

Los derechos sociales en la Constitución. Surgimiento, discusión y desafíos de una herramienta para el cambio social*

Por Guillermo MORO**

* Quiero dedicar este trabajo a Guillermo Munné, cuyo ejemplo intelectual y militante despertó mi interés en estos temas, y cuya generosidad incondicionada me permitió acceder a valioso material bibliográfico.

** Adscripto del Área de Teoría y Filosofía del Derecho (FCJS-UNL). Candidato a Master en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo). Integrante del Proyecto de Extensión de Interés Social (PEIS) "Derechos Sociales Universales: Construir su Exigibilidad" y del Proyecto de Investigación (PI) "Estado de Derecho, Institucionalidad y Discurso".

1. Introducción. Los derechos sociales y el libreto de la abogacía

En los últimos años, se ha intensificado el fenómeno de la colonización del lenguaje de la corrección por parte de los derechos humanos. Es difícil encontrar una reivindicación en la discusión pública que no adopte, en algún momento, un lenguaje de derechos humanos. Ciertamente, parece no haber demasiados espacios en nuestra sociedad para la discusión sobre lo correcto y lo incorrecto por fuera del tener o no tener “derecho a...”.

Este fenómeno no es nuevo: su origen coincide con las revoluciones modernas (EE.UU., Francia) y el constitucionalismo del siglo XVIII. Pero es innegable que, desde la segunda mitad del siglo XX, se ha visto favorecido por el notorio aumento de textos normativos -principalmente, en el ámbito internacional- que positivizan derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas.

Una de las características más salientes de la Reforma constitucional del año 1994 en Argentina, fue la incorporación de 10 de esos instrumentos internacionales a nuestra Constitución Nacional. Así, de acuerdo con el texto vigente del artículo 75 inciso 22, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo*; la *Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*; la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*; la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* y la *Convención sobre los Derechos del Niño* gozan de jerarquía constitucional,¹ lo cual significa que los derechos y deberes allí establecidos se equiparan, en cuanto a su autoridad suprema para el Estado y los/as ciudadanos/as argentino/as, con aquellos reconocidos en el texto constitucional básico o “Constitución documental”² (según la expresión de Bidart Campos).

Esta notable amplitud de textos otorga sustento para que las más variadas reivindicaciones -que podrían ser presentadas en términos de justicia, política o de algún otro tipo de lenguaje- se presenten como exigencias “de Derecho”, dando lugar a lo que podríamos llamar la *juridificación de la corrección*: lo correcto (aquello que debe hacerse, que es justo,

¹ El texto del artículo 75 inciso 22 de la Constitución prevé la posibilidad de que se otorgue jerarquía constitucional a otros Tratados de Derechos Humanos, para lo cual es necesario un procedimiento legislativo especial, que consiste en la votación en ese sentido de las dos terceras partes de los miembros de cada una de las Cámaras del Poder Legislativo. Sobre la base de este procedimiento, por ejemplo, las Leyes 24556 y 25829 aprobaron y otorgaron jerarquía constitucional, respectivamente, a la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, y las Leyes 24584 y 25778 hicieron lo propio con la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*. Actualmente existe una creciente cantidad de proyectos de ley presentados por diputados y diputadas nacionales proponiendo el otorgamiento de jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales. Nótese que los efectos fuertes de la idea de “jerarquía constitucional” (donde los textos que la detentan pasan a ser considerados autoridad suprema de la nación a la par de la Constitución documental misma -ver nota siguiente-), la idea de establecer la posibilidad de su otorgamiento por vía legislativa (aun si calificada por mayoría especiales) y no por Asamblea Constituyente, se presenta como un mecanismo que tiende a disminuir la *rigidez* característica de los ordenamientos constitucionales occidentales de base escrita.

² La idea de “jerarquía constitucional” en relación con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ha generado una encendida discusión en la doctrina constitucionalista argentina. En el texto me limito a asociar la “jerarquía constitucional” con la noción de una autoridad suprema equivalente sobre la Nación que tendrían tanto dichos Tratados como la Constitución documental. Me limito a eso pues considero que existe un acuerdo generalizado sobre la cuestión, a diferencia de lo que sucede respecto de otros asuntos, tales como la relación entre los Tratados y la Parte Dogmática de la Constitución, o la integración de Tratados y Constitución documental en un solo y mismo texto constitucional ampliado.

que corresponde) se homologa casi completamente con lo jurídicamente reconocido. Prácticamente³ nada se queda afuera del Derecho.

Creo que la “juridificación de la corrección” no es un asunto trivial –no es un mero cambio de discurso o de estilo–. Por el contrario, tiene implicancias significativas: cuando un reclamo (por ejemplo, tener acceso a un disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental) no se presenta sólo como una exigencia de justicia política –materia esencialmente discutible– sino como una exigencia jurídica –en razón de la que el Estado se encuentra obligado, más allá de cual sea nuestra teoría de la justicia preferida– parece que estamos dando un *salto cualitativo* importante. (De hecho, establecer la existencia y alcance de ese salto cualitativo es, como veremos, lo que está en la base de muchas de las discusiones que han generado los llamados “derechos sociales”).

Según el entendimiento habitual, si alguna pretensión, cualquiera sea, logra presentarse como un “derecho”, y más aún, como un derecho que está “reconocido constitucionalmente”, la discusión sobre su viabilidad, justicia, conveniencia o factibilidad queda en principio precluida, o al menos, postergada a un segundo plano. Dicho de otra manera, si el documento normativo principal de un país (la Constitución Nacional, y en el caso argentino, también ciertos Tratados Internacionales incorporados a ella con idéntica jerarquía) reconoce explícitamente un derecho, los ciudadanos interesados en fomentar el estado de cosas propugnado por ese derecho no necesitan⁴ ingresar de lleno en la discusión sobre su atractivo político, sino que pueden abocarse directamente a su exigibilidad ante las autoridades pertinentes.⁵

Esta opinión sobre los derechos funciona sobre el trasfondo de una concepción “despolitizada” del Derecho,⁶ de acuerdo con la cual las proposiciones jurídicas expresadas en normas válidas no son insumos para la discusión valorativa, sino el resultado de la misma (ocurrida en el Congreso, o en la Asamblea Constituyente). La visión despolitizada (también llamada “formalista”) del Derecho ha recibido numerosos –y, en mi opinión, defini-

³ Aprovecho aquí la ambigüedad del término “prácticamente”: como moderación de una afirmación que de ser puesta en términos absolutos podría tomarse incorrecta, y como referencia a la idea de “lo práctico” como aquel tipo de discurso (“discurso práctico”; ver Alexy: *Teoría de la Argumentación...*, p. 34) que trata sobre lo correcto y lo incorrecto.

⁴ En el marco de la descripción de la creencia generalizada, sólo digo que “no lo necesitan”, más allá de que puedan hacerlo perfectamente, y de que efectivamente lo hagan a menudo.

⁵ En el campo de la filosofía jurídica, es conocido el tratamiento que Ronald Dworkin ha hecho de esta cuestión (ver los ensayos reunidos en *Taking Rights Seriously*, especialmente “The Model of Rules I” y “Hard Cases”). Según el profesor norteamericano, hay básicamente dos tipos de argumentos para justificar decisiones dentro del discurso jurídico, que corresponde distinguir: argumentos de conveniencia pública (“*arguments of policy*”) y argumentos de principio (“*arguments of principle*”). Los primeros justifican una decisión mostrando que la misma avanza o protege alguna meta de la comunidad como un todo; los segundos justifican una decisión mostrando que la misma respeta o asegura algún derecho individual o de grupo (ver *Taking Rights Seriously*, p. 82). El Derecho constitucional liberal jerarquiza esos argumentos: los argumentos de principio derrotan a los argumentos de conveniencia pública. De acuerdo con ese esquema, aun si la mayoría de los y las habitantes del país considerara conveniente habilitar instancias de tortura (pues, digamos, las mismas permitirían proteger más eficazmente la seguridad nacional frente al terrorismo), cualquier ciudadano podría oponer su derecho constitucional a no ser torturado, y frente a eso, la conveniencia mayoritaria resultaría impotente. Los derechos –dice Dworkin– son “cartas de triunfo” que los ciudadanos individuales tienen frente las decisiones de la política mayoritaria. Más allá de las discusiones técnicas que este esquema dworkiniano ha generado entre los y las juristas especializadas, considero que –al menos en su esqueleto, recién expuesto– capta bastante adecuadamente la opinión más difundida entre la ciudadanía. Si tengo un derecho, reconocido por la autoridad normativa suprema (considerada legítima) en mi comunidad, tengo una “carta de triunfo” contra cualquier consideración “extra-jurídica” que se quiera o pueda hacer al respecto.

⁶ La “despolitización del Derecho” tiene consecuencias graves, dado que –como lo señala Kairos– genera “la remoción de la agenda pública de asuntos cruciales” (ver Kairos, p. 12). Carlos Nino trabaja agudamente sobre el fenómeno de la despolitización en su obra póstuma en *Derecho, Moral...*, cap. 1.

⁷ Dos caracterizaciones acertadas del “formalismo” jurídico pueden encontrarse en Kennedy, “Legal Formalism”, pp. 8634-38; y en Patterson, pp. 22-41.

tivos— ataques teóricos desde hace décadas, pero sin embargo, sigue gozando de un claro predominio entre todas las personas implicadas de algún modo en la práctica con el discurso jurídico. Los “operadores jurídicos” (los abogados al presentar sus escritos, los jueces al dictar sentencia, etc.), por ejemplo, escriben y hablan como si los derechos que invocan tuvieran una existencia indubitable, determinada, objetiva, independiente de sus preferencias valorativas o proyectos ideológicos (a pesar de ser muy conscientes—casi por imperativo de supervivencia profesional— del amplio campo para elecciones “interpretativas” que la indeterminación de las normas les deja), intentando generar “discursos de necesidad”.⁸

Esa obstinada persistencia puede explicarse de acuerdo con muchas variables, de las que mencionaré sólo dos. La primera es de índole *existencial*:⁹ es angustiante tomar decisiones basadas en una entera responsabilidad personal, sin apoyos trascendentes. El rechazo de esta angustia conduce a abogados/as y jueces/zas a favorecer el enfoque formalista: si “el Derecho” reconoce cierta pretensión (v.g., que “la propiedad es inviolable”), eso ya no tiene nada que ver “conmigo”. No depende de mis valoraciones ni de mis intereses, y por lo tanto, mi responsabilidad no está implicada en su defensa ni en su acatamiento. Está allí, *en* la Constitución. La segunda es de índole *institucional*: en sociedades que se rigen de acuerdo con el ideal del Estado de Derecho,¹⁰ la autoridad de la ley se funda en ser la expresión del auto-gobierno popular, mediado por los representantes en la Legislatura, que es el lugar institucional reservado para debatir las cuestiones políticas y valorativas, que luego se dirimen por regla de mayoría. Si aceptaran abiertamente que la discusión política y valorativa no termina en la Legislatura, sino que prosigue en la Judicatura (y en todas las restantes instancias del discurso jurídico), los/as abogados/as y sobre todo los/as jueces/zas tendrían graves problemas para justificar el poder efectivo que detentan.

Se entiende entonces que, en sociedades como la nuestra, apropiarse del discurso de los derechos es apropiarse de la herramienta de persuasión privilegiada (después de los créditos monetarios, los cargos y los tanques, claro).

La expansión normativa experimentada por nuestra Constitución pos-1994 ha hecho posible darle una voz jurídica a reivindicaciones políticas que, en general, se venían defendiendo o bien en términos de justicia, o bien apelando a interpretaciones creativas de ciertos artículos de la Constitución, ambas estrategias—como se imaginará—de escaso poder conclusivo para el formalismo jurídico característico de nuestra comunidad, tan afecto a asociar la autoridad jurídica con la existencia de cláusulas explícitas y discretas que reconocían derechos. Con la Reforma, especialmente con la constitucionalización de los Tratados de DD.HH., la situación se modificó drásticamente: las cláusulas “explícitas y discretas” no sólo aparecieron sino que se multiplicaron, y quedaron a disposición de ciudadanos y ciudadanas de distintas orientaciones ideológicas.

En este trabajo me centraré en las cláusulas constitucionales que declaran derechos sociales. Esas cláusulas han fortalecido la generación de una abogacía de interés público en

⁸ Un “discurso de necesidad” (*necessitarian discourse*) es un discurso orientado a generar un “efecto de clausura” o inevitabilidad en la audiencia, borrando las huellas de la subjetividad, la emoción, la contingencia, la ideología del hablante. No solamente es utilizado por los jueces al redactar sentencias y los abogados al redactar escritos, sino también por los profesores de derecho al dar clases. Ver un análisis incisivo del tema en Kennedy, *A Critique of...*, pp. 364-8.

⁹ Me apoyo aquí en una combinación de tres investigaciones: Ross, cap. 11, esp. pp. 323-4; Kennedy, “Strategizing Strategic...”, pp. 785-825; y Sartre, pp. 100-31. El fenómeno también ha sido estudiado desde la intersección entre Derecho y psicología cognitiva, como puede verse en el brillante ensayo de Dan Simon, “The Double-Consciousness...”.

¹⁰ Ver MacCormick, pp. 12-31.

nuestro país, sobre todo a medida que se fueron logrando resultados favorables (litigios exitosos, reformas sociales). Correlativamente, y de manera creciente, el activismo social de orientación reformista se fue acercando hacia un discurso de derechos (la interacción entre organizaciones sociales de base y ONG's o grupos de trabajo jurídico es una realidad cada vez más común). Puede decirse que un considerable número de abogados y abogadas (un número todavía no lo suficientemente amplio...) ha encontrado en la constitucionalización de los derechos sociales un libreto para el ejercicio progresista de su profesión.¹¹

Ese libreto no es, claro está, un libreto acabado y pulido, que pueda tomarse y ejecutarse sin problemas. Por el contrario, el "libreto" es un artefacto en construcción, fruto de una lucha permanente sostenida por los mismos abogados y abogadas y activistas sociales interesados en emplearlo, contra la tenaz oposición de otros abogados y abogadas y activistas¹² dispuestos a obstaculizar sus intentos. De hecho, el *conflicto* es la marca distintiva que los derechos sociales, desde su nacimiento hasta la actualidad.¹³ Por eso, en este trabajo intentaré pensar sobre los derechos sociales en la Constitución argentina pos-1994 a través de los duros enfrentamientos que se han entablado a su respecto, más que a través de asépticas definiciones y pulcras exposiciones.

Lo anterior explica en buena medida la estructura del trabajo. En la sección II, se ensaya una caracterización de los llamados "derechos sociales", analizando el contexto de surgimiento de los mismos, en el marco de la tensión entre el modelo clásico de Estado de Derecho y el modelo del Estado social o de Bienestar, y la discusión en torno a los aspectos negativos y positivos del ideal de la libertad. En la sección III, se evalúa la fortaleza o debilidad de tres objeciones recurrentes en el debate doctrinario y jurisprudencial: la *objección aspiracional* (donde se aborda la discusión sobre el carácter actual o potencial de los derechos sociales), la *objección semántica* (donde se aborda la discusión sobre la indeterminación de las cláusulas normativas que establecen derechos sociales) y la *objección democrática* (donde se trata el problema de la interferencia judicial con la política gubernamental). En la sección IV se exploran algunos problemas y desafíos a los que se enfrenta la teoría y práctica de los derechos sociales, en pos de apuntalar su ya notable fortalecimiento. Los desafíos se presentan en tres ejes: *El problema de no poder marcar problemas* (donde se enfoca la resistencia que generan las críticas a las modalidades más difundidas de pensar y trabajar por los derechos sociales, así como las posibles causas de esa resistencia y sus efectos negativos); *Justiciabilidad y realidad: ¿falacia jurídicista?* (donde se aborda el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales como remedio suficiente contra el efecto placebo de

¹¹ En palabras de Boaventura de Sousa Santos, "los derechos humanos se han convertido en el lenguaje de la política progresista" ("Hacia una Concepción...", p. 345). Esta frase puede interpretarse de dos maneras. La primera interpretación es que en estos últimos tiempos la política progresista ha privilegiado en su trabajo el discurso de los derechos humanos. Creo que eso es correcto, y refleja con elegancia lo que torpemente he querido plantear en esta primera sección del trabajo. La segunda interpretación es que los derechos humanos se han transformado en una herramienta exclusiva del progresismo. Creo que eso es incorrecto, porque la utilización del lenguaje de los derechos humanos (y su solapamiento con el lenguaje de la corrección) es un fenómeno que no se limita a los sectores ubicados a la izquierda o centro-izquierda del espectro ideológico, sino que es común a todos los participantes en la discusión pública.

