

DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y DERECHOS SOCIALES: ¿QUÉ DEBEN HACER LOS JUECES?

EZEQUIEL MONTI*

Resumen: Recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (TSJ) dictó dos sentencias en materia de derechos sociales que son de enorme trascendencia, “Asesoría General Tutelar c/ GCBA” (“AGT”) y “Alba Quintana c/ GCBA y otros s/ amparo”. Entre las consideraciones que realiza el Tribunal, las más destacadas (y potencialmente controversiales) se refieren al rol del Poder Judicial en la efectivización de los derechos sociales.

Mi intención en este trabajo es evaluar la postura del TSJ a la luz de la concepción deliberativa de la democracia. Para ello será necesario considerar las eventuales similitudes y diferencias entre los derechos civiles y políticos (DCP) y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Este análisis conducirá, en última instancia, a un problema de suma relevancia en la teoría de la democracia, a saber, *la paradoja de las precondiciones de la democracia*. Se procurará, entonces, encontrar una vía de solución a la paradoja a través de dos criterios que permitan allanar el camino a la distinción entre derechos *a priori* y derechos *a posteriori*.

Palabras clave: democracia deliberativa – Poder Judicial – derechos económicos sociales y culturales – derechos civiles y políticos – precondiciones de la democracia

Abstract: Two recent rulings by the City of Buenos Aires High Court of Justice (HCJ) have taken on added importance for their implications on the subject of social rights. They are “Asesoría General Tutelar c/ GCBA” (“AGT”) and “Alba Quintana c/ GCBA y otros s/ amparo”, and the most striking –and potentially controversial– points made by the judges regard the role of the Judiciary in granting social rights real-world effectiveness.

This writing aims to assess the stance adopted by the HCJ in light of deliberative democracy theory. To that end, the author elaborates on the differences and similarities to be found between ‘civil and political rights’ (CPR) and ‘economic, social and cultural rights’ (ESCR); analysis which leads him to examine *the paradox of the preconditions of*

* Estudiante de Derecho (UBA) y Filosofía (UBA).

democracy. Ultimately, the writer's aim is to find a solution to the paradox by means of a double criterion, thus allowing for a distinction between *a priori* and *a posteriori* rights.

Keywords: deliberative democracy – Judiciary – economic social and cultural rights – civil and political rights – preconditions of democracy

0. PLAN DE TRABAJO

Procederé según el siguiente diagrama. En el primer apartado, realizaré una breve narración de los hechos y peticiones que dieron lugar a los pronunciamientos del Tribunal y una reconstrucción de los argumentos de la mayoría en lo que atañe específicamente a la intervención del Poder Judicial en materia de derechos sociales. En el segundo apartado, señalaré ciertos problemas en la argumentación del TSJ, a raíz de los cuales se evidenciará la necesidad de analizar si existen o no diferencias entre ambas categorías de derechos. A ello dedicaré los apartados tercero y cuarto, desde un punto de vista jurídico normativo y filosófico político, respectivamente. En el último apartado abordaré, finalmente, el problema fundamental de este trabajo: ¿Cuáles son los alcances del control judicial en una democracia deliberativa? ¿Pueden los jueces invalidar las decisiones de los órganos políticos por considerar que violentan derechos sociales de jerarquía constitucional?

1. LAS DECISIONES DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

En los dos casos objeto de análisis, se solicitó al Superior Tribunal de Justicia que declare la inconstitucionalidad de ciertos aspectos de la política pública adoptada por el Poder Ejecutivo local en materia habitacional por considerar que resultaban violatorios del derecho a la vivienda consagrado en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad y en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

En “AGT”, la Asesora General Tutelar de la Ciudad interpuso acción en los términos del art. 113 de la Constitución local a los efectos de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de diversas disposiciones del decreto 960/08. Invocó en tal sentido el principio de no regresividad, señalando que las modificaciones implementadas implicaban “retrocesos en la política pública destinada a proteger el derecho a la vivienda adecuada”. El Tribunal hizo lugar en forma parcial a la acción deducida, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 4 de la citada norma.

En “Alba Quintana”, el accionante, que ya había recibido un subsidio habitacional cuya extensión le fuera denegada por la Administración, interpuso acción de

amparo a fin de que se lo (re)incorporara efectivamente al programa habitacional entonces vigente. Solicitó además que, en caso de otorgarse el subsidio, el monto le permitiera abonar íntegramente el costo del lugar en el que se aloje. Asimismo, planteó la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 6 del decreto 690/06 y “de toda otra norma que implicase restringir el derecho a acceder a los planes de emergencia habitacional que encuentren igual fundamento”.

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y la Cámara confirmó el pronunciamiento. Sin embargo, el Superior Tribunal decidió revocar la sentencia de Cámara. Para así resolver sostuvo que “El bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos”.

No obstante, aclaró que si bien no era función de los jueces asignar subsidios, sí correspondía a ellos “asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen”.

Asimismo, consideró que aún en caso de que no resulte pertinente otorgar un subsidio al accionante, corresponde a los jueces expedirse en torno a la obligación de brindar “abrigo” mediante paradores estatales como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC).

Sin embargo, dado que ambos puntos requerían el análisis de cuestiones de hecho y prueba ajenas a la vía intentada, decidió remitir la causa nuevamente a la Cámara para que se pronuncie sobre ellos.

En ambos pronunciamientos el TSJ realizó diversas consideraciones relativas al alcance del derecho a la vivienda, su carácter, contenido, etc. Sin embargo, en el presente trabajo mi objetivo es centrarme en ciertas reflexiones vinculadas a la relación entre el Poder Judicial y el gobierno en una democracia constitucional y las consecuencias que de ella se derivan en lo que respecta a la justiciabilidad de los DESC. Al respecto, en “Alba Quintana”, los jueces Lozano y Conde (a cuyo voto contiene numerosas remisiones textuales el voto de Casás) observaron que:

“El Legislador [...] es a quien le corresponde reglamentar los derechos acordados por la Constitución [...] es él quien debe elegir la política así como los mecanismos para dar satisfacción, en este caso, a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado.”

“[N]o corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia. Mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea [...] La ausencia de representatividad de los órganos permanentes del Poder Judicial no es el único ni el principal motivo por el cual los jueces no están llamados a cumplir la misión enunciada.”

“Sin embargo, lo dicho no importa negar al Poder Judicial toda intervención posible en la materia que nos ocupa. Para evitar que las decisiones de los jueces alteren el principio de división de poderes, sus sentencias deben aplicar en el caso concreto los estándares susceptibles de ser descubiertos en las normas. [...] En nuestro sistema, el juez tiene el deber de ser fiel al programa legislativo.”

Cito *in extenso* este pasaje porque pone de manifiesto con claridad los presupuestos teóricos fundamentales a partir de los cuales los magistrados conciben su función. En los párrafos citados se superponen y sostienen mutuamente consideraciones relacionadas con la división de poderes y la legitimidad democrática de las decisiones de gobierno. La idea central es que corresponde a los órganos políticos de gobierno, y fundamentalmente al Poder Legislativo, determinar las políticas públicas que deben adoptarse para lograr la plena efectividad de los derechos sociales. El Poder Judicial no puede ni debe juzgar la idoneidad de tales políticas ni apartarse de ellas. Si lo hiciera estaría inmiscuyéndose en las funciones propias y más características de aquéllos. Por cierto, tal repartición de tareas no es ni arbitraria ni inútil: el Poder Legislativo es el más idóneo para llevarlas a cabo, entre otras cosas, aunque no exclusivamente, por su representatividad y su legitimidad democrática. La única función que compete al Poder Judicial es la de aplicar los estándares “susceptibles de ser descubiertos” en las normas, manteniéndose “fiel” al programa legislativo.

La mayoría se refiere, en principio, a tres estándares que habilitan el control judicial de las políticas públicas, a saber: la regla de prioridad del art. 31 de la CCBA, la garantía de igualdad y la satisfacción de la garantía mínima que nace del PIDESC a un techo o albergue básico en un parador estatal.

El Tribunal entiende que el art. 31 “impide subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más conforme a los parámetros adoptados por el bloque normativo aplicable”. En este sentido, puede entenderse que, a juicio del Tribunal, el art. 31 importó la consagración constitucional del principio de diferencia *rawlsiano*. Este principio establece que “las desigualdades sociales y económicas deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad” lo que significa simplemente que “tenemos que comparar los esquemas de cooperación viendo cómo les va a los menos aventajados en cada esquema, y seleccionar entonces el esquema en el que los menos aventajados están mejor”.¹ En este orden de ideas, en la visión del Tribunal, el control judicial es procedente si el programa de redistribución gubernamental no concede al menos los mismos beneficios a los más desaventajados que a cualquier otro beneficiario.

En relación al segundo estándar, si bien el Tribunal no realiza mayores precisiones, debe vinculárselo a la obligación de no discriminación, a cuyo respecto, el

1. RAWLS, John: *La justicia como equidad*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 93.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló, en la Observación General N° 3 (OG 3, un instrumento fundamental en la interpretación del Tribunal), que se trataba de una obligación con efecto inmediato.

El tercer estándar está vinculado a la satisfacción de ciertos requisitos mínimos asociados al derecho a la vivienda que el Tribunal extrae de una peculiar interpretación de la OG 3 que examinaré más adelante.

El Tribunal se refiere asimismo a un cuarto estándar de revisión: el principio de no regresividad. A este respecto, la mayoría señaló, tanto en “AGT” como en “Alba Quintana” que el análisis judicial de progresividad no debe hacerse en un caso concreto o en relación con el impacto concreto de una política pública sino de manera global y agregada en relación con todas las políticas públicas y con todos los derechos.

2. ¿POR QUÉ DEBEN LIMITARSE LOS JUECES CUANDO ESTÁN EN JUEGO DERECHOS SOCIALES? ALGUNOS PROBLEMAS EN LA ARGUMENTACIÓN DEL TSJ

La posición que adopta la mayoría en los fallos comentados tiene, sin embargo, diversos problemas. Uno de los puntos de partida del Tribunal es la afirmación de que “No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional” aunque sí exista el derecho a exigir acceso a un hogar o parador estatal (contenido mínimo). Éste es un punto fundamental en la argumentación del Tribunal. En efecto, parecería que sólo en virtud de esta interpretación puede excluir de los estándares normativos que, a su juicio, habilitan el control judicial, el efectivo acceso a la vivienda por parte del accionante.

Sin embargo, la interpretación que el Tribunal realiza en este punto conlleva ciertas dificultades porque, o bien se basa en un estándar normativo que luego llamativamente omite en sus consideraciones acerca del control judicial, o bien se funda en una interpretación implausible acerca del contenido del derecho a la vivienda.

