanos, lo que robustecería el valor del procedimiento mayoritario (2007: 13).

Así, Alegre se ha pronunciado, en principio, a favor de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, rechazando tanto aquellas posiciones que consideran incorrecta o impropia la inclusión de DESC en una constitución (Rosenkrantz, 2002), cuanto las que sostienen que los jueces no pueden pronunciarse sobre el asunto –como se ha descrito en el punto anterior–. Sin embargo, es preciso señalar que Alegre ha formulado la siguiente distinción: en tanto sostiene un igualitarismo respetuoso de un ideal mínimo, uno que “priorice” especialmente la atención de determinadas necesidades básicas de las personas (2007: 4, énfasis original), considera que “no existe ninguna razón de principio para sostener [en ese marco] un supuesto derecho a una acumulación indefinida de riquezas” (2007: 5). En otras palabras, mientras le atribuye un mínimo a la visión del igualitarismo que sostiene, admite que no tendría un techo. Ahora bien, al considerar el alcance del poder de los órganos judiciales en contraste con los políticos en relación a la defensa de los DESC, ha manifestado que

[...] respecto de ese mínimo opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción. En cambio, el ideal más amplio de la igualdad relacional, que opera por encima de ese mínimo, es un ideal cuya implementación debe estar a cargo, en forma protagónica, por los órganos democráticos. En resumen, pues, todos los poderes del estado están obligados a respetar el piso de derechos socioeconómicos, y respecto de la realización más amplia del ideal igualitario, el papel principal lo

deben cubrir, en cambio, los órganos políticos [en tanto] reflejan más adecuadamente las preferencias colectivas (2007: 18-19).

De otro lado, Rosenkrantz coincide con el deber de los tribunales de garantizar a las personas el derecho a un mínimo, “interviniendo en los márgenes de derechos legales o constitucionales ya otorgados” (2002: 10). Sin perjuicio de esa coincidencia, Rosenkrantz cuestiona el lugar de los DESC en las constituciones, con base en que los derechos distributivos o económicos no son dominio primario del derecho constitucional sino más bien tarea de la política (2002: 4-5). Particularmente, Rosenkrantz ha referido que, a pesar de que “la idea de la ‘inejecutabilidad’ de algunos derechos constitucionales ha sido adoptada por muchas tradiciones” –incluyendo a la tradición argentina– y no obstante su popularidad, la misma “es inconveniente [porque] devalúa la potencia del derecho constitucional. La existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la constitución” (2002: 7). En esa inteligencia, el autor ha asumido la sujeción de la existencia de un derecho a la idea de su ejecutabilidad:

Si en su sociedad la existencia de un derecho no está supeditada a su ejecutabilidad puede que no haya problema con incluir muchos derechos constitucionales no ejecutables. Los derechos no-ejecutables quizá todavía puedan operar en el debate público y la conciencia colectiva. Pero esto es diferente en sociedades como la nuestra donde la normatividad del derecho está totalmente subordinada a su ejecutabilidad por medio de la coerción estatal. Si, como sucede en nuestro caso, su cultura jurídica asocia íntimamente el derecho y la coerción, la presencia de derechos no-ejecutables seguramente depreciarán el valor de la constitución como una norma guiadora de nuestro comportamiento social (2002: 7).

Por último, partiendo de las ideas de Nino (1989, 1997), Böhmer ha defendido una peculiar justificación moral de los derechos sociales (2015). Böhmer ha señalado que una de las formas

que asume la práctica deliberativa de la modernidad es la lucha por los derechos (2015: 63), y que dicha forma cuenta con los jueces como órganos instituidos para su defensa (2015: 67). Sin embargo, ha agregado que esa tarea “requiere participación de los afectados y mecanismos institucionales efectivos para una deliberación seria [...] ya que esta lucha pone en cuestión los acuerdos mayoritarios decididos democráticamente” (2015: 67). En tal marco, ha advertido: “Desde hace unas pocas décadas los derechos sociales han adquirido esa virtualidad. Ellos han producido reinterpretaciones fundamentales de los contenidos del derecho, de los procedimientos jurídicos y políticos y de los roles institucionales de actores fundamentales de la democracia” (2015: 67-68).

IV. Reflexiones provisorias

A lo largo de este trabajo se exploraron algunos argumentos que corrientemente expone la doctrina científica en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales, para luego contraponerlos con las críticas más relevantes que se formulan al respecto desde hace algunas décadas. Así, se expresó que las dos categorizaciones analizadas –tanto aquella que los ha distinguido en generaciones, cuanto la que los ha definido como operativos o programáticos– han contribuido a una concepción teórica y práctica de los DESC como programáticos y de segunda generación.