¹² A pesar de lo que parece solicitar la simetría estilista, no llamo activistas "sociales" a los militantes de esas filas, porque estimo que hacerlo puede implicar forzar un poco los términos, considerando la connotación y el tipo de causas que suelen defender aquellas personas a quienes habitualmente se las denomina de esa manera. Ello no quita que el grado de compromiso de los opositores a los derechos sociales sea comparativamente menor, o que no haya una idea de mundo o de sociedad ideal en la justificación de sus acciones.

¹³ En este sentido, ver Bea Pérez, p. 111. Pietro Costa afirma, irónicamente, que lo único que no se discute sobre los derechos sociales es la expresión "derechos sociales" como expresión dotada de algún sentido (Pietro Costa, p. 277).

las “normas de papel”); y *El derecho como “hoja de ruta” del cambio social: un problema motivacional* (donde se enfoca la pretensión de los juristas de articular las estrategias de los actores de otros campos sociales en términos de derechos).

2. Derechos sociales, modelos de Estado y conceptos de libertad

Hasta aquí he hecho mención a una categoría de derechos (“derechos sociales”), pero no he avanzado ninguna definición de la misma. Descreo del esencialismo conceptual, claro, pero eso no implica soslayar, en aras del entendimiento mutuo, la utilidad de explicitar las coordenadas habituales para el uso de los conceptos. A mi modo de ver, en lo que respecta a los “derechos sociales”, esas coordenadas pueden resumirse del siguiente modo: *cuando se habla de derechos sociales se hace referencia a prerrogativas titularizadas por personas o grupos de personas en virtud de las cuales el Estado resulta obligado a abstenerse de ciertas conductas dañosas y a proveer una serie de servicios orientados a promover la igualdad material o de oportunidades entre las personas*. Ejemplos característicos son el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho a la alimentación.¹⁴

Dicho lo anterior, corresponde mantenerse en alerta. Como bien lo destacan Victor Abramovich y Christian Courtis, cuando se habla en general de derechos sociales “no se habla de un tipo único de derechos –por ejemplo, de derecho a recibir prestaciones estatales– sino sólo de un cierto aire de familia entre distintos tipos de derechos, que se explica por su racionalidad común”.¹⁵ Esa racionalidad común no depende sólo de características específicas de los derechos en cuanto tales, sino también –y principalmente– de un modelo de Derecho y un modelo de Estado, conocidos como “Derecho Social” y “Estado Social o de Bienestar”.¹⁶

Por eso resulta importante atender al contexto histórico de surgimiento de los derechos sociales. La consolidación del moderno Estado de Derecho hacia finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX en Europa y Estados Unidos, fue acompañada por una concepción sobre los derechos arraigada en la consideración de todas las personas como iguales ante la ley, merecedoras de igual tratamiento e igual consideración, y una concepción del Estado como aparato de poder al que correspondía restringir en la mayor medida posible, limitándolo a la prestación de algunos servicios esenciales (seguridad interior y exterior, administración de justicia) y a una estricta no-intervención en la dinámica de una sociedad

¹⁴ En consideración de uno de los principales instrumentos normativos que reconocen derechos sociales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se hace referencia a menudo a estos derechos como derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Sólo por razones de brevedad, en este trabajo utilizaré la expresión “derechos sociales” para hacer referencia a este tipo de derechos. Ocasionalmente, utilizaré la expresión DESC.

¹⁵ Abramovich y Courtis, *El Umbral...* p. 20. Más adelante completan la idea, destacando que “pese a su ‘identidad de familia’, lo cierto es que no existe un tipo único de derecho social, sino una variedad de derechos sociales que adoptan distintas formas: en algunos casos, prestaciones dinerarias –como en el caso del derecho a pensión– o acceso a servicios –como los servicios médicos o educativos–, en otros casos, reconocimiento de facultades de organización y negociación colectiva –como en el caso de los derechos sindicales–, en otros casos, protección contra la actividad de particulares –como en el caso de la protección contra el despido arbitrario y de gran parte de los derechos del consumidor” (p. 23).

¹⁶ Existe una íntima relación entre estos conceptos de “Derecho Social” y “Estado de Bienestar”. Tal como señala Francois Ewald, Derecho Social “es el término con el que se denomina a las prácticas legales que tipifican el Estado de Bienestar” (Ewald, p. 101). La denominación “derechos sociales” que reciben las prerrogativas características de este modelo debe entenderse a la luz de lo que dice de Castro Cid: “Cada nombre está marcado por la referencia a unas concretas bases ideológicas y pone el acento en un determinado contenido o ámbito de aplicación. Y, en esa medida, incorpora un peculiar matiz que condiciona la perspectiva y, finalmente, el perfil de la realidad designada” (de Castro Cid, p. 21).

de sujetos libres e iguales, que gestionarían sus intereses a través de la celebración de *contratos* (metáfora dilecta de la modernidad).

La historia del auge y caída de este modelo estatal es bien conocida, y ha sido relatada de diversas maneras. Aquí va mi versión resumida. La igualdad ante la ley reconocida a todos los ciudadanos,¹⁷ sumada al principio de legalidad como rector de la actividad estatal, tuvo un potencial emancipatorio fenomenal. Las cadenas de la tradición ya no apresaban los afanes emprendedores, y el lugar de nacimiento de las personas ya no limitaba su destino. Por el contrario, todos los emprendimientos novedosos eran estimulados y todos los destinos estaban abiertos ante todas las personas: sólo era necesario esforzarse lo suficiente como para alcanzarlos.

Estas bondades, sin embargo, no tardaron en revelarse selectivas, excluyentes de una enorme cantidad de personas. Mientras que “algunos” (la elite propietaria) se habían beneficiado enormemente de la abolición del sistema de castas feudal y de la posibilidad de ejercer sus derechos de propiedad sin ser disturbados por el Estado ni por el resto de las personas, “otros” (la mayoría desposeída) habían perdido la poca seguridad que tenían sobre este mundo y visto fuertemente comprometidas sus posibilidades de subsistir, quedando librados a un juego de mercados y contratos para el que no parecían estar demasiado bien preparados. Para los primeros, la “libertad e igualdad” fue la experiencia de la prosperidad. Para los segundos, fue la experiencia de la miseria.

Esto condujo a fuertes tensiones al interior de las nuevas sociedades industrializadas, visibles principalmente en el campo del trabajo. Allí era claro cómo la experiencia de libertad e igualdad que prometía la modernidad era una experiencia disonante, según el punto de partida de las personas. “Algunos” eran propietarios de los medios de producción (los dueños de las fábricas, por ejemplo), y ofrecían sus productos en el mercado de bienes; “otros” eran personas que no tenían nada para ofrecer en ese mercado, más que su fuerza de trabajo, la cual terminaba siendo aprovechada por los propietarios de los medios de producción como mano de obra en sus fábricas. La sobreabundancia de este segundo tipo de personas, asimétrica respecto de la cantidad de puestos de trabajo disponibles, acentuó las ventajas de negociación de los propietarios, quienes pudieron imponer las condiciones más extremas sobre los trabajadores en sus contratos laborales. Frente a una competencia cuantitativamente desmesurada y sujetos a necesidades vitales impostergables, los trabajadores se veían forzados a aceptar cualquier cosa que les ofrecieran, incluyendo jornadas de trabajo de día completo sin descanso, salarios magros y hasta el empleo de sus hijos y mujeres (estas últimas sometidas a menudo a la prostitución y el abuso).

Las condiciones paupérrimas de vida de esta gran porción de la sociedad dieron lugar a lo que se conoce como “la cuestión social”:¹⁸ un creciente malestar y una acentuación del conflicto social, al punto de hacer peligrar la cohesión misma de aquellas sociedades en

¹⁷ Por supuesto, esta universalidad en el reconocimiento era tan enfática en el discurso como calificada en la realidad: durante siglos, numerosos grupos de personas (negros, indígenas, mujeres, inmigrantes) fueron excluidos del reconocimiento formal de su igualdad frente a los demás. Y en cierta medida, todavía lo son.

¹⁸ Según el agudo análisis de Robert Castel, “la ‘cuestión social’ es una aporía fundamental en la cual una sociedad experimenta el enigma de su cohesión y trata de conjurar el riesgo de su fractura” (Castel, p. 20). De acuerdo con este estudioso francés, la “cuestión social” se planteó “a partir de la toma de conciencia de las condiciones de vida de poblaciones que eran a la vez agentes y víctimas de la revolución industrial. Era la cuestión del pauperismo. Un momento esencial, en que apareció un divorcio casi total entre un orden jurídico-político fundado sobre el reconocimiento de los derechos del ciudadano, y un orden económico que suponía miseria y desmoralización masivas” (*ibidem*).

cuanto tales, mientras ideologías políticas revolucionarias como el anarquismo y el comunismo, abiertamente hostiles al liberalismo imperante, comenzaban a cobrar vigor entre la población más castigada. Como dice Castel, “la sociedad liberal corría el riesgo de estallar debido a las nuevas tensiones provocadas por la industrialización salvaje”.¹⁹

Frente a este panorama, entre la década del ‘80 del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, la mayor parte de los Estados liberales incorporaron una serie de reformas en su legislación y en su política destinadas a lidiar con la “cuestión social”, que representan los antecedentes de lo que se conoce como *Estado social*.²⁰ La sanción de una legislación laboral que atendiera a las asimetrías de base en el contrato de trabajo y los primeros sistemas previsionales son ejemplos salientes de este primer paso.

El Estado social responde a un modelo que incorpora como funciones propias el gobierno de la economía y las prestaciones públicas sociales y asistenciales. Es importante tener presente, sin embargo, que –tal como lo nota Habermas– “el modelo del Estado social [...] surgió de la crítica *reformista* al derecho formal burgués”,²¹ es decir, que se ve encuadrado en un intento de corrección de las imperfecciones del modelo del Estado liberal, y no en un cambio revolucionario de paradigma. Más aún, como bien nota Ferrajoli, el Estado social “no produce una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado. No da vida, en suma, a un garantismo jurídico-social en añadidura al garantismo jurídico-liberal de los tradicionales derechos individuales de libertad”, lo cual conduce a que los nuevos derechos, “bien o mal satisfechos por el Estado de Bienestar según procedimientos de naturaleza prevalentemente política, permanecen, en lo que respecta a la forma jurídica, como simples proclamaciones de principio desprovistas de garantías efectivas”.²²

Estos rasgos de reformismo y moderación son fundamentales para comprender el escepticismo con que algunos teóricos y activistas se han acercado a este fenómeno, en la medida en que las reformas sociales pueden ser vistas no sólo desde una perspectiva “evolucionista” –como la constante pero paulatina mejoría del sistema capitalista liberal en términos de justicia– sino también desde una perspectiva “estratégica” –como el mínimo de concesiones necesarias que el sistema hace para apaciguar y eventualmente neutralizar los ímpetus revolucionarios.²³

Esto explica también la marcada diversidad ideológica de los gobiernos que emprendieron con mayor fuerza la reforma social.²⁴ En Alemania, el seguro obligatorio para los trabajadores,

¹⁹ Castel, p. 20.

²⁰ “La previsión de una línea de conducta para el Estado por la que regule fenómenos sociales, asuma la protección de sectores de la población, conciba políticas de recaudación, gasto para alcanzar tales fines, etc., significa superar la hasta entonces mítica división entre Estado y sociedad. A la confluencia entre las nuevas tareas a realizar por el Estado y los cambios que gracias a ellas se han producido, suele designarse como *Estado social*” (Cossio Díaz, p. 32).

²¹ Habermas, p. 483.

²² Ferrajoli, pp. 68-9.

²³ Escribiendo en el tormentoso contexto de esta época, Marx se mostró particularmente lúcido en la visión de la potencial trampa que se escondía detrás de las mejorías parciales del sistema capitalista. Así, por ejemplo, instaba a los trabajadores a no bregar por un salario digno y una jornada más corta de trabajo, sino a bregar por la abolición misma del sistema de trabajo asalariado (ver Marx; Engels: “Salario, precio...”). Desde el momento en que las reivindicaciones de los trabajadores fueron parcialmente aceptadas por algo que se llamó “Derecho laboral”, sus condiciones paupérrimas de vida pudieron mejorar considerablemente, pero su aspiración radical de libertad resultó cooptada y derrotada. Es lo que Robert Gordon llama “victorias ambiguas” (“*Some Critical...*”, p. 647).

²⁴ Ver Baldasarre, p. 2.

inválidos y ancianos fue propugnado Bismarck, que era un conservador; en Italia, el principal motor de las reformas sociales fue el régimen fascista de Benito Mussolini; en Inglaterra y Francia, las principales reformas fueron hechas por gobiernos socialistas; en Estados Unidos, la labor del gobierno liberal-progresista de Franklin Delano Roosevelt fue esencial; y en general, también fue fundamental el impulso dado por los partidos de extracción católica en el mismo sentido en la mayoría de los países. Por eso puede decirse que “la formación del ‘Estado social’ y el reconocimiento de ‘derechos sociales’, lejos de tener un signo ideológico particular, representaron la respuesta en términos de modernización que, en una medida más o menos comprensiva, proveyeron todos los viejos Estados liberales”.²⁵

En América Latina, adelantándose en dos años a la Constitución de la República de Weimar, México fue pionero en la incorporación de derechos sociales a su texto constitucional de 1917, resultante de la revolución de 1910.²⁶

En Argentina, la reforma constitucional de 1949 fue la que pretendió otorgar un estatuto jurídico a la transición hacia un tipo de Estado social. Tras la posterior reforma del año 1957, aquel espíritu sobrevivió sólo en lo que hasta hoy es el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que detalla los principios rectores de la regulación del trabajo (en su aspecto individual y colectivo) y la seguridad social. La incorporación de los derechos de los trabajadores al texto constitucional, en el marco de la tendencia de reformas sociales por vías jurídicas que tuvo lugar—como indiqué más arriba— entre finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, es uno de los rasgos distintivos del movimiento conocido como “constitucionalismo social”.

La compatibilidad entre este modelo y su predecesor (el “constitucionalismo liberal”), así como, básicamente, la compatibilidad entre el modelo de Estado social y el del Estado liberal, ha sido objeto de discusión. Hay quienes sostienen que hay una “tensión irreconciliable” entre el tipo de prestaciones e intervenciones positivas implicadas en el Estado social y los principios liberales de autonomía y libertad de los individuos comúnmente asociados al modelo clásico de Estado de Derecho. Si realmente valoramos la libertad, debemos quitar del Estado de Derecho la contradicción que implican los derechos sociales,²⁷ cuya vigencia sólo puede ser posible en un régimen socialista.²⁸

Otros han sostenido que en realidad no hay tal contradicción ni incompatibilidad entre modelos de Constitución y de Estado, sino que, por el contrario, son los mismos principios liberales los que hacen necesario garantizar el goce de los derechos sociales.²⁹ Esta postura ha sido defendida con lucidez por Carlos Nino. Según Nino, el modelo liberal de sociedad

²⁵ Baldasarre, pp. 2-3. En el mismo sentido, afirma Gerardo Pisarello que “si bien cabe concebir a los derechos sociales como una conquista real de las clases trabajadoras, también deben verse como una necesidad objetiva del sistema capitalista, ya que permitieron costear la reproducción y cualificación de la fuerza de trabajo y disciplinar a los sectores díscolos” (Pisarello, pp. 28-9).

²⁶ Ver Noriega, pp. 67-113.

²⁷ Esta postura ha sido sostenida célebremente por Ernst Forsthoff. Al respecto ver los trabajos de Guillermo Munné “Derechos Sociales...” y de Baldasarre, pp. 6 y ss.