El art. 11 del PIDESC establece categóricamente que “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de *toda persona* a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. La afirmación de que de esta disposición no se sigue ningún derecho subjetivo necesita, ciertamente, una justificación. El Tribunal ofrece la siguiente: el Pacto establece numerosas obligaciones (lo que implica un derecho correlativo de los individuos); sin embargo, tales obligaciones son, como ha señalado el Comité en la OG 3, mayormente obligaciones de *medios o de comportamiento* (no de resultado) y las obligaciones de medios “llegan a la máxima medida de los recursos disponibles”. Sin embargo, de ello se sigue, como reconoce el propio Tribunal, que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta

de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a disposición para satisfacer sus obligaciones”. ¿No constituye éste un estándar normativo? ¿Por qué no deberían los jueces controlar que los órganos políticos hayan de hecho utilizado “el máximo de los recursos disponibles”? Por supuesto, uno se siente tentado a recordar las reflexiones del Tribunal sobre la división de poderes y la voluntad general, pero son precisamente ellas las que originan el problema. La conclusión a la que arriba al Tribunal es, como dijimos, la siguiente: el juez debe controlar que el accionar de los órganos políticos se adecue a los parámetros normativos (constitucionales, convencionales o legales). El manotazo de ahogado podría ser el siguiente: ello es así, *salvo* que la aplicación de dichos estándares impliquen modificar el modo que aquéllos disponen de los recursos estatales; en este caso, los jueces deben abstenerse de intervenir pues se trata de una facultad privativa y excluyente de aquéllos.

No obstante, este manotazo de ahogado resulta, como habitualmente sucede, infructífero.

En primer lugar, este argumento parecería comprometer al Tribunal con una noción de la separación de poderes ajena a la predominante en nuestra tradición constitucional. La noción de división de poderes está tradicionalmente ligada a la idea de “frenos y contrapesos”. En este sentido, se niega que implique una separación estricta, esto es, un sistema en el que cada poder tiene funciones específicas que resolver, sin que ninguno de ellos pueda interferir en las funciones de los demás. Por el contrario, el núcleo de la idea de frenos y contrapesos es que cada una de las ramas de gobierno puede, y debe, contrarrestar los posibles excesos de las demás. En este orden de ideas, parece asistirle razón a la juez Ruiz cuando señala que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar [...] que ha utilizado el máximo de sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión del juez”. En definitiva, el solo hecho de que, en nuestro esquema constitucional, la disposición de recursos sea, en principio, una facultad de los órganos políticos, no implica *per se* que el juez deba abstenerse de controlar que el ejercicio de dicha facultad sea conforme al orden constitucional.²

En segundo lugar, el argumento parece aplicarse por igual a los restantes estándares normativos que el Tribunal sí considera que corresponde aplicar. En este sentido, el Tribunal explícitamente señala que si la política pública implementada otorga beneficios a ciertos individuos, el juez debe otorgar iguales beneficios a to-

2. Esta idea está detalladamente desarrollada en GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo: *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC*, inédito.

dos los que se encuentren en peores condiciones que aquéllos. ¿No es esto una clara intervención en el modo en que se dispone de los recursos?

A mi entender, es claro que, a diferencia de lo que sostuvieron otros comentaristas, el Tribunal en ningún momento se compromete con el argumento de que la disposición de recursos estatales es un área absolutamente ajena al control judicial. Sin embargo, no queda en absoluto claro por qué el Poder Judicial no debe aplicar el estándar del máximo de los recursos disponibles.

Existe, empero, otra lectura de la posición del Tribunal. Al referirse al estándar del máximo de recursos disponibles, el Tribunal lo vincula a las obligaciones “mínimas” que, a su juicio, se derivan del PIDESC. Por otro lado, considera que el cumplimiento de estas obligaciones mínimas sí puede ser exigido judicialmente. En este orden de ideas, podría colegirse que el estándar del máximo de recursos disponibles sólo debe considerarse al momento de evaluar si el Estado ha cumplido con sus obligaciones mínimas. Esta salida es ciertamente atractiva porque explica la supuesta omisión del Tribunal. Sin embargo, acarrea dos problemas.

El primer problema es que todo el peso del argumento del Tribunal recae en la interpretación que realiza de las obligaciones “mínimas” que surgen del Pacto, y ésta es, debe decirse, altamente implausible. En efecto, en la exégesis que realiza la mayoría se omite toda consideración a la Observación General N° 4 (OG 4) referida específicamente a la explicitación del contenido del derecho a la vivienda. El único fundamento de la interpretación del Tribunal es una curiosa pirueta semántica vinculada a los términos “*shelter*” y “*lodgement*” que aparecen en el pasaje de la OG 3 en el que se mencionan a las obligaciones mínimas. Ese débil argumento no parece tener fuerza alguna frente a ciertas afirmaciones categóricas que el Comité realiza en la OG 4: “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. [...] el concepto de ‘vivienda adecuada’... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

El segundo problema es que, para resultar exitosa, la argumentación del Tribunal parece necesitar ciertas justificaciones adicionales. En efecto, la postura del Tribunal podría sintetizarse en los siguientes términos: el PIDESC establece diversas obligaciones; entre ellas, el Comité ha destacado ciertas obligaciones mínimas: sólo ellas resultan exigibles judicialmente. Esta postura merece algunas consideraciones. Lo primero que cabe preguntarnos es ¿qué implicancias tiene la distinción del Comité entre obligaciones “mínimas” y otras obligaciones? Si el Estado debe cumplir sólo con las primeras, entonces no parecería adecuado hablar de “obliga-

ciones” respecto de las que no son mínimas. Si el Estado debe cumplir con ambas por igual ¿a qué apunta la distinción? Una sugerencia plausible es la que adopta el TSJ: las obligaciones mínimas son de resultado, las restantes son de medios. Sin embargo, esta interpretación es también inadecuada pues el propio Comité sostiene que “se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata”. Quizás, lo que subyace a la distinción, es la idea de que la evaluación ha de ser más severa si lo que está en juego es el cumplimiento de las obligaciones mínimas. Pero, entonces, ¿qué justifica que los jueces se abstengan de controlar el cumplimiento de las restantes obligaciones? Ciertamente, el control debiera, en ese caso, ser menos severo, pero menos severo no implica ausencia de control.

Las reflexiones del TSJ acerca de la relación entre el Poder Judicial y los órganos mayoritarios con las que inicié este trabajo parecen apuntar a que la intervención de aquél en el ámbito de los derechos sociales debe limitarse en algún sentido. El criterio del Tribunal de que el control judicial procede si y sólo si existen parámetros normativos es, en principio, atractivo. Sin embargo, como he intentado mostrar, no parece, *per se*, limitar la intervención de los jueces en ningún sentido relevante. Hasta aquí, por ende, mi argumentación podría leerse no como una impugnación del criterio del Tribunal sino más bien del modo en que lo aplica, la omisión solapada de ciertos estándares normativos, etc.

No es esa, empero, mi intención. Yo creo que el alcance del control judicial cuando están en juego derechos sociales debe restringirse. El problema de la posición del Tribunal es que –quizás por razones atendibles– omite abordar lo que, a mi entender, es el núcleo del problema: ¿Por qué, si admitimos una intervención judicial activa en materia de derechos civiles y políticos, debiéramos restringir su alcance cuando se trata de derechos sociales? A diferencia de buena parte de la literatura sobre el tema, considero que la asimetría de tratamiento está justificada. Y, como sugiere el Tribunal, considero que las principales razones están vinculadas al rol que corresponde a los jueces en una democracia constitucional, por un lado, y a la ausencia de “estándares normativos”, por el otro. No obstante, es preciso estudiar con cierta precisión la idea de democracia y de “estándares normativos” que se están presuponiendo para no caer en las objeciones que hemos señalado. En los apartados que siguen, me dedicaré a la justificación de esta asimetría entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. Las razones serán de dos órdenes, normativas (apartado 3) y filosófico políticas (apartado 4).

3. RAZONES NORMATIVAS QUE JUSTIFICAN LA ASIMETRÍA

Lo primero que deberíamos preguntarnos es por qué, si no existen diferencias relevantes entre ambas categorías de derechos, se han adoptado *dos* pactos distintos. Existe, por supuesto, una explicación intuitiva: la intención de establecer derechos y obligaciones cuyos alcances, estructura y funcionamiento difieren en aspectos relevantes. Esta intuición resulta confirmada por un análisis comparado de diversas disposiciones de los instrumentos respectivos. Me detendré aquí en tres aspectos que considero de especial importancia a los propósitos de este trabajo: (1) el alcance de las obligaciones asumidas; (2) ciertos rasgos estructurales de la conducta estatal contenido de aquéllas; y (3) su justiciabilidad.

3.1 El alcance de las obligaciones asumidas.

A este respecto, mientras que el PIDCP establece categóricamente la obligación *incondicional* de los Estados Parte de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos allí reconocidos [art. 2.1], en el PIDESC la obligación de adoptar medidas está modalizada por la referencia a la disponibilidad de recursos y a la realización progresiva de la efectividad de los derechos [art. 2.1].

Ciertamente, debe tenerse en cuenta la observación del Comité de que “Aunque algunas veces se ha hecho gran hincapié en las diferencias entre las formulaciones empleadas [...] no siempre se reconoce que también existen semejanzas importantes. En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas [...] consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación...”. La otra consiste en el compromiso [...] de “adoptar medidas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración”.

La advertencia del Comité es de fundamental importancia por dos razones. En primer lugar, confirma la exégesis que sugiere que no todas las obligaciones del PIDESC tienen “efecto inmediato”. En segundo lugar, por las obligaciones con efecto inmediato que considera: “no discriminación” y “adopción progresiva de medidas”.

Otra diferencia relevante en cuanto al alcance de las obligaciones es la siguiente: mientras el PIDCP prescribe que los Estados se comprometen a “respetar y garantizar *a todos los individuos* que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos” [art. 2.1], el PIDESC omite el cuantificador universal (“todos”) y aclara expresamente que “Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su *economía nacional*, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos” [art. 2.3].

3.2 Rasgos estructurales de la conducta estatal requerida

Se advierten también ciertas diferencias estructurales en cuanto a la especificidad y carácter de los derechos reconocidos en uno y otro caso. En este sentido, las prescripciones contenidas en el PIDCP son, más allá de la vaguedad propia de cualquier texto normativo, relativamente claras y específicas en cuanto al accionar estatal que exigen. Así, por ejemplo, la regulación de la pena de muerte (art. 6), la prohibición categórica de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), de la esclavitud (art. 8), la prohibición de ser sometido a detención o prisión arbitrarias y de ser privado de la libertad por causas no fijadas por ley o por procedimientos distintos de los previstos (art. 9), la detallada regulación del debido proceso adjetivo (art. 14) y de la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de expresión (arts. 18, 19 y 20), etc. Por otro lado, cabe advertir que se trata, fundamentalmente, de limitaciones al poder estatal. En términos generales, se establecen ciertos cursos de acción que el Estado debe abstenerse de adoptar o, en su caso, los específicos procedimientos y razones que debe esgrimir para llevar a cabo ciertas acciones (por ejemplo, el art. 19 establece que la libertad de expresión sólo puede ser restringida por ley y en virtud de ciertas razones –aseguramiento del derecho o reputación de terceros, etc.).

Por el contrario, las disposiciones del PIDESC, en general, no delimitan con precisión cuál es el accionar estatal que prescriben sino que tienden a establecer ciertas razones para la acción. En este sentido, *prescriben razones para actuar y no acciones determinadas*. La disposición del art. 11 es paradigmática al respecto: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Aun suponiendo que pueda especificarse qué debe entenderse por “nivel de vida adecuado”, la disposición no impone ningún accionar estatal en particular sino que fija una serie de fines y deja al Estado la decisión de cuáles son las medidas adecuadas para alcanzarlos. En este sentido el Comité se ha expedido categóricamente: “El Comité observa que el compromiso de “adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico”.