Según el abordaje realizado en un segundo momento, la convergencia clasificatoria que comúnmente presentan los derechos sociales se construyó con base en diversas razones. Tales, las atinentes a la incidencia que tuvo –y que tiene– la ingeniería constitucional; su errada consideración teórica como derechos inferiores respecto de los civiles y políticos; la particular lectura de la separación de poderes republicana, según la cual al Poder Judicial no le incumbe decidir los asuntos concernientes a los DESC; y, por último, la imposible comprensión de tales derechos en el concepto de “derecho subjetivo”.

Si a medida que se consolida la democracia “se agudizan las diferencias entre los sectores más pudientes y los más postergados” (Alegre, 2007: 1), garantizar derechos sociales puede mejorar el valor sustantivo y el valor epistémico de los procesos democráticos. Pues “no constituye una justificación válida, frente a quien no dispone de lo necesario para llevar adelante una vida digna, decirle que debe respetar una separación rígida de poderes o la negativa de los órganos democráticos a asegurar sus derechos” (Benente et al, 2018: 179).

En tiempos donde se advierte una relevante transferencia de poder hacia los jueces que, frente a la inacción de otras instituciones, ahora están llamados a resolver asuntos de trascendencia colectiva (Abramovich y Pautassi, 2009), cobra utilidad tanto examinar las razones en que se apoyan las diferencias estructurales entre los derechos, cuanto repensar las múltiples formas a través de las cuales el Poder Judicial puede actuar ante una demanda por incumplimiento de los DESC.

V. Referencias bibliográficas

- ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L. (comp.) (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ALEGRE, M. (2005). Pobreza, igualdad y derechos humanos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6 (1), 175-198.
- (2007). *Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial*. En Alegre, M. y Gargarella, R. (coord.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, pp. 156-159.
- ALTERIO, M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (2011). *La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 16.
- ATRIA, F. (2004). *¿Existen derechos sociales?*. “Discusiones (Derechos Sociales)”, No 4, 15.
- BENENTE, M. (coord.) (2018). *Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia*. Ciudad

- Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur; José C. Paz: EDUNPAZ.
- BERGALLO, P. (2005). *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, 45.
- BÖHMER, M. (2015). *Autonomía y derechos sociales. Una revisión del orden de los principios en la teoría de Carlos Nino*. Separata “Sobre los Derechos Sociales”, Revista de Ciencias Sociales, Volumen Monográfico Extraordinario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso. Valparaíso: EDEVAL.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (1993). *Medio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como un derecho humano*. Serie “Para ONG”, No 8, San José de Costa Rica, IIDH, 1.
- (1998). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional*. Lecciones y Ensayos, Nos. 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CORTI, H. (1997). *Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución*. LA LEY 1997- F, 1033.
- GARCÍA, H. A., KLARE, K., y WILLIAMS, L. A. (eds.) (2015). *Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*. London: Routledge.
- GARGARELLA, R. (2006). *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* Perfiles latinoamericanos, 13 (28), 9-32.
- (2007). *Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo Reyes Aguilera*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina, 2007-IV, 731-736.
- (coord.) (2009). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2013). *Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Anacronismo e irrupción, 3 (4), 245-257.
- (comp.) (2014). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

- (2016). *Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism*. En “Democratizing Constitutional Law”, editado por Thomas Bustamante y Bernardo Gonçalves Fernandes. Springer, Vol. 113.
- HABERMAS, J. (1999). *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4a ed. Madrid: Trotta.
- (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. *Diánoia*, 55 (64), 3-25.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R. (2011). *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- LANGFORD, M., RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y ROSSI, J. (eds.) (2017). *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Bogotá: Dejusticia.
- NINO, C. (1989). *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- PINTO, M. (1997). *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- (2004). *Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano*. *Revista IIDH*, No 40, 25-86.
- (2008). *Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza*. *Revista IIDH*, No 48, 43-62.
- PISARELLO, G. (2009). *Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista*. En VALIÑO, V. (coord.), “Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis”, Barcelona, Observatori Desc, 13.
- RABOSI, E. (1998). *Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché*. Lecciones y Ensayos, Nos. 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los*

- derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- ROSENKRANTZ, C. F. (2002). *La pobreza, la ley y la constitución*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, 15.
- ROSSETTI, A. (2013). *¿Los Derechos Sociales como derechos «de segunda»? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos «de primera»*. En ESPINOZA DE LOS MONTE-ROS, J. e ORDÓÑEZ, J. (coords.) “Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional”, Tirant to blanch, Valença, 309-328.