²⁸ Una postura de este tipo ha sido sostenida por el iusfilósofo chileno Fernando Atria: “Todas las formas de socialización basadas en nociones de solidaridad y reciprocidad no pueden ser jurificadas sin traicionar su significado, es decir, sin ser tergiversadas o destruidas” (Atria, p. 52). Una—a mi juicio atinada— crítica de este ensayo ha sido elaborada por Christian Courtis, “Tres discusiones...”, pp. 383-88.

²⁹ Esta postura ha dado lugar a lo que Pietro Costa llama la “tercera vía” (“*terza via*”), que “para escapar de las alternativas indeseables del liberalismo individualista y el socialismo despótico, [...] salva la propiedad pero reclama que tenga funciones sociales; quiere el mercado, pero recomienda que esté sujeto a control público; valoriza la libertad respecto del Estado, pero quiere que este último esté en el centro de una creciente erogación de servicios” (Costa, p. 337).

pone en el centro la valoración de la autonomía de los individuos.³⁰ Esta autonomía, sin embargo, no puede garantizarse meramente mediante “abstenciones”, en la medida en que un real ejercicio de la autonomía requiere que estén satisfechos ciertos puntos de partida igualitarios, sin los cuales se torna ilusoria.³¹ Por eso, los derechos sociales (en tanto están concernidos con la educación, la vivienda, la salud, la alimentación) “no son siquiera diferentes a los derechos a la vida, a la integridad personal y al resto de los derechos que se refieren a bienes que son necesarios para la autonomía personal”. En resumen, los derechos sociales son “una *extensión natural* de los derechos individuales”.³²

Sobre la concepción liberal clásica que detecta una “tensión irreconciliable” entre derechos sociales y libertad individual, gravita una concepción excesivamente restrictiva de “libertad”, presentada como una “libertad *negativa*”. Pero esta no es la única versión posible de la libertad: por el contrario, si tenemos en cuenta sus aspectos *positivos*, no sólo desaparece la “tensión”, sino aparece la mejor oportunidad para una justificación de los derechos sociales. Así lo entiende Robert Alexy, quien centra su principal argumento a favor de los derechos sociales en una idea de libertad reinterpretada, en el sentido de que trasciende la esfera meramente formal para dirigirse hacia las condiciones reales de su goce y ejercicio. De esta manera, el argumento de libertad de Alexy a favor de los DESC se basa en dos tesis: a) la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor;³³ y b) bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un “ámbito vital dominado por ellos”, sino que depende esencialmente de actividades estatales.³⁴

La cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad entre el modelo liberal y el social, adquiere particular relevancia si atendemos a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Tras la sanción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el año 1948, uno de los entendimientos más difundidos era el de la existencia de un marco indivisible de derechos humanos, que no hacía distinciones de fondo entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, sino que los consideraba a todos como parte de un mismo conjunto de derechos humanos básicos, interdependientes entre sí,³⁵ tal como queda ex-

³⁰ Sobre la fundamentación del principio de autonomía de la persona como derecho humano básico, ver Nino, *Ética...* pp. 199-236.

³¹ Un desarrollo profundo de estas ideas, puestas en su contexto de filosofía política y moral, puede encontrarse en Munné, “Constructivismo...” pp. 651-68.

³² Nino, “Sobre los Derechos...”, p. 68 y ss. Ver también el libro de Nino *Fundamentos...* pp. 397-411, y su ensayo “Liberalismo...” pp. 17-44. En un brillante trabajo, Gustavo Maurino ha explorado la posibilidad de extender este argumento de la autonomía hacia la fundamentación de un derecho a la alimentación básica: “Pobreza, Constitución...”.

³³ Alexy, *Teoría de los derechos...* p. 486.

³⁴ Alexy, *Teoría de los derechos...* p. 487. Guillermo Munné expone con claridad ideas similares cuando, en tren de una crítica a los trabajos de Ernst Forsthoff sobre el tema, sostiene que una “concepción de tipo negativo de la libertad, absolutamente indiferente acerca de las condiciones reales de ejercicio en que se encuentra el individuo, le permite a Forsthoff trazar una afinidad entre libertad y Estado liberal clásico, mientras que en el desarrollo del Estado social sólo visualiza restricciones impuestas a la libertad por motivos de previsión frente a las crisis que pueda sufrir el individuo. Si en cambio atendemos que no sólo las amenazas de coacciones físicas restringen la libertad sino que también la privación de recursos materiales y culturales configura una situación de opresión, entonces no resulta difícil reconocer la coherencia del proyecto del Estado social con el pensamiento liberal” (Munné, “Derechos...”).

³⁵ Según algunos autores, esta interdependencia es condición de su efectividad. Por ejemplo, Héctor Gross Espiell afirma que “(s)ólo el reconocimiento integral de todos [los derechos humanos] puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Pero a la inversa, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos y sociales carecen, a su vez, de verdadera significación” (ver “Los derechos económicos, sociales y culturales en los instrumentos internacionales: posibilidades y limitaciones para lograr su vigencia”, en su libro *Estudios...* pp. 324-5).

presado en la célebre frase de una las actoras más importantes durante el proceso de redacción de la DUDH, Eleanor Roosevelt: “No se le puede hablar de derechos civiles a gente que tiene hambre”.³⁶ Este entendimiento difundido estaba detrás del proyecto de Naciones Unidas de implementar los principios generales de la DUDH en un sólo pacto internacional. El proyecto, sin embargo, no prosperó, en buena medida debido a la férrea oposición de los Estados Unidos, quienes –en el marco de la profundización de la “guerra fría” contra la Unión Soviética– sospechaban de la aplicación interna de derechos sociales reconocidos internacionalmente como una estrategia “comunista”.³⁷ En 1966, no se celebró un solo pacto, sino dos. Por un lado, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; por otro lado, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

La división no es sólo anecdótica. El grado de protección conferido a uno y otro tipo de derechos en cada uno de los Pactos es sustancialmente disímil. A modo de ejemplo, nótese que el PIDCP obliga a los Estados Partes a *adoptar medidas* conducentes a garantizar el goce de los derechos civiles y políticos,³⁸ en tanto que en el PIDESC esa obligación está condicionada a los recursos disponibles y calificada por su alcance progresivo;³⁹ a su vez, el PIDCP obliga a los Estados Partes a contar con *recursos efectivos* a disposición de los ciudadanos para cuando éstos consideren que sus derechos han sido violados,⁴⁰ en tanto que el PIDESC no contiene ninguna obligación semejante; más aún, en lo que hace al *acceso a instancias internacionales de jurisdicción y control*, el PIDCP prevé un sistema de informes y uno de denuncias individuales, en tanto que el PIDESC sólo prevé el sistema de informes.

En 1994, Argentina incorporó a la Constitución los textos de ambos Pactos. La evolución en la conformación del catálogo de derechos fundamentales de nuestro país (1853/60-1957-1994) ha dado pie a una categoría bastante arraigada entre los y las constitucionalistas, de acuerdo con la cual existe una sucesión de “generaciones de derechos”, llamados respectivamente derechos de primera, segunda y tercera generación. Esta categorización ha jugado a menudo algo más que un rol de descripción cronológica en el discurso jurídico, asociándose a un nivel decreciente de concreción, determinación y exigibilidad de los derechos, según van avanzando las “generaciones” (así, los derechos civiles y políticos serían “derechos de primera” no sólo porque fueron el eje de la primera ola del constitucionalismo liberal, sino también porque son los derechos más claros y concretos dentro de todo el catálogo). Teniendo en mente esta subrepticia pero grave implicación, advertimos la fuerza de la crítica de Pisarello al entendimiento habitual de la tesis de las

³⁶ Alicia Ruiz se ha expresado de una manera similar, en su trabajo “¿Es posible...?”, p. 213.

³⁷ Sobre esto, así como en general, sobre el persistente rechazo (aún imperante) de los Estados Unidos a la recepción interna del Derecho Internacional (dando lugar a la polémica doctrina conocida como “excepcionalismo norteamericano”) ver el ensayo de Copelon, pp. 216-239.

³⁸ De acuerdo con el artículo 2, ap. 2 del PIDCP “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

³⁹ De acuerdo con el artículo 2, ap. 1 del PIDESC, “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

⁴⁰ De acuerdo con el artículo 2, ap. 3 del PIDCP “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

“generaciones”, en tanto esa tesis constituye un “relato plano”, que alienta “una historiografía en exceso formalista de los derechos, que no da cuenta ni de sus incumplimientos, ni de sus cumplimientos excluyentes o discriminatorios, ni de sus retrocesos. Por el contrario, lo que demuestran las diferentes ‘historias’ de los derechos sociales es que éstos, lejos de ser el producto de una evolución armónica e inevitable, fueron el resultado de conflictos, a veces encarnizados, por la abolición de privilegios y la transferencia de poder y recursos de unos sectores sociales a otros”.⁴¹

Tanto la tesis de las “generaciones”, como las diferencias normativas entre el PIDCP y el PIDESC, como los conceptos de libertad y los modelos de Estado, han gravitado sensiblemente sobre el debate que han generado los derechos sociales, que gira en torno a un interrogante central: ¿son los derechos sociales verdaderos “derechos”, que generen obligaciones estatales exigibles por los ciudadanos?

A continuación, me propongo descomponer ese interrogante alrededor de lo que estimo son los tres tópicos principales en los que se ha manifestado.

3. Los derechos sociales en discusión

3.1. La objeción aspiracional

Existen diversas maneras de clasificar las constituciones. Para el presente trabajo, me parece interesante apelar a la propuesta de Mauricio García Villegas y María Paula Saffon. De acuerdo con estos juristas colombianos, existen dos modelos de texto constitucional: las *constituciones protectivas* y las *constituciones aspiracionales*.⁴² Las constituciones protectivas surgen generalmente en contextos donde se han alcanzado ciertas condiciones básicas de satisfacción social y estabilidad institucional. Por ello, sus metas son más bien modestas o minimalistas, en tanto apuntan a asegurar el presente.⁴³ Las constituciones aspiracionales, por su parte, suelen prosperar en contextos que combinan una gran insatisfacción respecto de las condiciones sociales vigentes y una magra protección institucional de los derechos con una fuerte confianza en la posibilidad de alcanzar un mejor futuro a través de una (mejor) Constitución. Por ello, sus metas son ambiciosas o maximalistas, en tanto no apuntan a preservar el presente, sino a “cambiarlo radicalmente y a aumentar la transformación social”.⁴⁴

El caso argentino se acerca claramente al segundo de los modelos. La reforma constitucional de 1994 ha incorporado al texto constitucional una vasta serie de derechos que no tienen la intención de proteger realidades ya alcanzadas, sino más bien la de promover su alcance, aún lejano. En otras palabras, existe una fuerte asimetría entre las declaraciones incorporadas al texto constitucional vigente y la realidad social argentina.

El problema es cómo interpretar este evidente sesgo aspiracional que presenta nuestra Constitución reformada, específicamente en lo que atañe a los derechos sociales. La actitud mayoritaria de los juristas argentinos ha sido la de negar “todo valor jurídico a los derechos sociales”, caracterizándolos como “meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de las constituciones o de los tratados internacionales, los

⁴¹ Pisarello, p. 36. Roberto Gargarella acierta cuando agrega que la distinción entre generaciones de derechos “se apoya en una diferencia cierta pero inútil, irrelevante desde el punto de vista moral” (Gargarella, “Primeros apuntes...”).

⁴² García Villegas y Saffon, p. 2.

⁴³ Ver García Villegas y Saffon, p. 3.

⁴⁴ García Villegas y Saffon, p. 3.

instrumentos que establecen derechos sociales son considerados documentos de carácter *político* antes que catálogos de obligaciones *jurídicas* para el Estado, a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos. De acuerdo a esta visión, estos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente”.⁴⁵

Para sostener esta negación, han apelado a la distinción entre normas constitucionales *operativas* y *programáticas*. En nuestro país, esta dicotomía tiene su origen en la jurisprudencia (célebremente, el fallo “Siri” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, año 1957). Normas *operativas* serían aquellas autosuficientes o autoaplicativas, aquellas que “por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamientos directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma. La operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible”.⁴⁶ A su vez, normas *programáticas* serían aquellas que no pueden ser aplicadas directamente por los jueces desde el texto constitucional, sino que requieren ser reglamentadas por ley. Serían, como su nombre lo sugiere, una suerte de “programas normativos”, normas incompletas, que por ello se verían “requeridas de otra norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar plenamente”.⁴⁷

Helio Zarini, uno de los discípulos de Bidart Campos, es representativo en sus expresiones del temperamento generalizado. Después de emplear una frase de Jellinek (quien no lo deja a nuestro criterio, sino que con contundencia afirma: “no es jurídicamente posible, lo que no es políticamente posible”), el estudioso cordobés dice que: “Algunas de esas normas (las constitucionales), especialmente las que se refieren a conquistas sociales, todavía constituyen en el país una ‘profecía’ incumplida, por falta de desarrollo socioeconómico. [...] De las normas constitucionales no surge, mágicamente, la remoción de obstáculos (políticos, sociales o económicos) que permitan hacer efectivas esas cláusulas en su aplicación práctica [...] Por ejemplo, el artículo 14 bis de la Constitución establece, entre otras cláusulas, que ‘el Estado otorgará los beneficios [...] de la protección integral de la familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna’. Evidentemente estas normas no funcionan actualmente, porque no están dadas las condiciones socioeconómicas como para que se cumplan”.

Y para finalizar, recomienda: “El constituyente debe siempre sancionar normas sobrias, claras y posibles, sin convertir a la constitución en instrumento de verbalismo ideológico ni en catálogo de ilusiones que abran o despierten expectativas *de imposible cumplimiento*”.⁴⁸

Si la anterior cita es sorprendente en su pasiva aceptación de las enseñanzas tradicionales, la siguiente, del destacado administrativista Agustín Gordillo, más vehemente, resulta una perla que vale citar *in extenso*: “Nadie duda que es políticamente hermoso, hasta poéticamente atractivo, sostener que todo el mundo tiene derecho a tener satisfechas todas sus necesidades básicas en cualquier campo, ya sean respecto a la salud, la vivienda, educación, cultura, progreso...”

⁴⁵ Abramovich y Courtis. *Los derechos...* p. 19, (énfasis agregado).

⁴⁶ Germán Bidart. p. 299.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Zarini, p. 55, (énfasis agregado). En sentido similar, Quiroga Lavié: “No puede eludirse aquí la cuestión de que, para que el Estado pueda cumplir con las prestaciones sociales que le corresponden, deben existir fondos presupuestarios suficientes. De lo contrario, tendría que emitir moneda, lo cual trae inflación y desestabiliza la economía del país. La Argentina tiene una larga experiencia en todo ello. Sin embargo, la Constitución Nacional tampoco se olvida de este tema, e indica que la intervención del Congreso en la economía, debe tener, entre otras, la finalidad de lograr ‘la productividad de la economía nacional’, ‘la generación de empleo’ y la ‘defensa del valor de la moneda’; art. 75 inc. 19” (p. 59).

Pero en esa fraseología se desliza un grave inconveniente: quienes así hablan o escriben se olvidan que han hecho un cambio de paso, y ya no están hablando de *derecho* como si fueran abogados o juristas, hombres del foro o de la justicia, profesores o estudiantes de derecho, sino que hablan de ‘derecho’ como si fueran personas que desconocieran el significado técnico jurídico de la palabra en el ámbito forense. Es como si tal vez pensaran que la palabra puede usarse también para describir aspiraciones o pretensiones que no son susceptibles de ser llevadas con éxito ante un tribunal de justicia en parte alguna del mundo.

Allí obviamente quienes emplean de ese modo la palabra ‘derecho’ no hacen sino crear un mar de confusiones. Podrán fundarlo en consideraciones políticas, axiológicas, sociológicas, éticas, morales, religiosas, en principios universales. Podrán invocar textos de carácter internacional que de algún modo u otro lo digan. Pero lo cierto, lo concreto, es que si no pueden interponer una demanda contra el Estado y ganarla con ese planteamiento, no están hablando de ‘derecho’ en sentido jurídico viviente.