La referencia al *laissez-faire* tiene, en este contexto, importancia fundamen-

tal. El Comité reconoce que aún la omisión de regulación legal puede llegar a ser un remedio adecuado a los efectos de “lograr la plena efectividad” de los DESC. No estoy sugiriendo que ésta sea la mejor vía (de hecho, muy por el contrario, considero que el Estado debe tener una activa intervención como agente de redistribución) pero pone de manifiesto que la evaluación de si una determinada medida o programa estatal es o no acorde con el Pacto, o de si es regresiva o progresiva, es en muchos casos bastante más compleja que lo que la mayoría de los juristas han estado dispuestos a admitir hasta el momento. En la concepción de los estudiosos del derecho dar subsidios es siempre bueno y quitarlos o reducirlos es siempre malo. Ello puede ser efectivamente así, pero el Pacto no prejuzga al respecto. De manera que aquí la idea de ausencia de estándares normativos que denuncia el TSJ parece comenzar a comprenderse desde otra perspectiva: el PIDESC contiene numerosas obligaciones pero no está en absoluto claro qué acciones u omisiones en particular quedan vedadas al Estado. El deber de los Estados consiste en actuar deliberadamente para la plena satisfacción de los derechos reconocidos y señalar las razones acerca de por qué consideran que las medidas adoptadas sirven a tal fin. En este sentido, el Comité aclaró que “Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la ‘propiedad’ de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más ‘apropiadas’ a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas”.

Pueden, en resumen, advertirse dos diferencias estructurales fundamentales entre ambas categorías de derechos: mientras que el PIDCP es preciso y veda ciertos cursos de acción o limita el tipo de razones que pueden invocarse para realizar determinadas acciones, el PIDESC es más vago en sus prescripciones y se limita a formular, en términos generales, ciertas razones positivas para la acción estatal.

Estas diferencias pueden analizarse a partir de la distinción entre reglas de acción y reglas de fin desarrollada por Atienza y Ruiz Manero. En este sentido, las reglas referidas a derechos civiles constituirían, en general, reglas de acción, esto es “pautas específicas de conducta que establezcan mandatos o permisiones”;³ las reglas referidas a derechos sociales, por su parte, constituirían, mayoritariamente, reglas de fin, que se diferencian de aquéllas “únicamente en que el consecuente establecen el deber o la permisión no de realizar una determinada de acción, sino

3. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, p. 16.

de dar lugar a un cierto estado de cosas”⁴ de manera que “para cumplir esta regla, el destinatario tiene una variedad de medios entre los cuales puede optar”.⁵

3.3 La justiciabilidad de los DCP y de los DESC conforme a la normativa internacional.

La asimetría entre ambas categorías de derechos también se manifiesta respecto de las disposiciones de sendos Pactos respecto a su justiciabilidad. En este sentido, el PIDCP cuenta con una prescripción categórica: “Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a garantizar que [...] *Toda persona* cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados *podrá interponer un recurso efectivo*”, aclarando que “Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” [art. 2.3].

El PIDESC, en cambio, carece de una prescripción semejante. A pesar de ello, el Comité señaló que “Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales” (OG 3). Esta consideración del Comité ha sido invocada hasta el hartazgo para justificar la justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, la cita es siempre parcial y tergiversa la opinión del Comité. En efecto, el Comité expresamente aclara que la obligación de brindar recursos judiciales se limita a los derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, pudieran considerarse justiciables. Así, lejos de reducir la asimetría entre ambas categorías de derechos, el Comité la confirma en tanto reconoce explícitamente que no *todos* los derechos consagrados en el PIDESC son necesariamente justiciables, relegando tal decisión a los ordenamientos domésticos.

El Comité observa sin embargo que la obligación de que las medidas adoptadas no sean discriminatorias es una de las obligaciones que se fomentaría adecuadamente mediante la posibilidad de interponer recursos judiciales; aclarando que los Estados Parte del PIDCP están obligados a proveer un recurso en esos casos. Y luego agrega que “Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i.) del apartado a.), 8, 10 párr. 3.), 13 (apartado a.) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4.) y 15 párr. 3.), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales”.

Es relevante atender a la índole de las obligaciones que el Comité considera que deberían ser justiciables porque todas presentan características comunes que permiten

4. Ídem, p. 17.

5. Ídem, p. 18.

discernir un criterio subyacente.

El art. 3 se refiere al compromiso de dispensar igual trato a hombres y mujeres, por lo que en rigor, forma parte de la obligación general de no discriminación y queda amparada por el PIDCP.

El art. 7, ap. (a), inc. (i), reconoce el derecho de todos los trabajadores a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie (en especial, sin distinción entre hombres y mujeres); nuevamente, la obligación que surge de esta disposición forma parte de la obligación general de no discriminación.

El art. 8 reconoce el derecho a la libertad sindical y el derecho a huelga, derechos estrechamente vinculados (si no asimilados) con las libertades civiles y políticas, y similares a éstos en sus rasgos estructurales (constituyen frenos al accionar estatal).

El art. 10 párrafo tercero establece que “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”. Aquí la justiciabilidad parece referirse a los siguientes aspectos: no discriminación, explotación económica y social de adolescentes y niños, su empleo en trabajos nocivos, y su empleo a sueldo por debajo de los límites legales. Esta disposición, a diferencia de otras contenidas en el Pacto, establece con precisión la conducta que el Estado debe adoptar en la materia. No sólo se provee de una razón para la acción sino que se señala específicamente cuál es la acción que debe adoptarse.

El art. 13, párrafo segundo, apartado (a) dispone que “La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”; como en el caso anterior, la prescripción es clara en cuanto al accionar estatal exigido. El artículo podría haberse limitado a consagrar (como lo hace el párrafo primero) el derecho de toda persona a la educación y dejar la elección de las medidas apropiadas al efecto a los Estados Parte pero, en lugar de ello, estableció como obligatoria una medida concreta y específica: enseñanza primaria obligatoria y gratuita.

El párrafo tercero consagra la libertad de los padres respecto a la elección de la escuela en donde estudiarán sus hijos y a la educación religiosa o moral que recibirán. El párrafo cuarto consagra, por su parte, la libertad de individuos y entidades particulares para establecer y dirigir instituciones de enseñanza (defiende, pues, la enseñanza privada). En ambos casos, se trata, nuevamente, de frenos al accionar estatal.

Por último, el art. 15 párrafo tercero consagra el respeto por la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. Se trata de una libertad asociada a las libertades políticas y civiles clásicas, en particular, a la libertad de pensamiento y de expresión.

Al final del recorrido, las obligaciones que el Comité considera justiciables son de dos clases: (1) o bien constituyen frenos al accionar al estatal (y en este sentido, quedan enmarcadas –o se asemejan– a las obligaciones vinculadas a las libertades civiles y políticas clásicas) (2) o bien se trata de obligaciones que exigen del Estado la adopción de una medida claramente especificada a los fines de la satisfacción de los derechos que, en términos generales, consagra el PIDESC.

Las diferencias que los textos normativos establecen en cuanto a los alcances, estructura y justiciabilidad de las obligaciones asumidas por el Estado en materia de DCP y DESC suelen ser subestimadas por numerosos autores especialistas en el tema. Considero que los argumentos que se ofrecen en tal sentido no son buenos argumentos –a ello me dedicaré en el apartado siguiente–. No obstante, es preciso, por el momento, destacar que tales diferencias atraviesan ambos textos normativos y la interpretación que del PIDESC hace el Comité. Más aún, todas están estrechamente vinculadas entre sí. Las obligaciones del PIDESC no son incondicionales sino que dependen de los recursos disponibles. Las medidas que el Estado puede adoptar para cumplir tales obligaciones son diversas: el PIDESC no prejuzga acerca de ellas salvo en contadas ocasiones en las que especifica el accionar estatal requerido. Precisamente por ello, la justiciabilidad es también limitada. Los jueces, según surge de la enumeración realizada por el Comité, sólo deberían intervenir en los casos en que o bien se veda cierto curso de acción al Estado o bien se establece con precisión el accionar estatal exigido.

4. RAZONES FILOSÓFICAS QUE JUSTIFICAN LA ASIMETRÍA

Ahora bien, el modo en que se interprete el material normativo variará sustancialmente según la teoría política a la que se recurra al efecto.⁶ Por supuesto, no cualquier teoría política podrá acomodarse a dicho material (así, por ejemplo, una concepción libertaria extrema difícilmente podrá hacer lugar a los DESC; por otro lado, una concepción totalitaria, difícilmente pueda conciliarse con los DCP). Sin embargo, muchas teorías políticas que difieren en numerosos aspectos relevantes (rol del Estado, del Poder Judicial, etc.) son, a grandes rasgos, compatibles con una lectura razonable y consistente de ambos instrumentos y su interrelación.

6. Dworkin señala en este sentido que la interpretación jurídica debe satisfacer dos dimensiones: por un lado, debe acomodarse al texto normativo y a su tradición interpretativa y, por otro, debe constituir la mejor interpretación, en términos de teoría política, de dicho material. Ver especialmente: DWORKIN, Ronald: "Law as interpretation" en *Critical Inquiry*, Vol. 9, N° 1, The Politics of Interpretation (Sep 1982), pp. 179-200.

La cuestión es, pues, la siguiente: ¿se justifica, desde el punto de vista filosófico político, la referida asimetría entre ambas categorías de derechos? ¿Nuestra interpretación debe tender a diluir la distinción? ¿O debemos, por el contrario, reforzar la asimetría sugerida normativamente?

4.1 El principal argumento en contra de la distinción

Muchos autores especialistas en la materia, y, en forma destacada, Curtis y Abramovich, optan por la primera vía. Uno de los argumentos principales en tal sentido radica en demostrar que la característica en la que suele fundarse la distinción dista de permitir una clasificación tajante.

Tradicionalmente se distingue a los derechos económicos, sociales y culturales de los civiles y políticos, señalándose que mientras que estos últimos implican obligaciones negativas o de no hacer, los primeros implican obligaciones positivas o de hacer. A juicio de C. y A., dicha distinción está basada en “una visión totalmente sesgada y ‘naturalista’ del papel y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa”.⁷ Éste es el primer movimiento retórico-argumental: aceptar la distinción es comprometerse con el Estado mínimo. El segundo movimiento está inmediatamente después: ni siquiera Adam Smith y David Ricardo se comprometían con la distinción. Por ende, aceptar la distinción es no sólo comprometerse con el Estado mínimo sino hacerlo sin respetar su ilustre tradición. Y, finalmente, la estocada: ya para aquellos insignes pensadores resultaba “más que obvia la interrelación entre las supuestas obligaciones negativas del Estado [...] y una larga serie de obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual”.⁸ Éste es el núcleo del argumento. Es simplemente falso que los derechos civiles y políticos impliquen excluyentemente obligaciones negativas así como también lo es que los derechos económicos, sociales y culturales implican excluyentemente obligaciones positivas. Más bien, todo derecho constituye un entramado complejo de obligaciones positivas y negativas, siendo imposible establecer diferencias cualitativas sobre esa base.