Es indispensable no crear confusiones entre el derecho y otras ciencias sociales, o la política, o las aspiraciones, los sueños, los compromisos éticos, las obligaciones de solidaridad, etcétera”.⁴⁹

Como se ve, la apelación a la distinción entre cláusulas programáticas y operativas se apoya sobre una concepción de los derechos sociales como estructuralmente *distintos* de los derechos civiles y políticos. Estos últimos requerirían *abstenciones* por parte del Estado, esto es, no interferencia con su goce; se trataría, por lo tanto, de *derechos negativos*, que generan obligaciones de no-hacer (por ejemplo, el Estado estaría obligado a no expropiar bienes de los ciudadanos salvo declaración previa de utilidad pública y correspondiente indemnización). Por el contrario, los derechos sociales requerirían *acciones* por parte del Estado, esto es, su goce dependería del otorgamiento de prestaciones concretas a los ciudadanos; se trataría, por lo tanto, de *derechos positivos*, que generan obligaciones de hacer (por ejemplo, el Estado estaría obligado a brindar gratuitamente atención médica a los ciudadanos enfermos).

Esta distinción, sin embargo, es infundada. En un clásico trabajo, Holmes y Sunstein han demostrado que todos los derechos implican costos: “Si los derechos fueran meras inmunidades respecto de la interferencia pública, la virtud más alta del gobierno (en lo que respecta al ejercicio de los derechos) sería la parálisis o la invalidez. Pero un Estado inválido no puede proteger las libertades personales, incluso aquellas que parecen enteramente ‘negativas’, tales como el derecho a no ser torturado por oficiales de policía o guardiacárceles. Un Estado que no puede disponer rápidas visitas a las prisiones de médicos sustentados con fondos impositivos, preparados para presentar evidencias creíbles en un juicio, no puede proteger efectivamente a los encarcelados contra las torturas y los azotes. *Todos los derechos son costosos porque todos los derechos presuponen un financiamiento público de una maquinaria efectiva para monitorear e implementarlos*”.⁵⁰

⁴⁹ Gordillo, cap. XI, pp. 33-34.

⁵⁰ Holmes y Sunstein, p. 44, (énfasis agregado). En otro pasaje dicen, persuasivamente: “Muchos conservadores se aferran instintivamente a un enfoque ciego a los costos de la protección de los así llamados derechos negativos contractuales y de propiedad, porque asumir los costos desbarataría la ficción libertaria de que los individuos que ejercitan sus derechos, en el sentido clásico o del siglo XVIII, sólo se ocupan de su propio negocio, inmaculadamente independientes del gobierno y de la comunidad que paga impuestos. Los costos públicos de los derechos no-sociales muestran, entre otras cosas, que la ‘riqueza privada’, como la conocemos, sólo existe debido a instituciones gubernamentales. Aquellos que atacan los programas sociales por principio deberían contemplar lo obvio —a saber, que la definición, asignación, interpretación y protección de los derechos de propiedad es un servicio gubernamental que se presta a aquellos que actualmente tienen alguna propiedad, mientras que se financia con las rentas públicas obtenidas del público en general” (p. 29).

En la Argentina, siguiendo a Van Hoof, Abramovich y Courtis también han trabajado sobre la idea de que todos los derechos implican un haz de deberes negativos y positivos.⁵¹ No existen derechos que puedan ser satisfechos a través de una mera abstención o no-interferencia, sino que todos ellos implican una especial combinación de acciones y omisiones. Si pensamos en el más paradigmático de los derechos liberales, el derecho de propiedad, advertimos que el mismo no resulta satisfecho solamente con la omisión de no quitar sus pertenencias a una persona, sino que además el Estado monta una notable estructura burocrática para garantizar esa omisión, lo que implica gastos en fuerzas de seguridad, registros de la propiedad, catastro, y tribunales e instancias administrativas orientadas a atender los reclamos de quienes eventualmente hayan podido resultar desposeídos de algunos de sus bienes. Toda esta infraestructura burocrática significa una considerable erogación monetaria, realizada con fondos obtenidos principalmente de la tributación pública. A la misma conclusión llegamos si analizamos el más clásico derecho político, el derecho al voto. Para su satisfacción no basta que el Estado se abstenga de impedir que las personas puedan concurrir a votar o se abstenga de realizar fraude, sino que resulta imprescindible también que monte un complejo y costoso sistema eleccionario, imprima numerosas boletas, administre extensos padrones (empleando al efecto a muchas personas), controle la seguridad de los espacios donde se realizará la votación, asegure condiciones de accesibilidad a los establecimientos designados, etc.

Por su parte, tampoco los derechos sociales implican puramente deberes positivos por parte del Estado. Garantizar el derecho a la salud para todos los ciudadanos no significa solamente diseñar un sistema sanitario gratuito y capaz de funcionar cubriendo todas las necesidades de los enfermos, sino también la abstención por parte del Estado de dañar la salud de los ciudadanos (por ejemplo, a través de la gestión de emprendimientos contaminantes).

De lo anterior resulta claro que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales implican un complejo de obligaciones negativas y positivas del Estado,⁵² y que por lo tanto, la distinción entre los mismos no puede ser estructural, sino meramente de grado.⁵³ Ese grado de distinción -tal como lo señalan Abramovich y Courtis- está dado por la mayor o menor "importancia simbólica" que tienen las prestaciones positivas para su identificación.⁵⁴ Básicamente, entonces, no existe una diferencia relevante entre ambos tipos de

⁵¹ Abramovich y Courtis. *Los derechos...* Ver cap. 1: "La Estructura de los Derechos Sociales y el Problema de su Exigibilidad".

⁵² Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esas obligaciones comunes que engendra todo derecho humano son la de "respetar", "proteger" y "cumplir"; esta última, a su vez, se desagrega en tres: facilitar, proporcionar y promover (ver Observación General N° 12, párrafos 15 y 46).

⁵³ Yendo un poco más al extremo, algunos han considerado que la constante intervención del Estado en materia de derechos hace que todos sean *sociales*. Así, por ejemplo, Carrillo: "El carácter social es predicable de todos los derechos, incluso de aquellos que forman parte del ámbito de la vida privada de las personas, en la medida en que todos ellos, en mayor o menor grado requieren de un cierto intervencionismo de poder público para su efectivo aseguramiento" (Marc Carrillo, p. 68).

⁵⁴ Abramovich y Courtis, *Los derechos...*, p. 25. Más adelante también leemos que "la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen" (p. 27).

derechos, sino que todos forman parte de una misma categoría, a la que podríamos llamar “derechos fundamentales”, que nos corresponde tomar en serio.^{55 56}

La persistencia que, de todas maneras, aún tiene la distinción entre cláusulas programáticas y cláusulas operativas, asociadas las primeras a los derechos sociales y las segundas a los derechos civiles y políticos, puede explicarse en parte como una operación ideológica. Ello es así, puesto que la distinción implica una naturalización de las funciones estatales clásicas, que borra su contingencia y el carácter intervencionista de su actividad, difuminándola dentro del discurso supuestamente abstencionista del modelo del Estado liberal. Una vez que advertimos que dicho abstencionismo es falaz, la operación ideológica comienza a desmontarse: ya no tenemos funciones naturales y funciones accesorias del Estado, sino *decisiones políticas* sobre cómo y en qué invertir el dinero público.

La idea de lo programático, también, ha sido alentada por una determinada interpretación de los materiales normativos que declaran derechos sociales. Como vimos en la sección II, el PIDCP imponía obligaciones inmediatas e incondicionadas a los Estados Partes, en tanto que el PIDESC las condicionaba a variables tales como los recursos disponibles y su alcance progresivo. Por su parte, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su Capítulo III, artículo 26, habla de un “desarrollo progresivo”, en virtud del cual “*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*”.

La noción de progresividad presenta un caso fascinante de lucha por el sentido del Derecho entre facciones de juristas con agendas políticas contrapuestas.⁵⁷ Por un lado, la academia constitucionalista conservadora asoció, como vimos, la idea de “progresividad” a una idea de ausencia de deberes reales y actuales por parte del Estado: si la realización de ciertos derechos habría de ser alcanzable “progresivamente”, entonces no se trataba de derechos en el sentido tradicional -“fuerte”- de la palabra, sino de meras expresiones programáticas de buenas intenciones políticas. Frente a esto, la academia progresista

⁵⁵ En palabras Gomes Canotilho: “No podemos considerar como un simple ‘aleluya jurídico’ (C. Schmitt) el hecho de que las Constituciones [...] consideren ciertas posiciones jurídicas de tal modo fundamentales que su garantía o no garantía no pueda ser dejada a los criterios (incluso al arbitrio) de simples mayoría parlamentarias” (Gomes Canotilho, p. 248).

⁵⁶ En un libro reciente, Lucas Grosman ha propuesto un desplazamiento del marco de comprensión de la justiciabilidad de los derechos sociales, dejando de pensar en términos de categorías de derechos para comenzar a pensar en términos de paradigmas de control judicial. De acuerdo con Grosman, podemos distinguir tres tipos de paradigmas de control judicial: el *paradigma del abuso* (que involucra precondiciones del Estado, tales como la obligación de no torturar), el *paradigma de la inclusión* (que involucra funciones estatales que se cumplen a través de una estructura cuyos recursos y capacidad son suficientes a tal fin) y el *paradigma de la escasez* (que también involucra funciones estatales, pero incluye aquellos casos en los cuales los recursos existentes no son suficientes para alcanzar el fin, y por lo tanto, se hace necesario adoptar medidas distributivas). En los casos comprendidos por este último paradigma, tenemos bienes escasos, insuficientes para satisfacer las pretensiones de todos los que pretenden acceder a ellos, razón por la cual la mera imposibilidad de acceder al bien por parte de una persona no basta para ser inconstitucional. Hace falta algo más: que la falta de provisión de dicho bien sea reflejo de una decisión distributiva contraria a la Constitución. Esto implica incorporar valores constitucionales al paradigma de la escasez, que se revela así como no autosuficiente. De acuerdo con Grosman, la justiciabilidad de los derechos sociales a través del paradigma de la escasez debe estar guiada por el ideal constitucional de la “igualdad estructural de oportunidades”. Ver el elegante desarrollo de estas ideas en Grosman, *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*.

⁵⁷ Me refiero a lo que Bourdieu llama la lucha por “el derecho a decir el derecho” (Bourdieu, p. 160).

—integrada a menudo por juristas que a la vez se desempeñaban como activistas por los derechos sociales— ideó una interpretación alternativa inteligente de la progresividad: por un lado, implicaba que los Estados debían avanzar efectiva e inmediatamente en pos de la satisfacción plena de los derechos sociales; por otro lado, implicaba que ese avance no podía detenerse ni retrotraerse, entendiendo que la progresividad generaba una “prohibición de regresividad”.⁵⁸ Las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del protocolo de San Salvador”, aprobadas por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en 2005, recibió esta última idea de progresividad (especialmente en sus arts. 5.1 y 5.2, y en la nota al art. 11).

3.2. La objeción semántica

Hay quienes consideran que las cláusulas que reconocen derechos sociales están redactadas de un modo tan *indeterminado*, que resulta difícil establecer algunas de las dimensiones claves que sustentan la idea de “tener un derecho”, como ser quién es el sujeto obligado, quién es el titular, y cuál es el contenido y el alcance de la obligación en juego. Si no hay claridad en esas dimensiones, parecería dificultoso hablar de verdaderos “derechos subjetivos”.⁵⁹

Esta indeterminación de las cláusulas que reconocen derechos sociales, además, revestiría a las reivindicaciones jurídicas de derechos sociales de una marcada *inverosimilitud*. Para quienes se encuadran en esta postura, la afirmación de la justiciabilidad de los derechos sociales resulta derrotada por su misma formulación, y ofrecen algunos ejemplos al respecto. Así, el artículo 44 de la Constitución colombiana (perteneciente al Capítulo II, dedicado a los “Derechos económicos, sociales y culturales”) reconoce un derecho fundamental de los niños “al amor”. ¿Quién es el obligado por semejante prerrogativa? ¿Toda la sociedad? ¿Sólo los familiares? ¿Sólo los padres? Y en cualquier caso, ¿cómo se obliga a alguien a darle amor a otra persona? ¿No estamos incurriendo en una *contradictio in terminis* al formular esa exigencia? Se invoca también el artículo 12.1 del PIDESC, que declara el derecho de todo ciudadano al mayor nivel posible de salud física y mental. De acuerdo con el mismo, parecería que si tenemos un caso en el que una persona presenta un cuadro clínico en virtud del cual requiere el injerto de una prótesis, y la persona reclama que se le provean los recursos para adquirir la prótesis mecánica de última tecnología que se consigue en los EE.UU., el juez argentino, de acuerdo con la Constitución reformada, no podría negarse e imponer la provisión de las prótesis de menor calidad y eficiencia existentes en los hospitales públicos nacionales, dado que si lo hiciera estaría infringiendo el derecho al goce “del más alto nivel posible de salud” que titulariza cada habitante. Para muchos, en un mundo de necesidades ilimitadas y recursos escasos (según el célebre estribillo de los economistas), esto conduce a una asignación completamente irracional e injusta de los recursos públicos, dado que la cuantiosa erogación para proveer a cada persona de la mejor prótesis posible (o bien del mejor servicio sanitario que sea, en casos análogos), implica la sustracción de fondos

⁵⁸ Ver al respecto el trabajo de Courtis “La prohibición...”, pp. 3-52.

⁵⁹ Respecto de la noción de “derecho subjetivo”, por circunscribirnos a un clásico de la teoría jurídica, dice Kelsen: “Sólo cuando un individuo está jurídicamente obligado a cumplir determinada conducta respecto de otro, tiene este último un *derecho* sobre el primero” (Kelsen, *Teoría Pura...*, p. 142). También: “Cuando un derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a que otro está jurídicamente obligado” (Kelsen, *Teoría General...*, p. 77).

que podrían destinarse en favor de otras personas con necesidades básicas insatisfechas, acaso más apremiantes.⁶⁰

La objeción semántica, entonces, tiene dos partes, y corresponde atacar cada una de ellas por separado. La primera parte corresponde al problema de la indeterminación. Aquí la estrategia contra-argumental es similar a la adoptada en el marco de la objeción aspiracional: exhibir que esa indeterminación no es un fenómeno exclusivo de los derechos sociales, sino un rasgo común a todos los derechos,⁶¹ incluso a aquellos que solemos considerar más exactos y precisos.

El problema del sentido de las prescripciones jurídicas no es un problema que se agote (recurriendo a la expresión de Soler) en “las palabras de la ley”. El sentido no es una propiedad exclusiva del texto, sino el resultado de una interacción compleja con él en la que intervienen diversos actores⁶² (en nuestro caso, principalmente, jueces y juristas). Por lo tanto, la mayor indeterminación del contenido de los derechos sociales en comparación con otros derechos no es una consecuencia de su *naturaleza* disímil, sino de dos fenómenos contingentes y superpuestos: a) la escasa atención (en términos relativos) que los/as dogmáticos/as del Derecho le han dedicado a las problemáticas del Derecho social, y b) la menor antigüedad del paradigma del Derecho social.

Toda prescripción normativa comienza con una afirmación textual. Por ejemplo, que “(l)as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” es la afirmación textual del artículo 19 de la Constitución Nacional. Ahora bien, los alcances específicos de un “derecho a la intimidad” o de una “autonomía individual” están lejos de resultar patentes de la misma. Ha sido necesaria una centenaria labor dogmática y jurisprudencial para lograrlo (y aún estamos lejos de alcanzar consensos extendidos al respecto...).