Este argumento merece numerosas consideraciones. En primer lugar, el argumento parece eludir más que enfrentar el núcleo de la objeción tradicional. Cier-

7. ABRAMOVICH V. y COURTIS C.: “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en la *Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Internacionales*, Editoriales del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 285.

8. Ídem, pp. 285-286.

tamente, si la objeción pretende fundarse en la existencia de un par de relaciones biunívocas (i.e., DCP/obligaciones negativas, DESC/obligaciones positivas) está condenada al fracaso. Sin embargo, tal no parece ser el núcleo de la objeción tradicional; en efecto, ésta no descansa tanto en caracterizar a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen obligaciones puramente positivas (o la inversa) sino que se asienta en la distinción entre obligaciones positivas y negativas. Todo el punto puede resumirse brevemente: existe una diferencia cualitativa entre las obligaciones de hacer y las de no hacer tal que sólo las segundas pueden configurar un “verdadero” derecho frente al Estado. Esta afirmación, que permanece incólume a la argumentación de C. y A., arroja una visión de los DESC menos robusta de lo que pretenden sus defensores. En nada afecta a la objeción el hecho de que también los derechos civiles y políticos impliquen obligaciones positivas. Esto se clarificará si se especifica el sentido en el que se está utilizando el término “derecho” en el marco de esta discusión.

Al respecto, C. y A. señalan que “Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida– el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho”.⁹ Ahora bien, tal como afirman C. y A., todo derecho abarca obligaciones positivas y negativas, por lo que “el objeto del derecho” variará según la obligación exigida sea del primer tipo o del segundo. El enfoque tradicional señala que los derechos civiles y políticos constituyen verdaderos derechos pero sólo porque implican mayormente obligaciones negativas. Por el contrario, cuando lo que está en juego son obligaciones positivas ya no se sostiene que sean exigibles. Pensemos, por ej., en el derecho de propiedad y en las obligaciones positivas a las que aluden C. y A., v. gr., las funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. El derecho de propiedad constituye un verdadero derecho en la medida en que ofrece una acción jurídica cuando resulta vulnerado, sea por una acción positiva del Estado o de otros particulares. Sin embargo, no constituye un derecho que permita exigir las aludidas obligaciones positivas: no puedo, invocando mi derecho de propiedad, solicitar judicialmente que se incluyan policías en mi cuadra, o que se empleen más jueces para acelerar el funcionamiento de la justicia, etc. Resulta pues que los derechos civiles y políticos no tienen ningún status privilegiado en el enfoque tradicional, salvo el que se deriva, precisamente, de la distinción que C. y A. no cuestionan (i.e. entre obligaciones positivas y negativas).

La fuerza persuasiva del argumento de C. y A. deriva de que constantemente se desplaza entre diferentes planos discursivos, utilizando ambiguamente las expre-

9. Ídem, p. 297.

siones “derecho” y “obligación”. Un primer plano discursivo está referido al rol del Estado y se vincula con la discusión entre abstencionismo e intervencionismo estatal. Un segundo plano discursivo se refiere a las acciones jurídicas que los ciudadanos poseen frente a los poderes políticos y se vincula a la discusión entre abstencionismo y activismo judicial. En el primero, la afirmación de que el Estado tiene una “obligación” (p. ej., la de garantizar ciertas necesidades básicas a todos los ciudadanos), significa que, entre sus funciones, se halla la de proveer tal servicio. Sin embargo, adoptar una posición intervencionista en este plano no nos compromete, como pretenden C. y A., a adoptar una posición activista en la segunda discusión. Es posible sostener simultáneamente, sin inconsistencia alguna, las siguientes tesis: (1) el Estado está obligado a (tiene la función de) garantizar una vivienda digna a todos los individuos sometidos a su jurisdicción; y (2) el Estado no está obligado a (los ciudadanos no tienen una acción judicial para exigir la realización coactiva de) proveer una vivienda digna a cada uno de los individuos sometidos a su jurisdicción. Si hay, como señalan C. y A., una falacia tradicional (la existencia de un par de relaciones de biunívocas DCP/obligaciones negativas y DESC/obligaciones positivas), podemos advertir ahora una segunda falacia que consiste en la supuesta relación de implicación lógica entre intervencionismo estatal y activismo judicial.

Soslayadas estas confusiones usuales, debemos ahora plantearnos si hay buenas razones para sostener lo que hemos denominado el núcleo de la objeción tradicional, a saber, la distinción entre obligaciones positivas y negativas para fundar la exigibilidad de las segundas y la no exigibilidad de las primeras. A ello nos dedicaremos en el apartado que sigue. Procederé en dos pasos. En primer lugar, se analizará si hay o no razones para asignar relevancia a la distinción entre obligaciones positivas y negativas. En segundo lugar, se analizará si las eventuales razones que se aduzcan en tal sentido justifican o no –y en qué medida– un tratamiento diverso en cuanto a su exigibilidad.

4.2 ¿Es lo mismo actuar y omitir?

Comencemos, pues, con la primera cuestión:¹⁰ ¿existen razones moralmente relevantes que justifiquen la asimetría entre obligaciones positivas y obligaciones negativas? Por lo pronto, la tesis afirmativa parece contar con un gran punto a su favor: en nuestra práctica discursiva efectivamente solemos valorar en forma diversa los actos positivos y las omisiones que tienen los mismos efectos perjudiciales.

Sin embargo, esta tesis de sentido común ha recibido numerosas objeciones recibiendo el demoleador epíteto de “prejuicio”. Así, autores como Singer y Glover,

10. Las reflexiones que siguen constituyen una breve reconstrucción de la argumentación de NINO, Carlos Santiago: *Ética y Derechos Humanos*, segunda edición ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 317-355.

por ejemplo, consideran que ninguna de las razones usualmente aducidas en defensa de la asimetría es satisfactoria, llegando a la conclusión de que si un individuo A causa un resultado dañoso B, es indiferente desde el punto de vista moral, si lo causó por acción u omisión.

Esta tesis presupone, empero, que es posible atribuir efectos causales a una omisión. Este presupuesto presenta ciertas dificultades vinculadas a la distinción entre causas y meras condiciones de un resultado. En este orden de ideas, tanto en el marco de la argumentación jurídica como en nuestra práctica discursiva cotidiana, no identificamos la causa de un evento con sus condiciones necesarias, sino que seleccionamos entre éstas aquélla o aquéllas que, conforme algún criterio, revistan cierta relevancia. Hart y Honoré señalan que el criterio más usual en este sentido se vincula a la “normalidad” o “anormalidad” de las condiciones. Dichos autores explican que en la vida cotidiana y en el derecho no estamos interesados en explicar regularidades sino acontecimientos extraordinarios. Por ello, esperamos identificar como la causa de dicho acontecimiento a factores que no estén usualmente presente en nuestro ambiente físico y social sino a un factor que “haya hecho la diferencia”. Al aplicar este análisis del concepto ordinario de causa al caso de las omisiones, Hart y Honoré comienzan señalando que lo que es tomado como “normal” no sólo depende del curso de la naturaleza sino que, a veces, resulta también de hábitos, costumbres o convenciones humanas. Cuando tales condiciones normales originadas en el hombre están establecidas, la desviación de ellas es considerada excepcional y puede ser vista como la causa del daño. En numerosas ocasiones la desviación consistirá en una omisión, esto es en la abstención de actuar como lo prescribe la norma convencional que configura “el curso normal”. Así, por ejemplo, es posible señalar que un jardinero causó la muerte de las plantas al omitir regarlas porque existe una expectativa fundada en nuestras convenciones de que el jardinero regará las plantas. En cambio, difícilmente podrá afirmarse que alguien que vive en la otra manzana causó la muerte de las plantas al omitir regarlas, pues no existe ninguna expectativa en tal sentido.

Este análisis permite clarificar los alcances de la tesis de sentido común. En este orden de ideas, el punto de vista común no implica sostener que las omisiones son, en términos generales, menos malas que los actos positivos con las mismas consecuencias sino que, por el contrario, distingue entre conductas activas o pasivas que causan un daño y aquellas que no. Así, el diferente peso moral de la acción y la omisión se vincula a la noción de causa y, a su vez, ésta se explica en términos de expectativas definidas fundadas en regularidades o normas sociales. La existencia de una asimetría de sentido común entre acciones y omisiones se reduce entonces a la circunstancia de que las expectativas de comportamiento activo son sensiblemente menores a las expectativas de comportamiento pasivo.

Ahora bien, uno podría preguntarse si tenemos o no buenas razones para distribuir nuestras expectativas de ese modo. Si ello es así, entonces tendremos tam-

bién buenas razones para sostener la asimetría entre actuar y omitir. De lo contrario, la asimetría continuaría siendo un “prejuicio”.

Nino ha señalado una razón fundamental para que nuestras expectativas de actos positivos sean menores. En este sentido, señala que lo que subyace a la asimetría es el valor de la autonomía. La idea es que mientras el deber de abstenerse de cierta acción sólo cierra un camino de los múltiples posibles, el deber de realizar cierta acción cierra todos los caminos posibles menos uno. De allí que, si se expandieran notablemente nuestras obligaciones positivas, ello derivaría en una restricción inaceptable de nuestra libertad para elegir y llevar a cabo nuestro propio plan de vida. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, dado que el valor que subyace a la distinción es la autonomía, la expansión de los deberes positivos es legítima cuando ello lleva a una expansión de la autonomía. Esto es lo que le permite a Nino aceptar la existencia de obligaciones positivas (en el sentido débil de función) en cabeza del Estado y rechazar posiciones liberal conservadoras como la de Nozick.

5. LA EXIGIBILIDAD DE LOS DESC EN UNA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Lo que deberíamos indagar ahora es si la mentada asimetría entre actuar y omitir tiene alguna influencia en lo que respecta a la procedencia del control judicial de constitucionalidad. Asumiré, a este efecto, una teoría deliberativa de la democracia.

Una de las justificaciones más atractivas y persuasivas de la democracia deliberativa se funda en su valor epistémico. La idea es que la discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el medio más confiable para tener acceso a la verdad moral; ello así porque, entre otras cosas, ayuda a satisfacer el requerimiento formal de atención imparcial a los intereses de todos los afectados.

Ahora bien, desde tal perspectiva, “surgen dudas acerca de por qué el Poder Judicial, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al proceso democrático”.¹¹

De esta manera, la teoría de la democracia deliberativa pone en jaque al control de constitucionalidad y lo mira con recelo. Sin embargo, suelen admitirse diversas excepciones en los que aquél resultaría procedente. En la teoría de Nino, las más relevantes están vinculadas con (a) las precondiciones o prerequisites de la democracia y (b) el ámbito de validez de las decisiones democráticas.

Comencemos por considerar (b). Brevemente, la idea es que la deliberación y decisión democráticas sólo legitiman una imposición coercitiva cuando se refieren

11. NINO, Carlos Santiago: *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 259.

a principios morales intersubjetivos (esto es, que valoran acciones por sus efectos sobre los intereses o el bienestar de otros individuos) pero no cuando se refieren a ideales morales de excelencia personal (esto es, que valoran acciones por sus efectos sobre la calidad de vida o carácter moral del agente mismo). Ello así porque el requerimiento de imparcialidad sobre el que se funda tal valor epistémico no es relevante para la validez de estos últimos. Resulta pues que las decisiones democráticas carecen de todo valor epistémico cuando se refieren a ideales de excelencia personal y, por tanto, se justifica que los jueces intervengan para impugnar la medida coercitiva en la medida que ésta ha perdido su fundamento de legitimidad. Esta excepción protege a los individuos contra la coacción del Estado cuando ésta se funda en razones perfeccionistas. Los derechos civiles y políticos derivan su justificabilidad de este principio en numerosos supuestos (el caso paradigmático, es el de la protección de la privacidad, pero cualquier otra restricción de la libertad que se funde en razones perfeccionistas queda vedada; así, por ej., si se limitara la libertad de acceder a divulgaciones comunistas sobre la base de que pervierten el carácter). Lo mismo no parece suceder respecto de los derechos económicos, sociales y culturales; éstos involucran siempre principios de moral intersubjetiva. Parece pues que si su exigibilidad puede ser justificada, ello debe hacerse a partir del supuesto de excepción (a).

5.1 ¿Son los derechos sociales derechos a priori?

En el caso de (a) el argumento a favor del control de constitucionalidad es, en resumidas cuentas, como sigue: el valor epistémico del proceso democrático requiere que se cumpla con ciertos prerequisites; muchas de estas condiciones involucran derechos que, por esta razón, pueden ser considerados derechos *a priori*. Se trata de derechos que constituyen *condiciones de validez del proceso democrático*: su valor no se encuentra determinado por el proceso sino que está presupuesto por éste. En este orden de ideas, si una decisión democrática vulnerara dichos derechos entonces socavaría, al mismo tiempo, las propias bases de su legitimidad. Ello, se arguye, justifica la procedencia del control de constitucionalidad. Claro que el problema consiste en determinar qué derechos son derechos *a priori* y cuáles derechos *a posteriori*.

La determinación de los derechos *a priori* conlleva numerosas dificultades. La dificultad principal radica en lo que se ha denominado *la paradoja de las precondiciones de la democracia*. Ésta puede formularse en los siguientes términos: cuanto mayor la cantidad de derechos que consideremos derechos *a priori*, esto es, cuanto mayor sea la cantidad de precondiciones que exijamos para otorgar valor epistémico al proceso democrático, menor será la cantidad de cuestiones a resolver por la democracia.

El problema es tanto más alarmante precisamente una vez que reconocemos que, potencialmente, los derechos en cuestión pueden involucrar tanto obligaciones

negativas como positivas. Debemos, por tanto, ser cuidadosos al momento de establecer qué derechos constituyen derechos *a priori*: una lista demasiado estrecha acarrea el riesgo de una reducción inaceptable del valor epistémico de la democracia, mientras que un exceso acarrea el riesgo de que el debate se vea reducido a cuestiones limitadas y, en definitiva, intrascendentes.

La cuestión se reduce pues a la siguiente ¿son los derechos sociales derechos *a priori*?

Yo creo que, en términos generales, los derechos sociales no son derechos *a priori*. Existen dos razones fundamentales que justifican esta respuesta.

5.1.1 Argumento de la eficacia epistémica de los derechos civiles y políticos en relación al ámbito democrático de toma de decisiones

La primera razón está vinculada a la distinción entre actuar y omitir desarrollada en el apartado 4.2. En efecto, allí se puso de manifiesto que las obligaciones positivas implican una restricción mayor a la autonomía de los individuos que las obligaciones negativas. En este orden de ideas, mientras que la aceptación de derechos negativos *a priori* reduce el margen de acción de los órganos democráticos en un grado mucho menor que los derechos positivos, en principio, ambos contribuyen en igual grado al valor epistémico de sus decisiones.

Esta consideración permite justificar la tesis de que, *prima facie*, las obligaciones positivas no son justiciables (estén vinculadas a un DCP o a un DESC). No obstante, no se trata de una restricción absoluta. En efecto, es posible que la utilidad marginal (en términos de valor epistémico) que se deriva de aceptar una obligación constitucional positiva sea tan alta que esté justificada no obstante significar una restricción mayor del ámbito democrático de decisión. En este sentido, no se afirma que ninguna obligación constitucional positiva es exigible sino, simplemente, que tal posibilidad debe evaluarse restrictivamente.

5.1.2 Argumento de las restricciones epistémicas en materia de derechos sociales

La segunda razón está vinculada a lo que denominé “rasgos estructurales” de los DESC. En ese sentido, señalé que muchas de las disposiciones del PIDESC establecían derechos que operaban como razones para la acción sin que se estableciera específicamente qué acción debía adoptar el Estado para lograr su plena satisfacción. Es más, señalé que el PIDESC era extremadamente abierto a políticas de la más diversa índole sin prejuizar por ninguna de ellas. Esta circunstancia no responde exclusiva ni fundamentalmente a la vaguedad con que se expresaron los

redactores del Pacto sino a ciertas *restricciones epistémicas*¹² vinculadas a la determinación de cuáles son los medios idóneos a los efectos de alcanzar un estado de cosas en el que los derechos que consagra encuentren plena satisfacción. En este sentido, ciertas observaciones de Rawls respecto al segundo principio de justicia (esto es, aquél vinculado a la justicia distributiva y, por ende, a los DESC) resultan aquí especialmente iluminadoras.

Rawls considera que el segundo principio de justicia –a diferencia del primero, que consagra las libertades civiles y políticas básicas– no debiera considerarse una “esencia constitucional”. Esta distinción se funda, principalmente, en dos razones.

La primera es que existe relativo acuerdo acerca de las restricciones que importan las libertades civiles y políticas, “parece posible alcanzar el acuerdo sobre cuáles deberían ser esas esencias, no en todo detalle, por supuesto, pero sí en líneas generales”¹³. La segunda razón se vincula a lo que he denominado “restricciones epistémicas”. En este sentido señala: “Que se cumplan o no los objetivos del segundo principio es algo mucho más difícil de determinar. En cierta medida, estos temas están siempre abiertos a diferencias razonables de opinión; dependen de la inferencia y el juicio en la evaluación de información social y económica compleja”¹⁴. Sin embargo, no suele ocurrir lo mismo con las libertades civiles y políticas protegidas por el primer principio: “Con frecuencia es clara y evidente la violación de la igualdad de las libertades. Estas violaciones no sólo son injustas, sino que claramente puede verse que lo son”¹⁵.

El debate acerca de qué medidas debe adoptar el Estado es complejo e involucra gran cantidad de información así como espinosas cuestiones técnico económicas y valorativas (el rol del merecimiento, la eficiencia, qué balance debe realizarse entre los sacrificios de hoy y los beneficios de mañana, etc.). No se trata meramente

12. Esta idea puede ser precisada en términos de probabilidad. En este orden de ideas, cuanto mayores sean las restricciones epistémicas que afectan a determinada decisión, menor es la probabilidad de que se decida correctamente. No se trata, empero, de que el concepto de restricciones epistémicas *signifique* tal reducción de probabilidades. El concepto de restricciones epistémicas alude a ciertas circunstancias de hecho que *determinan* tal reducción. En los que sigue haré referencia a ciertas restricciones epistémicas relativas a una materia en particular (derechos sociales) y a un procedimiento de decisión particular (el judicial). Con respecto a cada una de ellas la siguiente afirmación debería ser verdadera: “Si tal circunstancia de hecho no se diera, entonces aumentaría las probabilidades de que un juez decida correctamente en materia de derechos sociales”. El objeto de la argumentación será demostrar que tales restricciones no afectan en igual grado (o no afectan en absoluto) al procedimiento democrático de toma de decisiones.

13. RAWLS, John: *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 80.

14. Ídem, p. 80.

15. RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 231.

de determinar si el individuo que acciona judicialmente debería o no tener un hogar adecuado, digno, etc. Sobre este punto, esto es, sobre el estado de cosas moralmente exigible, no hay mayores controversias. Las controversias se incrementan al momento de determinar si el Estado tiene la función de lograr ese estado de cosas y qué costos puede o debe imponer al resto de los ciudadanos para alcanzarlo. Pero éste es aún un problema menor. El problema central es qué medidas son eficientes para lograrlo y, en este punto, es preciso valorar todas las consecuencias que se derivan de ellas, y resolver los problemas morales a los que tales decisiones nos enfrentan. Así, por ejemplo, al momento de conceder un beneficio social, no deberíamos reducir nuestra evaluación a la situación de quien recibe el beneficio en el corto plazo sino que es preciso considerar también sus consecuencias respecto de aquéllos que no lo reciben, el nivel de empleo, la inversión, la producción, etc.

Hasta aquí he destacado que las restricciones epistémicas se refieren a cuestiones técnico-económicas y morales. En lo que sigue, intentaré mostrar en qué medida estas restricciones afectan al proceso de decisión judicial y por qué los procesos de decisión de los órganos democráticos son epistémicamente más adecuados. Sin embargo, antes de acometer tal tarea, me detendré en ciertos problemas epistémicos específicos que surgen a raíz del contexto institucional en el que los jueces deciden las controversias que se les presentan.

5.1.2.1 El contexto institucional de decisión judicial y sus problemas en materia de derechos sociales

El juez se enfrenta a un proceso judicial, en principio, particular y, también en principio, planteado en términos jurídicos. Ello acarrea ciertos problemas. Existe, primero, un problema de disponibilidad de información. El juez desconoce el número de personas que se encuentran en situaciones similares, cuáles en condiciones aún más urgentes, sea respecto a este derecho o a otros derechos. Podrían, por supuesto, proponerse diversos mecanismos para resolver este tipo de dificultades. Los jueces podrían auxiliarse con peritos, realizar investigaciones acerca de la situación social en su jurisdicción, y, de esta manera, comenzar a recabar la información relevante. Ignoremos por un momento las dificultades en términos de eficiencia que estos mecanismos podrían acarrear (expansión considerable del gasto público en actividades que ya realizan otras agencias estatales, aumento de la labor judicial, etc.). Estas consideraciones resultan, en cierta medida, irrelevantes;¹⁶ existe un segundo

16. La protección de cualquier derecho tiene costos. El argumento en contra de la justiciabilidad de los DESC no podría basarse en esta sola observación a menos que se realice un análisis de los costos de protección de cualquier derecho, la prioridad de proteger ciertos derechos y no otros, etc. No es éste el camino que intentaré aquí, ni me parece viable una argumentación de este tipo.

problema, más difícil, de coordinación. Supongamos que un juez cuenta con esa asistencia y que funciona eficazmente, y que, además, cuenta con conocimientos de economía que le permiten juzgar la pertinencia del beneficio social que se le exige en términos de derechos sociales (veremos, más adelante, que esto tiene sus problemas, pero, por ahora, los ignoraré). Evaluando la información disponible llega a la conclusión de que, dadas las circunstancias actuales, el acto de otorgar el beneficio social no sólo mejoraría la situación del accionante sino que, además, no pondría en juego la de otros individuos que se encuentran “en estado de vulnerabilidad”, ni en el corto ni en el largo plazo. Decide, por ende, que la omisión del estado al no otorgar dicho beneficio lesiona los derechos del accionante y ordena conceder el beneficio. Es más, usualmente, se pensará que otorgar *un* beneficio difícilmente causará graves perjuicios. El problema es que la información que el juez tiene disponible es limitada, pues no puede prever cuántos otros jueces estarán tomando decisiones similares a las suyas. Las razones que determinan que es correcto otorgar un beneficio social en estas circunstancias a este individuo A pueden verse afectadas si el mismo beneficio u otros se conceden a B, C, D, E. Esto podría conducir a que se tomen medidas que no son justificables a la luz de los estados de cosas que el PIDESC establece como exigencias y, por ende, en última instancia, contrarias a derecho. Esto implica que para determinar la juridicidad de su decisión el juez debería coordinar su accionar con el de los restantes jueces, pero ello implicaría, en cierta medida, olvidarse del caso que se le presenta: los jueces deberían decidir todos los casos sopesando unos casos con otros, evaluando las medidas más eficientes, etc. Aquí aparece un segundo problema. El proceso judicial y la práctica judicial están diseñados a los efectos de que se tomen cierto tipo de decisiones que involucran cierto tipo de problemas y cierto tipo de argumentación; ese proceso y esa práctica deberían reformarse radicalmente para dar cabida al tipo de consideraciones que deberían realizarse a los efectos de que los jueces puedan determinar si el accionar del estado es adecuado o no a los efectos de realizar los derechos sociales. No es imposible, empero, que tal reforma se realice –probablemente, por cierto, debiéramos repensar nuestra práctica argumentativa por razones independientes–. Tampoco el problema de coordinación es irresoluble. Una forma eficaz de coordinar el accionar judicial podría ser concentrar la competencia en esta materia en un solo tribunal e, incluso, favorecer la presentación de acciones colectivas más que la consideración de casos particulares.