Lo mismo sucede con las normas que declaran derechos sociales: sin un desarrollo dogmático y jurisprudencial que complemente los textos, sus alcances resultan difíciles de determinar. Sin embargo, este desarrollo no se ha hecho presente en el área de los derechos sociales con la misma fuerza que en las áreas tradicionales del Derecho público y privado. Compárese, por ejemplo, la cantidad de libros y compendios de jurisprudencia que se publican sobre derecho contractual, daños y derechos reales con lo que se publica sobre derecho a la vivienda, a la educación o a la alimentación: la diferencia es impresionante. Esto sucede porque –como bien destaca Courtis– “gran parte de los recursos simbólicos del

⁶⁰ Algunos consideran que esta inverosimilitud de las cláusulas particulares que declaran derechos sociales proyecta sus efectos en una inverosimilitud general de la Constitución como instrumento jurídico autoritativo, haciéndole perder fuerza. Un ejemplo característico este razonamiento lo provee Carlos Rosencrantz: “a pesar de su popularidad, yo creo que la idea de lo no-ejecutable es inconveniente. Me parece que devalúa la potencia del derecho constitucional. La existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la Constitución. [...] Si, como sucede en nuestro caso, su cultura jurídica asocia íntimamente el derecho y la coerción a la presencia de derechos ejecutables, seguramente despreciará el valor de la Constitución como una norma guiadora de nuestro comportamiento social. Si la Constitución deja de ser la última palabra en la determinación de la acción política, la gente no la verá más como la fundación de nuestra vida colectiva” (Rosencrantz, pp. 247-8).

⁶¹ Todos los derechos que conocemos están declarados en cláusulas que emplean un lenguaje natural parcialmente tecnificado. Según la filosofía jurídica más aceptada, ese lenguaje es siempre relativamente indeterminado, en el sentido de que las palabras que lo conforman presentan una “textura abierta” que imposibilita definir de antemano todas las instancias de su aplicación y no-aplicación. El trabajo central al respecto sigue siendo el de Hart, *The Concept of Law*, en especialmente cap. 7.

⁶² Ver, entre muchos otros trabajos que estudian el fenómeno hermenéutico, las consideraciones Eco en *Los Límites de la Interpretación* y en *Interpretación y Sobreinterpretación*, (atender también al ensayo de Richard Rorty “El Progreso del Pragmatista” incluido en este último libro, pp. 104-26).

derechos se han dedicado a proteger los intereses de los propietarios, a proteger el derecho de propiedad, y no los derechos sociales, que, pese a estar establecidos en una constitución, casi no han tenido desarrollo”.⁶³

En cuanto a la menor antigüedad del modelo del Derecho social en relación con el modelo liberal iusprivatista clásico, la misma resulta evidente (ver *supra*, sección II). Esto es importante, porque un paradigma necesita tiempo para consolidarse y definirse como tal. Pero además, dentro del propio paradigma del Derecho social, existen asimetrías temporales. Por caso, los derechos característicos de la primera etapa del Estado benefactor, los derechos del trabajo asalariado, han tenido un desarrollo anterior en décadas a derechos tales como la salud o la vivienda. Nótese también que existe una interrelación entre la cuestión de la antigüedad y la de la atención de la comunidad jurídica: el mero transcurso del tiempo es insignificante si no está complementado por una actividad teórica y práctica cuantiosa.

Como se ve, la primera parte de la objeción semántica, que apunta a la indeterminación de las cláusulas que declaran derechos sociales está equivocada: no hace sino naturalizar factores contingentes -como los intereses de la cultura jurídica y el transcurso del tiempo- que gravitan de manera decisiva en la producción del sentido de las normas, cualquiera sea el tipo de derechos que éstas reconozcan.

La segunda parte de la objeción corresponde al problema de la inverosimilitud. Este es un problema al que no se le ha prestado suficiente atención, pero que -a mi modo de ver- es de suma importancia, sobre todo en el plano motivacional de los partícipes en esta discusión. Creo que la acusación de inverosimilitud de los derechos sociales puede neutralizarse apelando a tres argumentos distintos. El primero es que la acusación incurre en la falacia conocida como *accidente inverso* (o *generalización apresurada*): se pretende desestimar la verosimilitud de los derechos sociales en base a unos muy pocos casos, que no son típicos sino atípicos, y por lo tanto, no tienen representatividad.⁶⁴ Recuérdese el ejemplo del derecho de los niños al amor, reconocido por la Constitución colombiana en su artículo 44. Podemos aceptar que aquí, en términos de técnica constituyente, estamos en presencia de una exageración. Lo que no es claro es que de esa exageración específica podamos concluir que todas las cláusulas que reconocen derechos sociales incurren en una exageración similar. De hecho, ese no es el caso. La enorme mayoría de las cláusulas que reconocen DESC están formuladas en un lenguaje tan acotado y libre de exageración como el de la gran mayoría de las cláusulas que reconocen DCP.⁶⁵

⁶³ Courtis. “Los derechos...” pp. 186-7. Coincido con Courtis y con Guillermo Munné en que esta marcada desproporción de los intereses de los/as juristas está directamente relacionada con el tipo de estímulos que todos/as ellos/as reciben en el único lugar de socialización que necesariamente comparten: la Facultad de Derecho. El tipo de enseñanza que reciben allí aún está marcada, en la gran mayoría de los casos, por una fuerte desconexión entre el trabajo jurídico y las urgencias sociales. Más sobre esto en Berros, Cánaves; Colombo; Crisalle y Moro, pp. 113-36.

⁶⁴ Ver Copi, p. 93: “Si sólo consideramos casos excepcionales y generalizamos apresuradamente una regla que se adecua a ellos solamente, se comete la falacia del accidente inverso”.

⁶⁵ Según el canon de los estudios sobre la argumentación, la falacia del accidente inverso o generalización apresurada resulta desestimada si se exhibe un contraejemplo. Aquí exhibo tres (que podrían multiplicarse fácilmente): “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: [...] igual remuneración por igual tarea” (art. 14 bis, CN); “Los Estados Partes en el Presente Pacto se comprometen a garantizar: [...] d) el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país” (art. 8. 1, PIDESC); “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación”.

El segundo argumento apunta a dos criterios de uso tradicional y recurrente en la interpretación jurídica, que son la presunción de *operatividad* y la presunción de *justicia*. Estas presunciones se derivan de características que jueces/zas y dogmáticos/as asignan a un ideal “Legislador racional” cuando interpretan normas.⁶⁶ De acuerdo a la presunción de operatividad, si una disposición está inserta en un cuerpo de normas debe estar allí con alguna finalidad: las creaciones del Legislador no carecen de aplicabilidad.⁶⁷ Este criterio puede ser de utilidad para enfrentar casos como el del derecho colombiano al amor, propugnando una interpretación según la cual dicho derecho no se vincula con una obligación de “dar amor” (acaso absurda, si entendemos que las ideas de amor y de obligación heterónoma son contradictorias entre sí), sino con la determinación de los deberes propios de la patria potestad en términos de contención habitacional, afectiva y de subsistencia de los hijos.⁶⁸ De acuerdo con la presunción de justicia, si una disposición lleva a resultados considerados injustos en ciertos casos concretos, “es de suponer que no está de acuerdo con la voluntad real del legislador”, y es admisible una moderada intervención sobre su significado “para adecuarla a los estándares valorativos vigentes”.⁷⁰ Este criterio puede ser útil para enfrentar casos como el del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, propugnando una interpretación de “mayor nivel posible” ligada a la garantía de ciertos mínimos en relación con ciertas restricciones presupuestarias,⁷¹ en vez de a una lisa y llana constatación de qué servicios sanitarios son los mejores disponibles en el mundo. Estas dos presunciones son utilizadas permanentemente en la labor interpretativa de jueces/zas y abogados/as. ¿Por qué dejaríamos de aplicarlas en el caso de las -excepcionales- cláusulas “defectuosas” que reconocen DESC?

El tercer argumento tiene que ver con que aquello que consideremos o no “inverosímil” en este ámbito, está estrechamente ligado con nuestra visión sobre el lugar del Derecho en la política social. De nuevo hay aquí un fenómeno de naturalización en juego. Los derechos sociales proyectan la juridicidad hacia zonas que a menudo se perciben como demasiado volátiles, inasibles como material para proposiciones normativas. Contar con una vivienda digna o una alimentación adecuada pueden parecer objetivos demasiado entrecruzados de política y de sensibilidad como para ser tratados de acuerdo con estándares técnico-jurídicos precisos, a diferencia de la inviolabilidad de la propiedad privada o el derecho al voto, que generarían obligaciones estatales concretas, alcanzables, creíbles. Esta idea de un núcleo duro de juridicidad asociado al paradigma del Derecho privado, y una periferia maleable

⁶⁶ Esto ha sido tratado magistralmente por Nino, en su libro *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, especialmente en el cap. V.

⁶⁷ Ver Carlos Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, p. 86.

⁶⁸ Ver en este sentido la interpretación progresiva del art. 44 de la Constitución colombiana que fue realizando la Corte Constitucional Colombiana en sus sentencias T339/94, T 110/95 y T-715/99.

⁶⁹ Thomas Pogge, sin referirse a la Colombiana en particular, aporta un enfoque sobre el tema que refuerza lo que venimos diciendo: “Una sociedad no puede asegurar para todos sus miembros un amor feliz o un viaje a la luna. Los derechos a tales beneficios serían, por consiguiente, meros derechos programáticos. Este defecto puede evitarse relativizando los objetos de los derechos pertinentes a los medios de que dispone una sociedad. Una sociedad puede esforzarse por eliminar las restricciones y superar los tabúes y prejuicios que hacen más difícil para alguno de sus miembros el disfrute de un amor feliz. El derecho—ahora relativizado— a no verse obstaculizado en la propia búsqueda de un amor feliz por restricciones no esenciales o por tabúes y prejuicios evitables no es, entonces, un derecho programático (lo que por supuesto no significa que merezca ser incluido en la lista de los derechos humanos)” (Pogge, p. 94).

⁷⁰ Nino, *Consideraciones...*, p. 86.

⁷¹ Ver en este sentido la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud [artículo 12]”, del año 2000.

asociada al paradigma del Derecho social también es inculcada en la cultura de los juristas durante el tránsito por la Facultad de Derecho, y luego reproducida en las instancias típicas de su trabajo profesional (Tribunales, estudio). La distinción centro/periferia resulta desmontada cuando advertimos que tanto en el centro como en la periferia se reproducen los mismos combates políticos, las mismas incertezas interpretativas, las mismas sensibilidades.⁷² Quien asocia la juridicidad sólo a aquello que el modelo liberal incluyó como “asunto del Derecho” no hace sino naturalizar una opción política acerca de las funciones mínimas del Estado. Por el contrario, quien está dispuesto a creer que las normas sobre salud, vivienda, alimentación, trabajo, educación (¿y amor?) son normas que generan obligaciones ciertas e indelegables para el Estado, realiza una opción política acerca de las funciones amplias del Estado. Como se ve, por debajo de nuestra valoración de la verosimilitud de las promesas normativas, está la asunción de un compromiso político. Una vez que esa asunción se hace explícita, el escepticismo sobre los DESC luce menos natural que conservador.⁷³

3.3. La objeción democrática

El movimiento de Reformas constitucionales vivido en Latinoamérica en las últimas décadas ha tenido por resultado una serie de instrumentos que -como vimos en la sección 3.1.- podemos llamar “constituciones aspiracionales”. Estas constituciones, invariablemente, han introducido una ampliación de su catálogo de derechos fundamentales (entre ellos, los derechos sociales), transformando ciertas reivindicaciones políticas en “derechos constitucionales”. Cuando se produce esa transformación, surge -como ya se vio- la titularidad de prerrogativas jurídicas operativas en cabeza de los ciudadanos para exigir el respeto de esos derechos por parte de las autoridades. Esas prerrogativas incluyen la posibilidad de exigir el respeto de los derechos en sede judicial, es decir, la posibilidad de hacer justiciables sus derechos.

Pues bien. Con ese alcance en mente, podemos ver que la constitucionalización de los derechos sociales puede dar lugar, al menos, a dos cuestionamientos relacionados con la democracia:

3.3.1. La reducción de la política democrática. La idea de democracia se vincula esencialmente a la idea de *autogobierno*. Sólo podemos hablar de democracia si podemos hablar de un pueblo cuyos habitantes se gobiernan a sí mismos, esto es, si se dan su propias leyes (en

⁷² Ver el trabajo de Kennedy, “The Political...”, pp. 1-16. En el contexto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral, hemos intentado explorar la dicotomía centro/periferia en Cánaves; Colombo y Moro “La Educación Jurídica...”.

⁷³ En base a lo dicho, estamos en condiciones también de enfrentar la crítica de Rosencrantz, expuesta *supra*, en nota 60. En primer lugar, la idea de que la inclusión de derechos no justiciables (meramente aspiracionales) en la Constitución socava la autoridad de ésta es inaplicable a los derechos sociales, pues si pretendiéramos aplicárselas, incurriríamos en un razonamiento falaz por partir de una premisa falsa: la no-justiciabilidad de los derechos sociales. Como hemos visto, ninguno de los argumentos que se presentan para sustentar esa premisa es convincente. En segundo lugar, también es falsa la dicotomía con la que Rosencrantz expresa su preferencia: “ejecutabilidad-inclusión en la Constitución” vs. “no ejecutabilidad-no inclusión en la Constitución”. Es falsa por dos razones: a) supone que la ejecutabilidad depende de alguna característica *esencial* de los derechos, cuando en realidad depende -como vimos- de una compleja *interacción* entre textos que declaran derechos, e instituciones y personas; b) niega que entre medio haya otra opción, cuando en realidad la hay: producir el aparato teórico e instrumental necesario para concretar y hacer exigibles los derechos sociales constitucionales (que es, por cierto, exactamente lo que los abogados y abogadas han hecho, con gran eficiencia, respecto de los derechos civiles y políticos). En tercer lugar, la tesis de Rosencrantz es irrelevante en términos jurídico-políticos para el ámbito local, pues en la Argentina -a diferencia de los EE.UU.- no se está discutiendo si incluir o no derechos sociales en la Constitución, o bien si conviene “encontrarlos” en alguna cláusula que en principio parecería no contemplarlos: en Argentina los derechos sociales ya forman parte de la Constitución desde las reformas de 1957 y -en número considerablemente ampliado- 1994.

vez de seguir las dictadas por otro(s), si deciden lo que corresponde hacer (en vez de seguir las decisiones de otro(s)). En un régimen democrático, todos los aspectos relevantes de la vida pública quedan sujetos a la decisión de los ciudadanos.

La idea de una Constitución, por su parte, se vincula esencialmente con la idea de un *límite* al poder decisorio de los ciudadanos. Aquello que está incluido en el texto constitucional, resulta excluido de la posibilidad de decisión pública. Cada vez que se incorpora un derecho a la constitución, se encoge la competencia del autogobierno popular. Si cierta prerrogativa está reconocida como un “derecho constitucional” (v.g., la libertad de expresión y la prohibición de censura previa), entonces no tiene ninguna importancia la opinión mayoritaria de los ciudadanos al respecto. Si la legislatura, por ejemplo, aprobara una ley estableciendo mecanismos de censura previa, esa ley sería *inconstitucional* por violar el derecho reconocido en el artículo 14 de la Constitución, sin importar la cantidad de legisladores que la hayan aprobado. La Constitución marca los límites de lo que “el pueblo” puede decidir.

Por lo tanto, mientras más amplio sea el catálogo de derechos que reconozca una Constitución, menor será el campo de maniobra para la discusión y decisión pública.⁷⁴ Esta reducción de la agenda deliberativa puede llegar a proyectar efectos perniciosos sobre los fundamentos mismos de la democracia. El gran jurista argentino Carlos Nino, por ejemplo, consideraba que la justificación de la democracia como forma de gobierno estaba dada por ser un sucedáneo reglado del discurso moral, que nos permite aproximarnos a la verdad en cuestiones de moralidad intersubjetiva en virtud de la deliberación de los interesados que precede a una decisión imparcial por regla de mayoría.⁷⁵ Este carácter epistémico de la deliberación democrática está sujeto a una serie de precondiciones, que de no darse, impiden que aquella logre su valor.⁷⁶ Entre estas precondiciones está la participación de sujetos autónomos. Como vimos más arriba –sección 2– el concepto de autonomía de Nino es robusto: incluye no sólo la garantía de los derechos civiles y políticos de las personas, sino también la garantía de sus derechos sociales. Es necesario que los partícipes en la deliberación no estén sujetos a los rigores del hambre, la falta de techo o la falta de educación para que la deliberación pueda tener el valor epistémico que sirve de justificación a la práctica democrática.⁷⁷

Ahora bien, una vez que se garantizan plenamente todos los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, en pos de que la deliberación pública tenga verdadero valor, ¿sobre qué ha de deliberarse? ¿Cuál sería el contenido de la deliberación? El reconocimiento de los derechos sociales (¿pero sólo de ellos?) con carácter constitucional parecería encoger al extremo la esfera de decisión pública:⁷⁸ se trata de lo que Anna Pintore llama “derechos

⁷⁴ Sobre la tensión entre democracia y constitución ver los excelentes trabajos de Stephen Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, pp. 217-62, y Roberto Gargarella “Constitución y democracia”, pp. 70-85.