Estas consideraciones, más que señalar un obstáculo insalvable, alertan sobre la necesidad de realizar ciertas modificaciones institucionales si se quiere avanzar en la judicialización de los DESC: los problemas institucionales admiten soluciones institucionales. La solución institucional a estos problemas parecería residir en la creación de un tribunal con las siguientes características: 1. Competencia exclusiva en materia de derechos sociales. 2. Asistencia de equipos técnicos preparados en investigación social y economía. 3. Un proceso deliberativo que modifique el modo

en que tradicionalmente se argumenta frente a los tribunales, para receptar consideraciones de eficiencia, de impacto de la decisión sobre otros sectores vulnerados, en el largo y en el corto plazo, etc. 4. Mecanismos de acciones colectivas eficaces que permitan realizar consideraciones globales sobre los intereses y derechos en juego. Cada uno de estos rasgos puede presentar problemas de diseño, discrepancias acerca de cómo satisfacerlos, etc. Por lo pronto, debe asumirse, entonces, que si se desea avanzar en la judicialización se necesita instrumentar un proceso adecuado al efecto y que tal tarea difícilmente puede ser realizada por los propios jueces. Supongamos, empero, que los jueces logran resolver estas dificultades por sí mismos: restarían aún ciertos problemas epistémicos y de legitimidad en su accionar que analizaré a continuación.

5.1.2.2 *Problemas de la decisión judicial: el conocimiento técnico-económico*

Comencemos por las restricciones epistémicas referidas a cuestiones técnico-económicas. Peter Schuck señala, con relativo acierto, que “los jueces se han formado como abogados generalistas, en general como litigantes, no como especialistas en el diseño de políticas [...]. Es improbable que adquieran o sepan aprovechar el tipo de información requerida para analizar políticas”.¹⁷

El acierto de esta observación es relativo porque si bien probablemente sea verdadera como cuestión *de hecho*, es insuficiente como argumento en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales. En este sentido, la respuesta de Grosman parece plenamente satisfactoria: “Sin duda, los jueces deben recurrir al asesoramiento de profesionales dentro y fuera del Estado. Sería una tontería no hacerlo. Sin embargo, tal asesoramiento es habitual en el proceso judicial; no se trata de una peculiaridad propia de los derechos sociales”.¹⁸

Sin embargo, los problemas son más profundos que los señalados por Schuck y resueltos por Grosman.

El argumento de Schuck es, brevemente, que los jueces, dado que son incompetentes en materia de políticas públicas, no pueden evaluar las políticas diseñadas por los órganos mayoritarios. El contraargumento de Grosman puede, también, sintetizarse: es irrelevante que los jueces sean incompetentes en materia de políticas públicas, también lo son, por ej., para analizar el grado de incapacidad resultante de un accidente automovilístico; para analizar tales cuestiones fácticas es que está

17. SCHUNCK, Peter: “El poder judicial en una democracia”, en AA.VV., *Los límites de la democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 14.

18. GROSMAN, Lucas S.: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Librería Ediciones, Buenos Aires, 2008, pp. 120-121.

prevista la institución de los peritos cuya utilización es usual en cualquier controversia jurídica.

Sin embargo, las cuestiones fácticas involucradas en el análisis del grado de incapacidad de la víctima y en la determinación de la violación de derechos sociales son diferentes en aspectos relevantes. En el primer caso, está en juego un problema relativo a la ciencia médica. En el segundo, en cambio, están en juego numerosas problemáticas (médicas, sociales, etc.), pero, fundamentalmente, se trata de un problema de teoría económica. Entre la medicina y la economía hay, por cierto, una distancia considerable.

En primer lugar, el grado de disenso existente en la comunidad científica de la economía es considerablemente mayor. Existen numerosas teorías y métodos en economía y tales teorías y métodos difieren tanto uno del otro que dos economistas pertenecientes a “escuelas” distintas difícilmente puedan ponerse de acuerdo. Esto no implica, por supuesto, que no existan desacuerdos en medicina. Sin embargo, existe en medicina un programa de investigación científica mayoritariamente aceptado, las diferencias internas pueden resolverse con referencia a dicho marco, y las diferencias con medicinas alternativas son menores en profundidad y alcances que los que separan a las “escuelas” económicas.

Esta circunstancia plantea serias dificultades a la respuesta de Grosman. Las proyecciones acerca del impacto de ciertas medidas económicas sobre, digamos, el sector más desaventajado de la sociedad, variarán considerablemente de un economista a otro, de un perito a otro. De manera que si el juez acude a un perito, la resolución del caso (esto es, en última instancia, el accionar estatal) dependerá de la teoría científica que abraza ese perito en particular. Por lo tanto, no es razonable que el perito sea elegido al azar. Sin embargo, tampoco puede exigirse que las partes acuerden en un perito (es probable que si acuerdan en este sentido la cuestión no se hubiera sometido al tribunal en primer lugar).

La cuestión se reduce entonces a determinar la racionalidad y legitimidad de que sea el juez quien determine la teoría económica a luz de la cual debe analizarse la juridicidad de la conducta estatal. Para decidir esta cuestión debe tenerse en cuenta que, en principio, las virtudes epistémicas que se atribuyen a la democracia, en principio, no juegan aquí ningún papel relevante. En efecto, cabe recordar que el valor epistémico de la democracia está dado por la virtualidad de aproximarse a la exigencia de imparcialidad, más que por maximizar la racionalidad y el conocimiento de los hechos, y que tal exigencia sólo tiene relevancia epistémica en materia moral pero no, en principio, en discusiones científicas.

Aún así, existen buenas razones para priorizar la decisión de los órganos mayoritarios. Creo que un ejemplo puede ilustrar el caso a favor de esta creencia. Atendamos al marco de nuestra práctica argumentativa cotidiana. Supongamos que dos legos discuten acerca de la causa de que la pelota “vaya con efecto”. En el marco de esta discusión, podrán acudir a argumentos intuitivos de diversa índole. Sin em-

bargo, sería un muy buen argumento apelar a la opinión de la comunidad científica. Si los dos apelaran a teorías científicas, difícilmente podrían resolver la cuestión defendiendo o atacando las teorías respectivas porque carecen de las aptitudes necesarias para hacerlo. Sin embargo, sería un buen argumento que la posición que sostiene uno de ellos debe privilegiarse por ser la aceptada mayoritariamente. Por supuesto, ese argumento no sería un buen argumento en el marco de una discusión *entre científicos*, quienes sí deben resolver la cuestión en función de las virtudes y defectos de las teorías respectivas.

De la misma manera, en el marco de la discusión en un proceso judicial, dadas dos teorías rivales, no puede privilegiarse a una de ellas en función de criterios técnicos o científicos, simplemente porque no están las condiciones dadas para –ni es conveniente que– una controversia científica se dilucide en ese marco. En ciertas ocasiones, empero, las partes invocan teorías rivales y la resolución del caso depende de cuál de ellas prevalezca. ¿Qué debe hacer el juez? Como en el caso cotidiano, el juez debería, en la medida de lo posible, acudir a razones no técnicas para privilegiar una de las dos teorías. En este sentido, son numerosos los argumentos que podrían desarrollarse para privilegiar la teoría de adoptada por los órganos mayoritarios por sobre la del particular. Me referiré a dos brevemente.

- 1) Podría sostenerse que, excluida la posibilidad de argumentar sobre las virtudes o defectos de una teoría, siempre es conveniente, *ceteris paribus*, adoptar la posición mayoritaria (una argumentación de este tipo podría basarse en teoremas como el de Condorcet).
- 2) Habiendo el Estado tomado una decisión fundada (vía funcionarios o representantes especialmente designados al efecto) no tiene sentido que revea su propia decisión (lo que implica repetir el proceso de toma de decisión, con la erogación de fondos que eso supone), a menos que sea contraria a derecho (si tal circunstancia puede determinarse independientemente de las teorías científicas) o infundada. En este contexto, una decisión estatal es infundada en caso de que no exista una teoría científica que la sustente habiendo teorías científicas disponibles.

Con todo, la medicina y la economía difieren en otro aspecto relevante. La teoría económica está estrechamente vinculada a intereses egoístas y prescripciones morales. Me interesa aquí concentrarme en el segundo problema. En efecto, muchas veces es sumamente difícil discernir cuándo un economista está emitiendo un juicio de hecho y cuándo un juicio de valor. En este sentido, cuando un economista se pronuncia sobre la racionalidad de cierto accionar, los alcances de tal proposición no son siempre claros. ¿Está emitiendo un juicio de hecho acerca de la eficiencia, en

términos netos de riqueza, de ese acto? ¿O está señalando que, por ejemplo, ciertos objetivos que usualmente se persiguen con tal medida, no pueden, en realidad, ser alcanzados? ¿O está sopesando ese accionar con otros valores? ¿En qué medida afectan a nuestras teorías económicas nuestras creencias acerca de la igualdad y la libertad? En mayor o menor medida, nuestras discusiones teóricas en economía dependen de nuestras concepciones morales y políticas (y a la inversa). No está claro dónde acaban unas y comienzan las otras. Esto sea, quizás, un defecto de nuestras teorías económicas. Pero es, en todo caso, una circunstancia que no podemos corregir de inmediato.

Esta circunstancia pone de manifiesto que la elección de una teoría económica no está libre (como habíamos supuesto inicialmente en pos de la argumentación) de implicancias morales. Esto es, no es posible adoptar una teoría económica para juzgar las consecuencias de hecho de una determinada conducta y luego juzgar moralmente esa conducta “desde cero”, por así decirlo: las teorías económicas están entremezcladas con teorías morales o, peor aún, con juicios de valor que no forman parte de un sistema moral articulado. Esto no quiere decir que estas cuestiones no sean susceptibles de ser divorciadas pero la cuestión acerca de qué constituye un juicio de hecho y qué un juicio de valor estará sometida a controversia. Si consideramos que el proceso democrático tiene determinadas aptitudes epistémicas en temas morales debiéramos ser muy cuidadosos al juzgar si cabe desplazar sus juicios invocando proposiciones económicas que se presentan como moralmente asépticas.