⁷⁵ Por razones de espacio y pertinencia temática, es imposible entrar aquí en una presentación mínimamente aceptable de la teoría de la democracia deliberativa de Nino. Pueden consultarse al respecto su libro *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, y su ensayo “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en *El Constructivismo...* pp. 111-33.

⁷⁶ Ver Nino, *La Constitución...*, p. 180 y ss.

⁷⁷ Sobre la huella de John Hart Ely, Frank Michelman ha adoptado una estrategia similar para justificar la existencia de derechos sociales constitucionales en el contexto norteamericano. Ver Michelman, pp. 659-93.

⁷⁸ Tal como nota Rodolfo Arango, “los derechos sociales básicos son la piedra de toque de la delimitación de las decisiones constitucionales y la política, toda vez que su reconocimiento judicial invade la política económica y la competencia legislativa” (Arango, p. 141).

insaciables”.⁷⁹ Prácticamente, quedarían sujetos a deliberación sólo aspectos menores de organización y gestión.

Para sortear esta objeción, es posible apelar a una línea argumental bastante común dentro del campo de los DESC, que apunta a la distinción entre protección de mínimos y de máximos. Como cuestión de derecho constitucional -esto es, como cuestión que queda fuera de toda posibilidad de alteración por parte de la voluntad legislativa mayoritaria- cierto mínimo de protección debe ser garantizado, pues por debajo de ese umbral, la ciudadanía se torna una quimera y el potencial epistémico de la deliberación una ficción.⁸⁰ Ahora bien, por sobre ese mínimo, la cuestión es una de deliberación pública, correspondiendo por lo tanto a la voluntad mayoritaria del momento, expresada en los órganos políticos, definir el modo específico de la protección, el grado de la misma, los porcentajes presupuestarios asignados, y en general, todos los detalles atinentes a la elaboración de las políticas públicas.^{81 82}

Este modo de pensar está presente también en una de las áreas más pujantes en la actual teoría y práctica de los DESC, que es la del “enfoque de derechos” para la formulación y control de políticas sociales.⁸³ La idea del enfoque de derechos implica un paso de la lógica asistencial y discrecional con la que tradicionalmente el Estado se ha acercado a la provisión de servicios sociales, a una lógica de responsabilidad y rendición de cuentas, de acuerdo con la cual las políticas sociales implementadas por el Estado son mecanismos para garantizar derechos de la población, y no concesiones gratuitas de la autoridad gubernamental. Los derechos humanos fijarían el piso y la dirección de toda política social, así como también constituirían estándares en base a los que controlar el real alcance de los objetivos. Pero dentro de ese marco, las decisiones quedarían sujetas a los mecanismos habituales de decisión política.⁸⁴

⁷⁹ Pintore, pp. 243-65.

⁸⁰ En términos de Prieto Sanchis, “Si nos tomamos en serio los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica, o sea, si nos tomamos en serio *toda* la Constitución, la justicia no puede quedar excluida de ningún capítulo; lo que significa, ni más ni menos, que los derechos prestacionales han de tener algún núcleo irreductible y que éste representa un contenido intangible para la libertad de configuración del legislador” (Prieto Sanchis, p. 54).

⁸¹ El propio Nino, que advertía el problema ínsito en su propia teoría, parece inclinarse por esta solución: “a pesar de que la total y absoluta negación de los derechos sociales yace fuera de los límites del liberalismo constitucional, el alcance preciso de dichos derechos, frente a los de propiedad o comercio, será establecido a través del proceso democrático de discusión y toma de decisiones” (“Sobre los derechos...”, p. 73). También adhieren a esta solución Julio Montero, pp. 399-409, y los propios Gargarella, “¿Democracia...?” y Alegre, “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”, ambos ensayos incluidos en el libro editado por ambos *El derecho a la igualdad...*, pp. 121-44 y 145-62 respectivamente.

⁸² La actual Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido habitualmente a un razonamiento de éste. Un ejemplo característico es la sentencia recaída en la causa “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios” (2006), especialmente lo dicho en los Considerandos 15 a 19.

⁸³ En este sentido son destacables los trabajos de Victor Abramovich, “Los estándares...”, pp. 217-52), Pautassi, “Límites...”, pp. 177-210) y Pérez Murcia, “Desarrollo, derechos sociales...”.

⁸⁴ Carlos Rosencrantz sostiene que no es adecuado incluir a los DESC en la Constitución, dado que sobre cuestiones de justicia distributiva todavía tenemos profundos desacuerdos como sociedad, a diferencia de lo que sucede con las libertades básicas que protegerían los derechos civiles y políticos: “La razón más importante en contra de la inclusión de derechos económicos a la igualdad en la Constitución es que no tenemos una visión única sobre cómo asignar recursos en nuestras sociedades y, este hecho, determina que si privilegamos constitucionalmente un tipo de distribución sobre otro arrinconaremos a todos aquellos que no están de acuerdo” (Rosencrantz, p. 250). Nuevamente estoy en desacuerdo con el profesor coreentino. En primer lugar, no veo por qué debería restringirse la objeción a los DESC, considerando que también los DCP implican -como vimos- importantes asignaciones de recursos. En segundo lugar, aunque probablemente en el ámbito académico haya discrepancias irreconciliables sobre la mejor interpretación de Rawls o Dworkin, no creo que las discrepancias sean igualmente fuertes entre las personas en general respecto de derechos básicos como la atención de la salud, la vivienda o la educación; por el contrario, creo que hay acuerdos bastante extendidos al respecto. En tercer lugar, Argentina -a diferencia de los EE.UU.- ya ha resuelto el tema a través de una Convención Constituyente que incorporó numerosos derechos sociales a la Constitución. ¿Diremos que los convencionales constituyentes electos no representaban la “verdadera” voluntad

Esta idea de los “mínimos” como modalidad de compaginar la satisfacción de los derechos sociales con los fundamentos de la democracia (y las eventuales restricciones presupuestarias nacionales), ha recibido una evidente acogida por parte de los organismos internacionales abocados a la interpretación de los Tratados.⁸⁵

3.3.2. *La ampliación del poder contramayoritario de los jueces.* El poder judicial está integrado por personas cuya posición institucional es ajena a los mecanismos distintivos de la democracia representativa: la selección de los magistrados no se realiza por votación popular, los cargos suelen ser vitalicios y no existen mecanismos institucionales de *accountability* o rendición de cuentas de los jueces frente a la ciudadanía respecto del contenido de sus fallos. Esto ha conducido a algunos teóricos a hablar del carácter “contramayoritario” del poder judicial.⁸⁶

Si el reconocimiento de derechos en la constitución (y en los Tratados incorporados a ella) genera, como vimos, prerrogativas justiciables titularizadas por los y las ciudadanas del país, se advierte que mientras más extenso sea el catálogo de derechos fundamentales de un país, mayor será la transferencia de poder hacia los jueces (esto es, hacia el lado contramayoritario del gobierno). Lo curioso es que, en el contexto latinoamericano de las últimas décadas, la ampliación de los catálogos de derechos para la inclusión de reivindicaciones tradicionalmente postergadas ha sido fomentada, en la mayoría de los casos, por las fuerzas más “progresistas” o de centro-izquierda al interior de cada uno de los países. Esto parecería conducir a una suerte de “paradoja del progresismo”: los actores habitualmente más identificados con la defensa de la democracia terminarían socavándola, al emplear como estrategia el mecanismo de los derechos, que se traduce en un desplazamiento de poder real desde los órganos mayoritarios o populares (la Legislatura) hacia los órganos contramayoritarios o elitistas (la Judicatura).⁸⁷

Considero que esa paradoja existe, pero no es inexplicable. Debe entenderse en el marco de lo que Santos llama la “doble falla” del Estado en las sociedades actuales: la falla de los elementos de democracia y de bienestar. La falla democrática tiene que ver con la pérdida de transparencia, responsabilidad y posibilidades de participación o influencia popular real en el gobierno. La falla de bienestar tiene que ver con la ineficacia del Estado para satisfacer positivamente las necesidades básicas de protección de la gente y protegerla de los abusos

del pueblo, sino sólo la de una facción? Pero, ¿no es justamente la idea de un procedimiento democrático como la Convención Constituyente la que hemos escogido para zanjar, vía regla de mayoría, nuestras discrepancias en materia de política y moralidad pública? ¿Y no es justamente la idea de una Constitución la de ser un “límite” frente a las variables creencias mayoritarias? (Piénsese si podría decirse que como sociedad tenemos “una visión única” hoy en día acerca de las garantías constitucionales del debido proceso penal, cuando son crecientes y cada vez más difundidos los embates de la “mano dura” frente al problema de la inseguridad). Y si acaso descreemos de la representación política, ¿por qué circunscribiríamos nuestra desconfianza a los DESC? ¿Por qué no someter todo el esquema de derechos constitucionales a una “reválida” popular periódica? Pero, ¿no socavaría eso la idea misma de autoridad fuerte del Derecho constitucional que a Rosencrantz tanto le preocupa conservar?

⁸⁵ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha empleado recurrentemente en sus informes la idea de contenidos mínimos o “básicos” de los derechos sociales reconocidos en el PIDESC. A modo de ejemplo, ver la Observación General N° 12 sobre “El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)”, de 1999.

⁸⁶ Ver Gargarella, *La Justicia...*

⁸⁷ Carlos Nino alertaba sobre esta circunstancia, según lo relata Roberto Gargarella en su trabajo “El nuevo constitucionalismo... En palabras de Anna Pintore: “Existe una disonancia psicológica entre la simpatía moral por las luchas ‘de abajo’ que han producido los derechos, y la actitud, en el fondo aristocrática y paternalista, aunque ilustrada, de quien desea hoy sustraerlos a la decisión de quienes lo han elegido, y confiarlos enteramente a la prudente administración del filósofo o, lo que es lo mismo, a la oculta administración del intérprete. Existe una cierta disonancia pragmática entre esta perentoria exaltación de los derechos y su exclusión de la esfera de la autonomía moral y, por lo tanto, política de sus titulares” (Pintore, p. 265).

de grupos privados poderosos. Esta doble falla ha inducido –según Santos– “un desplazamiento del núcleo de legitimidad en el Estado del poder legislativo y del ejecutivo hacia el poder judicial”.⁸⁸

Desde esa perspectiva, podría decirse que la creciente atención que los y las activistas han dedicado a los Tribunales no debería ser enjuiciada desde la versión *ideal* del diseño institucional moderno, sino desde su versión *real*, en la que se ha advertido una reiterada frustración de los canales de participación frente a las pretensiones populares.

El recurso a los Tribunales no se ha limitado a pretensiones de particulares o de grupos. También se ha proyectado hacia el control de las políticas sociales (lo cual es un corolario lógico del “enfoque de derechos” del que hablábamos más arriba), conduciendo hacia un complejo y todavía incipiente fenómeno de judicialización de la política⁸⁹ que –como bien señala Santos– tiene su contracara en la “politización de los judicial”.⁹⁰

4. Desafíos para el sentido común jurídico en torno a los derechos sociales

Tal como sucede en casi todo el resto de las ramas de estudio y práctica del Derecho, con el correr de los años se ha ido sedimentando un sentido común jurídico alrededor de los derechos sociales. Ese sentido común es bifronte. Uno de sus rostros es el *sentido común conservador*, del que participan quienes descreen de la virtualidad jurídica e incluso de la conveniencia moral de los derechos sociales. El otro rostro es el *sentido común progresista*, del que participan quienes ven en los derechos sociales una oportunidad para el avance de objetivos morales y políticos valiosos, y están dispuestos/as a trabajar teórica y prácticamente en pos de su fortalecimiento.

A lo largo de la sección 3 pudimos recorrer los principales flancos de ataque que se realizan desde la posición conservadora contra los derechos sociales. En cada una de esas polémicas, intenté poner de manifiesto que las objeciones no resultaban concluyentes, pudiendo ser rebatidas recurriendo a contra-argumentos –a mi modo de ver– más persuasivos, generados por los partidarios de la posición progresista.

A continuación, me propongo plantear algunos desafíos que esta última posición debe enfrentar para afianzar su ya notable recorrido. Dados los límites editoriales para la extensión del trabajo, lo haré de un modo muy breve y compactado.

4.1. El problema de no poder marcar problemas

El trabajo que activistas y juristas han realizado por los derechos sociales puede ser caracterizado sin riesgo de exageración como una *lucha*. Como ya dijimos, desde su nacimiento, y todavía, los derechos sociales han enfrentado una férrea resistencia. Sus defensores/as han debido ejercitar distintas destrezas prácticas y teóricas para sortear la oposición. En los últimos años, se ha hecho patente el relativo éxito de sus esfuerzos.

Tal vez como resultado de ese sesgo combativo que parece acompañar siempre el trabajo con derechos sociales, algunas posiciones han tendido a *crystalizarse*. Es comprensible que ello suceda, dado que hacerse permeable a la crítica puede ser visto como algo peligroso (en

⁸⁸ Santos, *Sociología...*, pp. 483-4.

⁸⁹ Ver los trabajos reunidos en Abramovich y Pautassi (eds.).

⁹⁰ Santos, *Sociología...*, p. 483.

términos estratégicos) en un contexto marcadamente oposicional. Sobre todo si tenemos en cuenta que, habitualmente, las críticas a los derechos sociales han provenído de sectores interesados en la conservación de sus privilegios económicos y de clase, y del *status quo* en general.

Aun si comprensible, no creo en cambio que ello resulte deseable. Y es que no es cierto que todas las críticas contra algún aspecto del “sentido común progresista” en torno a los derechos sociales puedan provenir sólo de posiciones conservadoras: las mismas también pueden provenir –y a menudo provienen– *de adentro* del grupo de quienes están comprometidos/as con el avance de las causas sociales que se canalizan a través de DESC, planteadas por personas que, pese a su acuerdo básico, estiman que ciertas estrategias o concepciones arraigadas no son las más adecuadas para su ulterior avance.⁹¹

En las discusiones sobre DESC, aquella creencia errónea gravita considerablemente. De un modo casi instintivo, las críticas contra el sentido común progresista son inmediatamente decodificadas como “de derecha”, o bien son sospechadas de esconder intereses espurios (insensibilidad, neoliberalismo, avaricia, discriminación, o lo que sea), o bien son entendidas como implicando un rechazo total de la idea básica de derechos sociales como derechos exigibles (de manera tal que quien la formula parece ya no poder formar parte “de *este* bando”).

Un ejemplo interesante al respecto lo provee el documentado trabajo de Fairstein, Kletzel y García Rey, tres comprometidas activistas del CELS, titulado “En busca de un remedio judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales”.⁹² En el mismo, las autoras se enfrentan a una de las críticas más fuertes al sentido común progresista sobre los DESC: la que apunta al limitado potencial de las sentencias favorables en casos estructurales para afectar concretamente la realidad que el litigio se había propuesto transformar. A esta crítica (sobre la que volveremos enseguida, sección 4.2.), la califican como “la nueva arremetida contra la justiciabilidad de los DESC”.⁹³

Si la crítica respecto de la efectividad de las sentencias en casos estructurales pretende fundar un rechazo a la justiciabilidad de los DESC, entonces la calificación de “nueva arremetida” es adecuada, en tanto no se trataría más que de un nuevo argumento⁹⁴ en la línea tradicional del sentido común conservador. Pero si la crítica apunta a poner en cuestión la excesiva confianza en el litigio de derechos sociales y a sugerir la necesidad de imaginar alternativas novedosas para el activismo que tomen en serio la importancia de los efectos limitados de las sentencias, entonces la calificación de “nueva arremetida” ya no parece tan adecuada. Más bien, adquiere la apariencia de una descalificación que dificulta la discusión, y así contribuye a la cristalización del sentido común progresista de la que hablaba más arriba, precluyendo la posibilidad de experimentación o renovación.

⁹¹ Ver en este sentido el brillante ensayo de William Simon.

⁹² Fairstein; Kletzel y García Rey.

⁹³ Fairstein; Kletzel y García Rey, p. 4. Agregan las autoras: “para evitar que, desmereciendo sus logros, se pretenda poner nuevamente en crisis la idea de la justiciabilidad de los DESC, creemos que es muy importante comenzar a difundir aquello que sucede durante la tramitación del caso y una vez que se ha obtenido un pronunciamiento judicial que reconoce los derechos sociales invocados. Prestar atención y asumir el compromiso de comprender la multi-dimensionalidad de este tipo de litigios antes de desechar irreflexivamente su enorme potencialidad, es una tarea que debe emprenderse con la seriedad e involucramiento que la materia demanda” (p. 5).

⁹⁴ Por cierto, se trataría de un argumento falaz, que pasaría injustificadamente del “es” al “debe”, siendo capturado por la famosa “navaja de Hume”. Y es que se incurre en una confusión de niveles cuando se pretende pasar de un juicio *de facto* (“las sentencias que acogen derechos sociales son ineficaces”) a un juicio *de iure* (“los derechos sociales no son justiciables”).

4.2. Justiciabilidad y realidad: ¿falacia juricista?

La elaboración de la dogmática de los derechos sociales como derechos exigibles se planteó desde un principio como un giro pragmático. Es decir, pretendió abandonar el limbo de las “normas en el papel” y pasar a la realidad de las “normas en acción”. Rápidamente se advirtió que el mero hecho de encontrar reconocimientos normativos en la Constitución no significaba demasiado, si esas normas no podían ser realmente ejercidas por los ciudadanos.⁹⁵ Por ende, se fomentó la idea de la justiciabilidad de los derechos sociales: estos podían ser reclamados en sede judicial en caso de ser violentados, y deberían proveerse recursos adecuados a tal fin.

A mi modo de ver, este esfuerzo exclusivo por la justiciabilidad es valioso pero incompleto, y potencialmente desorientador. El punto es que si en el tránsito hacia un giro pragmático, fijamos nuestra atención solamente en la posibilidad de elaborar demandas acogidas por los tribunales, proyectamos una equivalencia falaz: obtención de sentencias favorables = efectivo goce de los derechos. Y es que las sentencias, al igual que las normas, son textos, “papeles”, que a pesar de su crucial relevancia no pueden afectar significativamente la realidad por sí mismas.

A menudo, el dictado de la sentencia (después de meses o incluso años de arduo litigio) no ha reflejado mayores cambios sociales. Por ejemplo, en uno de los casos paradigmáticos del litigio de interés público en la Argentina, el caso “Viceconte”, la sentencia que ordenó la elaboración de la vacuna Candid 1 contra la fiebre hemorrágica argentina (1998), estuvo casi una década sin poder ser implementada.⁹⁶

Los casos que involucran derechos sociales suelen ser casos estructurales, esto es, casos en los cuales la alegada afectación del derecho depende de un complejo entramado institucional y político que difícilmente puede ser desmantelado si la acción se circunscribe a reclamar una intervención judicial tradicional.⁹⁷

⁹⁵ Christian Courtis le llamó a esto el efecto “placebo” (“Detrás de la ley...”). Otros han hablado del “síndrome normativo”, en virtud del cual “un problema social o político se enfrenta únicamente con la expedición de normas jurídicas de todas clases y en todos los niveles... Todo pareciera querer solucionarse con la mera promulgación de una norma, quedando en un segundo plano la implementación paralela de otros controles socio-culturales” (Botero Bernal, pp. 90-1. Encontramos idénticas expresiones en, del mismo autor, “Formas Contemporáneas de Dominación Política: el Síndrome Normativo y la Eficacia Simbólica del Derecho”, §11). El punto es que recurrentemente se observa que la modificación y creación de textos legales no afecta en absoluto la dinámica de aquellos fenómenos sociales a los que se refiere. En muchos casos, esa disociación ha pretendido explicarse en razón de alguna variable (por ejemplo, la cultura anómica entre los habitantes de un país -Nino, *Un País...* - o la cultura de los miembros de algún grupo profesional específicamente concernido con el asunto, como los abogados -Binder- que estaría interfiriendo entre las reglas en el papel y la realidad. En otros casos, la debilidad de la ley ha pretendido explicarse de modo paradójico, menos como una anomalía dependiente de variables externas que como una finalidad intrínseca de la propia legalidad, la cual “busca su ineficacia”. Esta interesante explicación paradójica corresponde a Mauricio García Villegas, para quien la ineficacia instrumental del Derecho es inversamente proporcional a su eficacia simbólica, que es con vistas a la cual como son sancionadas las leyes. Así, por ejemplo, en el proceso de formación de las naciones latinoamericanas se aprecia que “la selección de los modelos constitucionales y de sus respaldos ideológicos [...] estaba más fundada en las necesidades de legitimación política que en su efectividad instrumental”, y se erigieron como libretos simbólicos de compromiso para generar cohesión en grupos sociales sumamente heterogéneos: “La brecha entre el derecho escrito y la realidad no parece pues una disfunción o una falla de estos modelos sino su elemento característico en la medida en que, por un lado, la producción del derecho obedece ante todo a propósitos de legitimación política y, por otro, su carácter racional y universalista necesariamente está llamado a diferir de una realidad social marcada por la heterogeneidad e hibrididad cultural, económica y social” (García Villegas, “Notas...”, p. 4). En otro ensayo, este mismo autor formula más claramente aun la idea de que el derecho escrito se sanciona buscando su ineficacia instrumental, es decir, dificultando la posibilidad de cambios sociales: “El asunto no es que el derecho choque con la realidad que se resiste al cambio y por eso resulta ineficaz; es más bien que la realidad no cambia porque choca con la resistencia del derecho, el cual persigue por sí mismo la ineficacia” (*El Derecho...* p. 39).

⁹⁶ Ver al respecto el desafiante trabajo de Millón.

⁹⁷ Ver la investigación Puga, “La realización...”.

Frente a estos problemas, una alternativa novedosa es la concepción “experimentalista” del litigio de interés público. El experimentalismo en el litigio de interés público se opone al modelo de orden-y-control. El modelo de orden-y-control es el tradicional de la judicatura. Según dos de sus principales sostenedores, Charles Sabel y William Simon, tiene tres características: 1. un esfuerzo por anticipar y expresar todas las directivas cruciales en una sola resolución difícil de cambiar; 2. un tratamiento del cumplimiento del demandado en términos de su conformidad con ciertas conductas específicamente prescriptas en la resolución; y 3. un rol directivo fuerte para el tribunal en la formulación de las normas remediales.⁹⁸

En cambio, en el modelo experimentalista, el tribunal: 1. establece estándares generales o metas que las partes se supone deben alcanzar (y no normas específicas que deben cumplir); 2. deja una amplia libertad a las partes para definir y re-definir los medios adecuados para alcanzar esas metas; y 3. establece estándares y procedimientos para la evaluación del rendimiento de la institución.⁹⁹

Esta metodología experimentalista se propone como más eficaz que el modelo tradicional para penetrar en instituciones que han fracasado recurrentemente en cuanto a estar a la altura de sus obligaciones. Estas instituciones suelen presentar una serie de prácticas atrincheradas que conspiran contra su buen funcionamiento, las cuales se prueban resistentes antes los esfuerzos externos de modificar su dinámica mediante órdenes directas y específicas. A través de un análisis de distintas áreas del Derecho estatal en las que se ha ido afianzando la tendencia experimentalista (escuelas, instituciones de salud mental, prisiones, policía y vivienda), Sabel y Simon observan que la ineficacia de los acercamientos de tipo orden-y-control se ha derivado de que los tribunales carecían de la información necesaria y del rango y profundidad de control necesarios para formular resoluciones adecuadas y hacerlas cumplir, así como de que ese tipo de intervenciones han contribuido a exacerbar más que a neutralizar la resistencia de los demandados.¹⁰⁰

El experimentalismo recurre a la idea de “derechos desestabilizadores” de Roberto Mangabeira Unger.¹⁰¹ Frente a un caso en el que se presenta una demanda que el juez codifica como violación de algún derecho general -por ejemplo, el acceso a la justicia- no dispone una resolución categórica a la que las partes deberán adaptarse. Más bien, su función es “indicar públicamente que el *status quo* es ilegítimo y no puede continuar”,¹⁰² dejando luego a las partes interesadas o “*stakeholders*” fijar la dinámica y contenido de la búsqueda de soluciones, lo cual es una apuesta por la *desestabilización institucional* a través de un proceso de permanente negociación y re-evaluación de metas y medios.

No estoy seguro de que la alternativa experimentalista sea la más indicada para el litigio de derechos sociales. Lo que creo es que su discusión es importante como apertura al estudio de nuevas estrategias que tomen en serio los severos problemas de implementación que enfrentan las sentencias judiciales en casos estructurales.

⁹⁸ Charles F. Sabel y William H. Simon, “Destabilization Rights”, 113 *Harvard Law Review*, p. 8.

⁹⁹ Ver Charles F. Sabel, y William H. Simon, “Destabilization Rights”, p. 5.

¹⁰⁰ Charles F. Sabel y William H. Simon, “Destabilization Rights”, p. 37.

¹⁰¹ Si bien Sabel y Simon refieren a la obra *False Necessity* (la versión anterior del programa democrático diagramado luego en *La Democracia Realizada*) de Unger como la fuente del concepto, ya en un importante libro anterior del profesor brasileño, *The Critical Legal Studies Movement* (Harvard University Press, Massachussets, 1983, cap. 3, ps. 43-90) se encuentran referencias a los “derechos desestabilizadores”, ejemplificados con la evolución del derecho anti-discriminatorio en EE. UU.

¹⁰² Sabel y Simon, p. 41.

El pensamiento crítico e imaginativo respecto de la implementación de las sentencias debería comenzar a ser un eje fundamental de preocupación para el activismo de derechos sociales. De lo contrario, se seguirá incurriendo en la “falacia jurídicista”, según la cual basta luchar por el reconocimiento judicial para dotar de realidad a los derechos sociales.

4.3. El derecho como “hoja de ruta” del cambio social: un problema motivacional

El último problema que quisiera plantear es el del “imperialismo del discurso jurídico” (Owen Fiss) sobre todo el resto de las esferas de activismo social.

Hay quienes asumen el problema señalado en el apartado anterior relativo a la ineffectividad del litigio jurídico para alterar realidades sociales, afirmando que las sentencias por sí solas no tienen suficiente fuerza transformadora, pero que sí la tienen si forman parte de un movimiento político de lucha por la vigencia efectiva de la Constitución. Esta postura es sostenida por una serie de destacados autores colombianos, como Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, y también de otras latitudes, como Siri Gløppen.¹⁰³

Estos autores adoptan una perspectiva sociológica constructivista, que tomaría en cuenta la interpenetración significativa entre el Derecho y su contexto, a diferencia de las distintas variantes instrumentalistas, que coincidirían en ver al Derecho como algo externo que puede causar ciertos efectos sobre su contexto.

El núcleo de su propuesta se encuentra bien expresado en el siguiente párrafo: “Para ser más efectiva, la estrategia jurídica debe ser parte de una estrategia política más amplia *que apunte a la transformación social a través de la materialización de derechos sociales*. Esta estrategia política más amplia implica la existencia de elementos contextuales, diferentes del Derecho mismo, *tales como un apoyo político y social activo del proyecto constitucional en general y del activismo judicial progresista sobre derechos sociales en particular, tanto como de una cultura jurídica favorable a la protección de derechos*”.¹⁰⁴

El primer problema de esta postura es su marcado *estadocentrismo*. Tal como lo ha analizado Santos,¹⁰⁵ en el proyecto de la modernidad el Derecho estatal ha reclamado para sí la exclusividad de la regulación jurídica de la sociedad. Sin embargo, la estructura del espacio social presenta una serie de juridicidades alternativas que coexisten con la juridicidad estatal y se constelan de diversas maneras con ella, determinando entre otras cosas el grado de efectividad que las alteraciones producidas en uno de los espacios¹⁰⁶ podrá alcanzar en los

¹⁰³ Me refiero al análisis de Gløppen sobre las posibilidades de que el litigio de interés público tenga *impacto sistémico*, en su trabajo “Public Interest Litigation, Social Rights and Social Policy”, (sin indicación de páginas).

¹⁰⁴ García Villegas y Saffon, p. 10.

¹⁰⁵ Santos, *Crítica...*, cap. 5.

¹⁰⁶ Los distintos espacios sociales con su específica forma jurídica que Santos reconoce son: el espacio *doméstico* (entendido como “el conjunto de relaciones sociales de producción y reproducción de lo doméstico y del parentesco, entre marido y mujer –o cualquier otra forma de relaciones conyugales–, entre cada uno de ellos y los hijos y entre unos y otros y los parientes”), el espacio de la *producción* (entendido como “el conjunto de relaciones sociales desarrolladas en torno a la producción de valores de cambio económicos y de procesos de trabajo, de relaciones de producción en sentido amplio –entre los productores directos y los que se apropian de la plusvalía, y entre ambos y la naturaleza– y de relaciones *en la* producción –entre trabajadores y gestores, y entre los mismos trabajadores–”, el espacio del *mercado* (entendido como “el conjunto de relaciones sociales de distribución y consumo de valores de cambio a través de los cuales se produce y reproduce la mercantilización de las necesidades y de los medios para satisfacerlas”), el espacio de la *comunidad* (entendido como “el conjunto de relaciones sociales desarrolladas en torno de la producción y reproducción de territorios físicos y simbólicos y de identidades e identificaciones con respecto a orígenes y destinos comunes”), el espacio de la *ciudadanía* (entendido como “el conjunto de relaciones sociales que constituyen la ‘esfera pública’ y, en particular, las relaciones de producción de la obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado”) y el espacio *mundial* (entendido como “la suma total de los efectos internos de las relaciones sociales por medio de las cuales se produce y reproduce una división global del trabajo”). Ver Santos, *Crítica...*, p. 316 y ss.

otros.¹⁰⁷ Si observamos la cita de Villegas y Saffon desde esta perspectiva, advertimos que tanto la finalidad de la “estrategia política amplia”, como los “elementos contextuales” como los rasgos de la “cultura jurídica” son enteramente auto-referenciales en relación con el Derecho estatal. Y es el Derecho (estatal) el que ocupa la indiscutida centralidad de la estrategia política: se trata de transformar la sociedad a través de la materialización de los derechos sociales consagrados en la Constitución.

Por otra parte, esta postura ignora las especificidades de otros grupos de acción (no-abogados/as) que concurren en la práctica transformadora de algún fragmento de la realidad social, sobreestimando la fuerza motivacional del discurso de los derechos -lo cual no es más que otro ejemplo de la característica tendencia abogadil a universalizar las propias percepciones- y así generando problemas de coordinación evitables (pienso en la negativa a colaborar o “articular” de otros actores interpretada con enojo como “falta de compromiso”, o en el impulso colonizador de los abogados sobre otros discursos que conduce a la cooptación, la resistencia o la inconmensurabilidad -pero nunca al éxito- en los ensayos de trabajo interdisciplinario). Finalmente, empobrece la “estrategia política amplia”, en tanto la diseña en función del Derecho estatal, evitando así la consideración de a) otras juridicidades consteladas sobre el fenómeno, y b) otras retóricas, tanto disciplinares como informales o locales.

Como se ve, esta apertura contextual hacia otros actores es sólo una fachada de apertura. La agenda sigue siendo estrictamente unidimensional: el cumplimiento del Derecho estatal. Los actores que trabajan por el cambio social desde fuera del litigio de interés público por la exigibilidad de derechos sociales son aliados necesarios, claro... pero sólo en la medida en que exhiban la contraseña del “compromiso con el proyecto constitucional”.