5.1.2.3 Problemas de la decisión judicial: las controversias morales.

Ahora bien, supongamos que hemos salvado tal dificultad, que hemos sido perfectamente precavidos y que estamos seguros de haber “depurado” nuestra teoría económica de juicios morales. Supongamos también que hemos logrado resolver los problemas referidos a cómo determinar la teoría económica que debiera regir nuestras consideraciones referentes al accionar estatal (por ej., porque la comunidad científica ha alcanzado un acuerdo unánime). Aún en estas condiciones idealizadas, de aceptarse la justiciabilidad de los DESC, los jueces estarían obligados a decidir sobre cuestiones relevantes en condiciones epistémicas relativamente desfavorables (en comparación con el proceso democrático de toma de decisiones).

El PIDESC consiste fundamentalmente en reglas de fin. Como señaló, tales reglas no establecen el deber de realizar determinada acción sino el de dar lugar a un cierto estado de cosas: en este caso, un estado de cosas tal en que todos los ciudadanos tengan acceso a ciertos bienes y servicios –educación, vivienda, salud, etc.

Sin embargo, bajo la hipótesis de que hemos resuelto el problema de qué acciones son conducentes a tal fin, la distinción entre reglas de acción y reglas de fin parece desvanecerse. Si S tiene la obligación de dar lugar al estado de cosas

EC (Regla de Fin 1) y existe acuerdo acerca de que EC se alcanza por medio de la acción A-EC (Acuerdo 1), de la regla de fin se infiere una regla de acción “Es obligatorio que S realice la acción A-EC” (Regla de Acción 1). De esta manera, los problemas epistémicos a que daba lugar este rasgo estructural de los DESC quedan aparentemente eliminados.

La cuestión es, empero, un poco más compleja. El razonamiento precedente es válido sólo bajo dos supuestos adicionales: (1) A-EC es el único medio jurídicamente permitido para alcanzar EC y (2) la Regla de Fin 1 es la única regla de fin o las acciones requeridas por las distintas reglas de fin son compatibles.

El primer requisito es más o menos evidente. Si para lograr el estado de cosas EC, puede adoptarse la conducta A-EC o la conducta A2-EC, entonces no es posible inferir: “Es obligatorio que S realice la acción A-EC” sino, meramente, “Es obligatorio que A realice, o bien A-EC, o bien A2-EC”. Tratándose de una regla de fin, la elección entre estas dos alternativas recae sobre el obligado. Dado que en este caso el obligado es el Estado, es preciso determinar sobre cuál de sus órganos recae tal facultad. Las propias reglas no son concluyentes al respecto (conf. *ut supra* apartado 2). No obstante, existen buenas razones para atribuir esta decisión, en primera instancia, al órgano democrático por excelencia, el Congreso.

Supongamos, ahora, que efectivamente, el único medio para dar lugar a EC al que S tiene acceso es A-EC e imaginemos que existe otra regla según la cual S tiene la obligación de dar lugar al estado de cosas EC2 (Regla de Fin 2) y que existe acuerdo acerca de que EC2 se alcanza únicamente por medio de la acción A-EC2 (Acuerdo 2). Siguiendo nuestra línea de razonamiento previa, se sigue la regla de acción “Es obligatorio que A haga A-EC2” (Regla de Acción 2). Los problemas surgen, empero, si A-EC y A-EC2 son *incompatibles*.

La incompatibilidad puede ser de diversos tipos. Si se trata de una incompatibilidad *lógica* el sistema normativo en cuestión es lógicamente inconsistente¹⁹ a menos que exista una tercera regla que, en caso de conflicto, priorice a una de las anteriores. Si no existe tal regla, quien pretenda exigir (fundado en derecho) una de las dos conductas, deberá priorizar una regla de fin sobre la otra. Nuevamente, entonces, es necesaria una decisión, esta vez entre dos reglas de fin (y no, como en el caso anterior, entre dos medios). Si bien, las proposiciones normativas “Es obligatorio que S realice la acción A-EC” y “Es obligatorio que S realice la acción A-EC2” son verdaderas, no puede exigirse fundadamente (en derecho) ni sólo A-EC ni sólo A-EC2, sin que medie una decisión [fundadamente sólo puede exigirse a S “Debes, desde el punto de vista jurídico, hacer o bien A-EC o bien A-EC2”].

19. Tengo dudas acerca de si cabe calificar a esta inconsistencia como un supuesto de inconsistencia lógica pues la inconsistencia depende de tesis empíricas (los acuerdos) que permiten la inferencia de regla de fin a regla de acción. Si me decidí por calificarla así fue por razones expositivas.

Las incompatibilidades empíricas, por su parte, pueden ser de dos tipos, a saber, incompatibilidad en sentido estricto o incompatibilidad temporal.

La incompatibilidad empírica en sentido estricto implica que, o bien se realiza A-EC, o bien se realiza A-EC2, pero fácticamente, no pueden realizarse ambas. Las consecuencias en este caso son similares al supuesto de incompatibilidad lógica: una de las dos reglas deberá priorizarse.

La incompatibilidad temporal implica que A-EC y A-EC2 no pueden llevarse a cabo simultáneamente, pero nada impide que sean realizadas sucesivamente o mediando determinado período de tiempo. En este caso, la cuestión es sensiblemente diferente. Las exigencias de A-EC y A-EC2 están justificadas jurídicamente pero, dadas las limitaciones temporales, debe tomarse una decisión acerca de qué acción se realizará primero. Nuevamente aquí aparece la necesidad de una elección.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, se ve fácilmente que, aún bajo condiciones ideales en términos de conocimientos económicos, las dificultades epistémicas no desaparecen. En efecto, la decisión entre un medio y otro, o entre una regla de fin y otra (sea definitiva o temporal), involucran diversos problemas morales y técnicos.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene numerosas reglas de fin. Muchas de ellas, además, revisten jerarquía constitucional (promover el bienestar general, garantizar la libertad, garantizar el acceso a ciertos bienes y servicios –derechos sociales–, etc.). Algunas resultarán, por lo menos, empíricamente incompatibles en el corto plazo. Es más, siendo los recursos escasos, probablemente sólo las reglas de fin referentes a derechos sociales, analizadas desde el punto de vista de una teoría económica cualquiera, impliquen exigencias empíricamente incompatibles en el corto plazo. Asimismo, y también desde una misma teoría económica, es probable que cada regla de fin admita varios medios igualmente eficientes en términos de derechos sociales pero acerca de los cuales tengamos discrepancias morales. O, incluso, puede que no obstante que un medio sea más eficiente que otro en términos de derechos sociales, existan razones morales para priorizar este último. Por ejemplo, quizás si se obligara a trabajar a ciertas personas en, digamos, la industria de alta tecnología, en lugar de dejar a su libre arbitrio esa decisión, se produciría un aumento neto de riqueza, que permitiría satisfacer ciertas necesidades sociales. Por su parte, el valor epistémico de la democracia se vería incrementado. No obstante, quizás haya quienes consideren que tal decisión no es justificable desde el punto de vista moral. Otra controversia moral de este tipo podría ser la siguiente: supongamos que para reducir la pobreza sea más eficiente atender primero a aquellos pobres que se encuentran en las situaciones más ventajosas (comparativamente con el resto de los individuos en situación de pobreza).²⁰ No obstante ello, podríamos considerar

20. Esta posición ha sido, de hecho, sostenida por FARRELL, Martín Diego, en *Filosofía del*

que hay razones morales para aliviar primero a quienes están en peores condiciones.

Estos son sólo algunos ejemplos pero los dilemas morales a los que nos enfrenta la distribución de recursos escasos son múltiples. ¿Quién debe resolver esos dilemas? Si se acepta que el proceso democrático de toma de decisiones tiene ciertas virtudes epistémicas de las que carecen otros, como la reflexión individual, entonces, la cuestión debe resolverse a favor de los órganos democráticos.

5.1.3 El alcance de la revisión judicial

Las razones expuestas (5.1.2 y 5.1.3) determinan el alcance de la revisión judicial. Las obligaciones negativas son, en principio, exigibles. Por el contrario, las obligaciones positivas son, en principio, no-exigibles. Esta restricción a la exigibilidad de las obligaciones positivas cede si y sólo si existe una norma tal que explicita el accionar estatal requerido, esto es, si, además de una regla de fin, existe una **regla de acción**, de manera que –para bien o para mal– las dificultades epistémicas han sido eliminadas. En este caso, el juez debe exigir que los órganos políticos actúen en el sentido prescripto por ésta.

A mi entender, esta concepción se adecua a las consideraciones realizadas por el Comité en la OG 3 respecto a la justiciabilidad de los DESC.

En cuanto a los estándares de revisión que admite el TSJ caben las siguientes reflexiones. Claramente la solución aquí propugnada implica mantener los estándares de igualdad y no discriminación y, con igual claridad, rechazar el estándar de no regresividad y el vinculado a las obligaciones mínimas. La situación no es tan clara, empero, respecto del estándar del art. 31 de la CCBA. Aquí me limitaré a señalar que lo considero pertinente pero sin dudas la cuestión merece una reflexión más profunda y depende, en parte, de la aplicación que los tribunales hagan de dicho estándar en lo sucesivo.

5.2 Una consideración global de la argumentación realizada.

Uno de los argumentos principales que desarrollé en los apartados anteriores para justificar el alcance limitado de la revisión judicial está vinculado a las restricciones epistémicas existentes en materia de derechos sociales y a las virtudes epistémicas de las decisiones democráticas.

El argumento es, brevemente, que la satisfacción de los derechos sociales depende de la consideración de numerosos problemas de teoría económica y morales y que, en ambos órdenes, las decisiones democráticas están epistémicamente mejor

situadas. En este sentido, uno de los principales objetivos es combatir una visión ingenua según la cual hacer efectivos los derechos sociales sería una tarea relativamente sencilla si el gobierno accediera a ello.

Sin embargo, alguien podría admitir las dificultades e insistir en que son los jueces quienes deben tener la última palabra en la materia. Esta es, por ejemplo, la posición de Grosman. En su excelente libro sobre el tema, Grosman desarrolla una teoría compleja, robusta y controversial de la igualdad, que, según él, es la que incorpora nuestra constitución y, en consecuencia, la que deben imponer los jueces. Los problemas morales son, entonces, resueltos por dicha teoría. Las eventuales dificultades para determinar qué acciones son, de hecho, efectivas para realizar esa concepción de la igualdad, recaen también, en última instancia, en el Poder Judicial: “El tribunal, no el Gobierno, es responsable del diseño del remedio adecuado. Más aún, cualesquiera sean las virtudes que el juez debe exhibir en este proceso, ciertamente no contaría la pasividad entre ellas. Hace falta un tribunal muy activo para modificar la estructura social mediante la implementación de los derechos sociales, como pretende el paradigma del escasez”.²¹

Creo, sin embargo, que una teoría de este tipo no se toma en serio las virtudes epistémicas de la democracia. No se trata meramente de determinar quién implementará una teoría moral y un programa económico dados. Si ése fuera el caso, quizás existirían buenas razones para que sean los jueces quienes asuman la tarea.