Esa es una tendencia muy común entre los/as juristas interesados/as en el cambio social. Nino, por ejemplo, rescataba la idea alberdiana de la Constitución como “hoja de ruta” del país.¹⁰⁸ A mi modo de ver, esta postura falla porque proyecta sobre todos los y las habitantes de la nación una motivación por los derechos similar a la que tienen los abogados, cuando en realidad las causas, lenguajes y contextos en que se producen las luchas sociales son en extremo variadas. ¿Por qué intentar forzar a todos los actores sociales comprometidos con alguna idea de cambio social a transformar sus aspiraciones contextuales en una lucha por el “proyecto constitucional” (cuyo sentido, interpretación y alcance, por supuesto, determinamos nosotros, los “abogados”, concernidos profesionalmente con el tema)? En mi opinión esa pretensión no sólo es objetable éticamente, sino estratégicamente: de la misma se deriva un déficit motivacional que conspira contra la propia idea de trabajo conjunto que habíamos revalorizado.

¹⁰⁷ El esquema de Santos invita a repensar el problema de la ineficacia del Derecho. Típicamente el activismo jurídico ha centrado sus batallas exclusivamente en el derecho estatal, descuidando completamente las otras juridicidades que se constelan sobre los fenómenos en cuestión. La mera alteración del derecho estatal (mediante una reforma legislativa, mediante una sentencia judicial) puede no transformar nada –ser “ineficaz”– si el resto de los órdenes jurídicos consigue reestablecer sus articulaciones con el derecho estatal en otros moldes. ¹⁰⁷ Como bien lo dice Santos, “el reconocimiento de las constelaciones de derechos equivale a reconocer que las prácticas y las luchas emancipatorias tienen también que articularse en red y formar coaliciones si es que pretenden tener éxito. Una lucha aislada contra una forma de regulación puede, involuntariamente, reforzar otra forma de regulación” (*Crítica...*, p. 346). Aunque desde otro marco teórico, esto guarda cierta similitud con lo que sostiene Mariela Puga respecto del litigio estructural: “Es que en general las órdenes directas en casos estructurales como éstos, planteadas de manera aislada y sin una evaluación de su rol sistémico y sus interdependencias con otras dinámicas causales, tienden a ser episodios de no-ruptura, absorbidos por las lógicas generales de la práctica arraigada” (p. 17).

¹⁰⁸ Ver Nino, *Fundamentos...*, cap. 1.

En vista de lo anterior, considero que sería conveniente abandonar el modelo tradicional del *activismo aislado* –que se limita a “traducir” al lenguaje de derechos insumos de grupos sociales oprimidos y llevarlos a tribunales en pos de obtener una sentencia favorable– e ir hacia un modelo de *activismo comunicado* –que entienda la necesidad de hacerse inteligible¹⁰⁹ con otros grupos de resistencia social, y de articular horizontalmente con ellos, en un trabajo colectivo por el cambio social que afronte las distintas dimensiones de juridicidad y de poder que se constelan sobre cada fenómeno–.¹¹⁰ En ese trabajo, las difíciles conquistas obtenidas en el campo del Derecho estatal no son lo más importante, ni conducen ni guían la acción colectiva: simplemente son un ingrediente más arrojado sobre la red de resistencia colectiva, y su verdadera efectividad (su verdadero carácter de “triunfo”) no dependerá de sí mismas, sino de su capacidad de articularse con una estrategia colectiva efectiva para alterar algún aspecto de la realidad social.¹¹¹

Para seguir luchando por el Derecho, es necesario no dejarse atrapar por él.

¹⁰⁹ Sobre la noción de inteligibilidad, ver el trabajo de Santos “The Future...”, pp. 15-22.

¹¹⁰ He intentado fundamentar con mayor amplitud esta propuesta en “La Esperanza Limitada. Apuntes para un Activismo Comunicado” (disponible en el sitio <http://www.reddeclinicas.org.ar/>).

¹¹¹ Este modelo destaca –como bien lo expresa Ragajopal– “la importancia de las formas extrainstitucionales de movilización para el ‘éxito’ o el ‘fracaso’ de las formas institucionales. [...] Esas formas extrainstitucionales de movilización constituyen importantes campos de resistencia que siguen estando más allá de los límites cognitivos del único discurso de resistencia autorizado por el derecho internacional, es decir, de los derechos humanos” (Ragajopal, p. 271).

Bibliografía

- Abramovich, Víctor.** "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y control de las políticas sociales", en *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ámbito Local. La experiencia de una Década*, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (editores). Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian.** *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002.
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian.** *El Umbral de la Ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (eds.).** *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (eds.).** *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. LexisNexis, Buenos Aires, 2007.
- Alegre, Marcelo; Gargarella, Roberto y Rosencrantz, Carlos (eds.).** *Homenaje a Carlos Nino*. La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Alexy, Robert.** *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.
- Alexy, Robert.** *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Arango, Rodolfo.** "Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy", en *Ratio Juris*, Vol. 16 N° 2, 2003.
- Atria, Fernando.** "¿Existen derechos sociales?", disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/26/116>.
- Baldassarre, Antonio.** "Diritti Sociali", en *Enciclopedia Giuridica*. Roma, 1989.
- Bea Perez, Emilia.** "Los derechos sociales ante la crisis del Estado de Bienestar", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. X. Madrid, 1993.
- Berros, Valeria; Cánaves, Violeta; Colombo, Rafael; Crisalle, Federico y Moro, Guillermo.** "Des-pensar la Educación Jurídica: Reformismo y Democracia como Desafíos", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N° 6. Nueva Época, Santa Fe, 2008.
- Bidart Campos, Germán.** *Manual de la Constitución Reformada*. Ediar, Buenos Aires, 1998.
- Binder, Alberto.** "La Cultura Jurídica, entre la innovación y la tradición", disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cdcongreso/ponen30.pdf>.
- Botero Bernal, Andrés.** "El Síndrome Normativo", en *Revista Última Ratio*, año 1. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- Bourdieu, Pierre.** "Elementos para una Sociología del Campo Jurídico", en *La Fuerza del Derecho*. Uniandes, Bogotá, 2005.
- Cánaves, Violeta; Colombo, Rafael y Moro, Guillermo.** "La Educación Jurídica por dentro: una exploración crítica a partir de entrevistas con estudiantes avanzados/as de la Universidad Nacional de Litoral", ponencia al 8° Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Santa Fe, 2007.
- Carrillo, Marc.** "La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley", en *Jueces para la Democracia*. N° 36, 1999.
- Castel, Robert.** *Las Metamorfosis de la Cuestión Social. Una crónica del salariado*. Paidós, Buenos Aires, 1997.
- Copelon, Rhonda.** "The Indivisible Framework of International Human Rights: Bringing it Home", en *The Politics of Law. A Progressive Critique*, David Kairys (editor), LexisNexis, Buenos Aires, 1998.
- Copi, Irving.** *Introducción a la Lógica*. Eudeba, Buenos Aires, 2005.
- Cossio Díaz, Juan Ramón.** *Estado Social y Derechos de Prestación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Costa, Pietro.** "Alle origini dei diritti sociali: 'Arbeiter Staat' e tradizione solidaristica", en *Democrazia, Diritti, Costituzione*, Gustavo Gozzi (editor). Il Mulino, Trento, 1995.
- Courtis, Christian.** "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Courtis (editor). Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Courtis, Christian.** "Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho", en *Observar la ley. Ensayos de metodología de la investigación jurídica*, Courtis (editor). Trotta, Madrid, 2006.
- Courtis, Christian.** "Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social" en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2007.
- Courtis, Christian.** "Tres discusiones sobre derechos sociales", en *Homenaje a Carlos S. Nino*, Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosencrantz (editores). La Ley, Buenos Aires, 2008.
- de Castro Cid, Benito.** *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*. Universidad de León, España, 1993.
- Dworkin, Ronald.** *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Massachusetts, 2001.
- Eco, Umberto.** *Los Límites de la Interpretación*. Lumen, Barcelona, 1992.
- Eco, Umberto.** *Interpretación y Sobreinterpretación*. Cambridge University Press, España, 1997.
- Ewald, Francois.** "El Concepto de Derecho Social", en *Revista Contextos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- Fairstein, Carolina; Kletzel, Gabriela y García Rey, Paola.** "En busca de un remedio judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales" (inédito).
- Ferrajoli, Luigi.** "Estado Social y Estado de Derecho", en *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, del mismo autor. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- García Villegas, Mauricio.** "Notas Preliminares para la Caracterización del Derecho en América Latina", en *Frente al Nuevo Siglo*. EAFIT y la Secretaría General de la Naciones Unidas, Medellín, Colombia, 2001.
- García Villegas, Mauricio.** "El derecho como instrumento de cambio social", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. N° 86. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, 1989.
- García Villegas, Mauricio y Saffon, María Paula.** "Is there hope in Judicial Activism on Social Rights? Assessing the Dimension of Judicial Activism on Social Rights in Colombia", en *De.JuSticia*. Colombia, noviembre 01 de 2005.
- Roberto Gargarella.** *La Justicia frente al gobierno*. Ariel, Barcelona, 1996.
- Roberto Gargarella.** "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", en *Jueces para la Democracia*. N° 31, 1998.

- Roberto Gargarella.** "Constitución y democracia", en *Derecho Constitucional*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.
- Roberto Gargarella.** "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en *El Derecho a la Igualdad. Apuntes para un Constitucionalismo Igualitario*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (editores), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.
- Roberto Gargarella.** "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes", disponible en (http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf).
- Gloppen, Siri.** "Public Interest Litigation, Social Rights and Social Policy", en Arusha Conference: *New frontiers of social policy*, 2005.
- Gomes Canotilho, José Joaquim.** "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. CEPC, Madrid, 1988.
- Gordillo, Agustín.** *Derechos Humanos*. 5ta. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.
- Gordon, Robert.** "Some Critical Theories of Law and Their Critics", en *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Kayris, David (editor). New York, Pantheon Books, 1982.
- Grosman, Lucas.** *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008.
- Gross Espiell, Héctor.** *Estudios sobre Derechos Humanos II*. IIDH/Civitas, Madrid, 1988.
- Habermas, Jürgen.** *Facticidad y Validez*. Trotta, Madrid, 2005, cap. IX.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus.** *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1994.
- Holmes, Stephen.** "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en *Constitucionalismo y Democracia*, Jon Elster y Rune Slagstad (editores). Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass.** *The Cost of Rights. Why Liberty depends on Taxes*. Norton, New York, 1999.
- Kairys, David (ed.).** *The Politics of Law. A Progressive Critique*. Basic Books, New York, 1998.
- Kelsen, Hans.** *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1979.
- Kelsen, Hans.** *Teoría General del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria, México D. F., 1949.
- Kennedy, Duncan.** "The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum", 14 *Seton Hall Law Review*, 1983.
- Kennedy, Duncan.** "Strategizing Strategic Behaviour in Legal Interpretation", *Utah Law Review*, 785, Utah, 1996.
- Kennedy, Duncan.** *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Massachussets, 1997.
- Kennedy, Duncan.** "Legal Formalism", en *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. Elsevier Science Ltd., 2001.
- MacCormick, Neil.** *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford University Press, Great Britain, 2005.
- Mangabeira Unger, Roberto.** *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard University Press, Massachussets, 1983.
- Marx, Carlos; Engels, Federico.** "Salario, precio y ganancia", en *Obras Escogidas*, T. 3. Cartago, Buenos Aires, 1977.
- Maurino, Gustavo.** "Pobreza, Constitución y Democracia. Aportes desde la Autonomía Personal", en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella (director), T. II. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- Michelman, Frank.** "Welfare Rights in a Constitutional Democracy", en *Washington University Law Quarterly*, N° 3, Washington, 1979.
- Millón, Joaquín.** "Triunfos de Papel. Acerca de *Viceconte*", en *Suplemento de Derecho Constitucional*. La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Montero, Julio.** "¿Cómo judicializar los derechos económicos y sociales en una democracia deliberativa?", en *Homenaje a Carlos S. Nino*, Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosencrantz (editores). La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Moro, Guillermo.** "La Esperanza Limitada. Apuntes para un Activismo Comunicado", disponible en el sitio <http://www.reddeclinicas.org.ar/>.
- Munné, Guillermo.** "Constructivismo Ético y Justicia Distributiva. El liberalismo igualitario de Carlos Nino", en *Alegatos*, N° 43. México, 1999.
- Munné, Guillermo.** "Derechos Sociales y Estado de Derecho. Críticas de Ernst Forstthoff". (Universidad Carlos III de Madrid, mimeo).
- Nino, Carlos Santiago.** *El Constructivismo Ético*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Nino, Carlos Santiago.** *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*. UNAM, México, 1989.
- Nino, Carlos Santiago.** *Un País al Margen de la Ley*. Emecé, Buenos Aires, 1992.
- Nino, Carlos Santiago.** *Derecho, Moral y Política*. Ariel, Barcelona, 1993.
- Nino, Carlos Santiago.** *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 2003.
- Nino, Carlos Santiago.** *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea, Buenos Aires, 2005.
- Nino, Carlos Santiago.** "Liberalismo Conservador: ¿Liberal o Conservador?", en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un Constitucionalismo Igualitario*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (editores). idatos?
- Nino, Carlos Santiago.** "Sobre los Derechos Sociales", en *Derecho, Moral y Política II. Los Escritos de Carlos Nino*, Gustavo Maurino (editor). Gedisa, Buenos Aires, 2007.
- Nino, Carlos Santiago.** *Ética y Derechos Humanos*. Astrea, Buenos Aires, 2007.
- Noriega, Alfonso.** *Los derechos sociales: creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*. UNAM, México DF, 1988.
- Patterson, Dennis.** *Law and Truth*. Oxford University Press, New York, 1996.
- Pautassi, Laura.** "Límites en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública", en *Desde otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Christian Courtis, (editor). Eudeba, Buenos Aires, 2008.
- Pérez Murcia, Luis Eduardo.** "Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas", en *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Luis Eduardo Pérez Murcia (editores). DEJUSTICIA, Bogotá, 2007.
- Pintore, Anna.** "Derechos insaciables", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Luigi Ferrajoli (edit.). Trotta, Madrid, 2007.
- Pisarello, Gerardo.** *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta, Madrid, 2007.
- Pogge, Thomas.** *La Pobreza en el Mundo y los Derechos Humanos*. Paidós, Barcelona, 2005.

- Prieto Sanchís, Luis.** "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. RCEC, Madrid, 1995.
- Puga, Mariela.** "La realización de derechos en casos estructurales. Las causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'", Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Palermo, 2008.
- Quiroga Lavié, Humberto.** *Visita Guiada a la Constitución Nacional*. Zavalía, Buenos Aires, 1195.
- Ragajopal, Balakrishnan.** *El Derecho Internacional desde Abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*. ILSA, Bogotá, 2005.
- Rosencrantz, Carlos.** "La pobreza, la ley y la Constitución", en *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Ross, Alf.** *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- Ruiz, Alicia.** "¿Es posible la democracia cuando las criaturas no pueden jugar?", en *Idas y Vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- Sabel, Charles y Simon, William.** "Destabilization Rights", en *Harvard Law Review*. V.17, N° 4, Cambridge, 2009.
- Santos, Boaventura de Sousa.** *Crítica de la Razón Indolente: Contra el Desperdicio de la Experiencia*, volumen 1 de *Para un Nuevo Sentido Común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.
- Santos, Boaventura de Sousa.** "The Future of the World Social Forum: The work of translation", en *Development* 48, 2005.
- Santos, Boaventura de Sousa.** "Hacia una Concepción Multicultural de los Derechos Humanos", en *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Uniandes, Argentina, 2006.
- Santos, Boaventura de Sousa.** *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta, Madrid, 2009.
- Sartre, Jean-Paul.** *El Ser y la Nada*. T.I. Ibero-Americana, Buenos Aires, 1948.
- Simon, Dan.** "The Double-Consciousness of Judging: The Problematic Legacy of Cardozo", 79 *Oregon Law Review* 1033.
- Simon, William.** "Solving Problems v. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to Legal Liberalism", en *Columbia Law School, Pub. Law Research Paper No. 03-58*.
- Zarini, Helio.** *Derecho Constitucional*. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 1999.