Sin embargo, el problema es bastante más complejo. Todo lo que tenemos como dato son ciertas reglas de fin y ciertas reglas de acción: cómo alcanzar los estados de cosas prescriptos, qué medidas económicas debe adoptarse, cómo deben sopesarse los distintos medios y fines, etc., son cuestiones que alguien debe decidir racionalmente. Si uno confía en el proceso democrático de tomas de decisiones debería participar activamente en él y, de ser el caso, admitir que, aún cuando las decisiones resultantes difieran de las propias, tienen mejores credenciales epistémicas.

5.2.1 *¿Es circular el argumento?*

Alguien podría objetar que he realizado un sutil, pero no por eso menos injustificado, movimiento de prestidigitación. En primer lugar, acepté que el problema consistía en determinar si los derechos sociales deben o no ser considerados condiciones de validez del procedimiento democrático de toma de decisiones (derechos *a priori*). En segundo lugar, señalé ciertos problemas epistémicos vinculados a los derechos sociales y la relativa superioridad, en tal sentido, de las decisiones demo-

21. GROSMAN, Lucas S.: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Librería Ediciones, Buenos Aires, 2008, pp. 120-121.

críticas. Consideré esta circunstancia como un argumento a favor de la posición que niega el carácter *a priori* de los derechos sociales. Así reconstruido, pareciera que he incurrido en una petición de principio. El argumento se funda en el valor epistémico de la democracia pero el problema es, precisamente, qué condiciones deben satisfacerse para que las decisiones democráticas sean epistémicamente valiosas.

Sin embargo, no hubo ningún truco en la argumentación precedente. El argumento, simplemente, no ha sido correctamente reconstruido. El problema es, efectivamente, determinar si los derechos sociales son derechos *a priori*. Pero la dilucidación de ese problema implica, según hemos visto, ciertas consideraciones adicionales. Conviene, ahora, explicitarlas. Al comenzar el apartado 5.2 hice referencia al problema de la *paradoja de las precondiciones de la democracia*. La paradoja asume, según vimos, la forma de un dilema. Maximizar el valor epistémico de la democracia implica minimizar el ámbito democrático de decisiones. Maximizar el ámbito democrático de decisiones implica minimizar el valor epistémico de la democracia. En cualquiera de estos casos la teoría de la democracia deliberativa deviene irrelevante. En el primero, no hay nada que decidir. En el segundo, no hay razones para tomar una decisión democráticamente y no, más bien, por otros procedimientos de decisión. Por ende, si ha de sostenerse la teoría de la democracia deliberativa, debe asumirse una solución de compromiso. No es posible maximizar el valor epistémico y el ámbito de decisiones simultáneamente. Debe, entonces, garantizarse un óptimo de valor epistémico excluyendo del ámbito de decisión ciertas cuestiones y “aprovechar” el valor epistémico obtenido para resolver las restantes. Es necesario, entonces, explicitar ciertos criterios que nos permitan seleccionar qué cuestiones deben incluirse y cuáles excluirse (del ámbito democrático de decisión). En este trabajo he propuesto dos:

1. Dadas dos cuestiones cualesquiera, si una restringe en mayor medida el ámbito democrático de decisión, entonces, *ceteris paribus*, es racional excluir ésta si y sólo si se ha aceptado también la exclusión de la otra.
2. Dadas dos cuestiones cualesquiera, si respecto de una de ellas las probabilidades de alcanzar una decisión correcta por medio de otros procedimientos de decisión son menores, entonces, *ceteris paribus*, es racional excluir ésta si y sólo si se ha aceptado también la exclusión de la otra.

Estos dos criterios son, creo, razonables. Su aceptación, por otro lado, no implica ninguna petición de principio. El segundo criterio, es cierto, sólo resulta *relevante* si la aplicación de ambos criterios da como resultado una distribución entre cuestiones incluidas y cuestiones excluidas que otorga a las decisiones de-

mocráticas *cierto* valor epistémico (tal que supere a procedimientos decisionales alternativos); sin embargo, su *validez* no depende de esta circunstancia.

5.2.2 La relevancia jurídica de los DESC

Ahora bien, podría objetarse a esta posición que implica “pulverizar” a los derechos económicos, sociales y culturales, constituyendo, por ende, una interpretación irrazonable del PIDESC: si la interpretación vacía absolutamente de contenido a un derecho entonces, más que interpretándose ese derecho, se lo está derogando.

Considero que una objeción de esa índole sería infundada, por varias razones.

En primer lugar, parece fundarse en una visión demasiado estrecha de lo que constituye un derecho. En este sentido, la fórmula es: derecho=judicialización (fórmula que encuentra su correlato en la noción kelseniana de obligación jurídica). Sin embargo, creo que no existe vínculo conceptual alguno entre la existencia de un derecho y la existencia de un Poder Judicial. En este sentido, observa acertadamente Nino que “Es enteramente cierto que si alguien tuviera derecho a x, este derecho, por definición, no podría ser desplazado por el hecho de que los intereses de la mayoría se verían promovidos si esa persona fuera privada de x. Pero de esta proposición no podemos inferir que los derechos sean barreras contra todas las decisiones mayoritarias. No sería una inconsistencia lógica sostener que la única autoridad competente para reconocer y poner en vigencia los derechos es la autoridad basada en su origen mayoritario”.²²

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que negar la exigibilidad judicial de las obligaciones positivas que surgen de los DESC no implica reducirlas, sin más, a la nada. Por lo pronto, como dijimos, siguen siendo derechos, sólo que las autoridades encargadas de ponerlos en vigencia son los órganos mayoritarios. Por otra parte, debe considerarse que el Estado está internacionalmente obligado a cumplir con dichas obligaciones independientemente de que se las considere o no exigibles en el ámbito local; en este sentido, si los órganos mayoritarios incumplen o cumplen deficientemente con sus obligaciones el Estado podría eventualmente incurrir en responsabilidad internacional. Asimismo, debe tenerse en cuenta que he argumentado aquí en favor de una presunción general en contra de la exigibilidad de las obligaciones positivas y no de una posición absoluta: si la obligación está consagrada explícitamente (regla de acción) procede su exigibilidad frente a los tribunales locales.

22. NINO, Carlos Santiago: *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 270.

En tercer lugar, como bien señalan C. y A., todo derecho constituye un complejo de obligaciones positivas y negativas. El argumentado presentado aquí en forma sintética ofrece razones para considerar inexigibles a las primeras pero no a las segundas.

Por último, considero que ciertas medidas que tengan efectos claramente regresivos o contradistributivos podrían ser eventualmente cuestionadas judicialmente aunque al sólo efecto de que los órganos mayoritarios expresen las razones pertinentes. Sin embargo, creo que los reclamos judiciales son un mecanismo inadecuado para dar curso a estos reclamos de justificación pues están dirigidos a fortalecer la deliberación pública cuando las medidas adoptadas por los órganos mayoritarias parezcan atentar contra los principios igualitarios que informan nuestro ordenamiento jurídico y no a la satisfacción de una pretensión concreta.

6. REFLEXIONES FINALES

Tras haber leído este trabajo, el lector comprometido con los derechos sociales y su efectivización, se sienta quizás desilusionado. Podría pensar, por caso, que mi trabajo plantea un dilema, irresoluble, entre democracia y derechos sociales. La desilusión está, empero, injustificada. La intención de este trabajo ha sido, precisamente, socavar las bases que podrían subyacer a una desilusión de ese tenor. En efecto, ésta sólo tendría sentido si se aceptaran una serie de tesis, la demostración de cuya falsedad ha sido el objeto de este trabajo, a saber, entre otras, (1) que hay una relación lógica entre la defensa de los derechos sociales y la defensa de su judicialización (2) que la distinción entre DCP y DESC es infundada (3) que la efectivización de los DESC está libre de obstáculos epistémicos, etc.

Una vez que se ha advertido la falsedad de (1) la pregunta de quienes estamos comprometidos con los derechos sociales ha de ser ¿contribuye o no a la efectivización de los derechos sociales su judicialización? Este trabajo ha pretendido poner de manifiesto que no. En este sentido, la falsedad de (3), conjugada con una tesis que asigne valor epistémico a las decisiones democráticas, pone de manifiesto que los derechos sociales resultan mejor protegidos a través de éstas. No hay pues ningún dilema. Nuestro compromiso con los derechos sociales refuerza nuestro compromiso con la democracia y no a la inversa.

El trabajo tiene, sí, una víctima: el sueño dogmático de que cuantos más derechos sean justiciables más cerca estaremos de garantizarlos. Es esta idea la que entra en tensión con la democracia. En efecto, quienes sostienen esta concepción optan, casi siempre irreflexivamente, por uno de los cuernos del dilema de la *paradoja de las precondiciones de la democracia* (a saber, aquel que elimina, prácticamente, el ámbito democrático de decisión). Nino ha expresado los problemas de la creciente judicialización en los siguientes términos:

“Muchos proponen que una reforma constitucional debe ampliar la “ejecutividad” de los derechos sociales, pero si “ejecutividad” quiere decir control judicial de constitucionalidad, incluso por omisión, esto llevaría a un inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces; un juez que está completamente al margen del debate público, y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamente torcer las conclusiones a que se haya llegado en el proceso político democrático acerca de la política social y económica preferible, acerca de la distribución de recursos y de los mecanismos e instituciones para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda a tal o cual prestación”.²³

Por supuesto que la solución no es optar por el otro cuerno del dilema pues, en ese caso, no tendríamos razones para asignar a las decisiones democráticas ningún valor. El punto es, entonces, alcanzar una solución que compatibilice ambas aspiraciones óptimamente. Uno de los puntos principales de este trabajo ha sido exponer dos criterios en función de los cuales tal solución puede alcanzarse, a saber, la reducción del ámbito democrático de decisión y las probabilidades de alcanzar soluciones correctas por procedimientos de toma de decisiones alternativos. En este orden, si consideráramos como derechos *a priori* a los derechos sociales estaríamos dejando en manos de los jueces las cuestiones sobre las que mantenemos nuestras más intensas discusiones, sobre las que existen mayores disensos y mayores dificultades para llegar a juicios consolidados (por la cantidad de información involucrada, por la complejidad de las especulaciones económicas y sociales, por los espinosos dilemas morales a que dan lugar), esto es, estaríamos privándonos de las virtudes epistémicas de la deliberación democrática precisamente allí donde más las necesitamos.

Este tema merece ciertamente muchas más consideraciones que las que los límites de este trabajo me han permitido realizar. Incluso las observaciones realizadas requieren de una elaboración y una meditación más profundas. Sin embargo, he querido defender aquí algunas intuiciones fundamentales: por un lado, que existen razones de peso para dispensar un tratamiento distinto a las obligaciones positivas y a las negativas en lo que respecta a su exigibilidad y, por otro, que tomarse en serio a los DESC no implica diluir sus diferencias con los DCP sino, por el contrario, asumir sus particularidades y, a partir de allí, diseñar las estrategias más adecuadas para asegurar su efectividad.

23. NINO, Carlos S.: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.