

MARÍA CARLOTA UCÍN

JUICIO A LA DESIGUALDAD
La defensa de los derechos sociales
a través del proceso

Prefacio de
Roberto Gargarella

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	15
PREFACIO , <i>por Roberto Gargarella</i>	17
PALABRAS PRELIMINARES	23
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	25
PRIMERA PARTE	
CAPÍTULO II. LA TESIS DE LA DIFERENCIACIÓN DE LOS DESC	37
1. LA RECONSTRUCCIÓN DE UN DESACUERDO	37
2. LA «FISIOLOGÍA» DE LOS DESC	45
3. LA «ANATOMÍA» DE LOS DESC	50
A) El caracter prestacional	50
B) La dimensión colectiva de los DESC	53
CAPÍTULO III. EL CARÁCTER PRESTACIONAL Y LA DETERMINACIÓN DE SU CONTENIDO OBLIGACIONAL	59
1. LA SUPERACIÓN DE LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO	60
2. LOS DESC COMO PRINCIPIOS	66
3. ESTÁNDARES NORMATIVOS Y PONDERACIÓN	69
4. EL DERECHO A LA VIVIENDA Y EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD	77
A) El caso argentino	79
a) El caso «Alba Quintana»	82
b) El caso «Quisberth Castro»	84
c) Evaluación	87

ÍNDICE

	Pág.
B) El caso español	89
<i>a)</i> La causa «Mohamed Aziz»	90
<i>b)</i> La Jurisprudencia del Comité de CDESCR.....	93
b.1) El caso «I.D.G.»	94
b.2) El caso Ben Djazia»	95
b.3) El caso «López Albán»	97
b.4) «Gómez-Limón Pardo»	100
<i>c)</i> Evaluación	101
CAPÍTULO IV. LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO	103
1. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO	104
A) El artículo 43 de la Constitución Nacional: piedra angular del sistema	104
B) El Código Civil y Comercial de la Nación	107
2. EL ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA	110
3. UNA MIRADA CRÍTICA	115
4. APOSTILLA PROCESAL	125
SEGUNDA PARTE	
CAPÍTULO V. EL LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO	135
1. CARACTERIZACIÓN DEL LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO	138
A) Actuación protagónica de la sociedad civil	139
B) Planteo colectivo y en clave constitucional	140
C) Evaluación de políticas públicas o estructuras burocráticas	141
2. ANTECEDENTES DEL LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO	142
3. EL LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO EN LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL	144
CAPÍTULO VI. EL PARADIGMA PROCESAL COLECTIVO DE INTERÉS PÚBLICO	151
1. INDIVIDUALIZACIÓN	153
2. ELEMENTOS DEL PPCIP	158
A) La Jurisdicción Colectiva de Interés Público	158
B) El Proceso Colectivo de Interés Público	164
<i>a)</i> Sujetos del proceso: partes múltiples	165
<i>b)</i> Objeto del proceso	166
<i>c)</i> Actividad: estructura y fases del proceso	168

	Pág.
CAPÍTULO VII. BASES TEÓRICAS PARA LA REGULACIÓN DEL PPCI.	173
1. EL ESTÁNDAR DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	173
2. ACERCA DE LA LEGITIMIDAD DELIBERATIVA DEL ÓRGANO JUDICIAL.....	178
3. DIMENSIÓN DEMOCRÁTICA Y DELIBERATIVA DEL PROCESO.....	184
CAPÍTULO VIII. LAS FORMAS DEL PROCESO COLECTIVO ORIENTADO POR EL INTERÉS PÚBLICO	191
1. LA ADECUADA INTEGRACIÓN DEL DEBATE.....	191
2. LA DECISIÓN JUDICIAL: COROLARIO DE UN DEBIDO PROCESO DELIBERATIVO	198
3. LA IMPLEMENTACIÓN DIALÓGICA DEL CAMBIO SOCIAL.....	202
CAPÍTULO IX. REFLEXIONES FINALES.....	207
APÉNDICE: ACERCA DE LAS <i>CLASS ACTIONS</i>	211
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	217
ANEXO NORMATIVO.....	229
1. REGLAS FEDERALES DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.....	229
2. CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA, ELABORADO POR EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, APROBADO EN CARACAS EL 28 DE OCTUBRE DE 2004.....	233

PREFACIO

EL VIEJO MUNDO DEL DERECHO

Juicio a la Desigualdad, de María Carlota Ucín, es un libro tan importante como actual, que da cuenta de los modos radicales en que ha cambiado el derecho, en las últimas décadas, y ofrece una forma posible de transitar esos cambios. Me refiero a una evolución jurídica que resulta en buena medida preocupante, porque nos sugiere que las herramientas institucionales que diseñamos hace más de dos siglos para hacer frente a problemas comunes (los problemas que habíamos identificado como relevantes, siglos atrás), ya no nos sirven —y, si se me permite, resultan ya irrecuperables—.

Para decirlo con brevedad, y a riesgo de simplificar demasiado una cuestión ya en extremo compleja: nuestras democracias constitucionales nacieron bajo el supuesto de sociedades simples, en donde —eventualmente— podían surgir conflictos, relacionados —sobre todo— con la amenaza opresiva del Estado —un Estado actuando en nombre de las mayorías, y en contra de los derechos de las minorías—. Dado que el conflicto iba a tener como protagonista, previsiblemente, a esas mayorías —mayorías típicamente expresadas por la legislatura— entonces tenía sentido que la resolución del conflicto quedase en manos de un órgano no-mayoritario —el Poder Judicial— motivado por la «razón», antes que por la «pasión» o las ambiciones irracionales con las que se asociaba al Congreso. Como sostuvo Alexander Hamilton en el célebre art. 78 de *El Federalista*, los tribunales representaban a «la rama del poder menos peligrosa» (una idea que Alexander Bickel tomara como título de su influyente libro sobre la materia). Los jueces —agregaba Hamilton— tenían como «única arma» a la «razón»: no a la «fuerza» (como el Ejecutivo) o al «dinero» (la «bolsa», como el Congreso).

Tal aproximación, y dicho esquema de análisis, no solo suponía —extrañamente, diría— que la «razón» residía monopólicamente en los jueces,

antes que en los órganos políticos colectivos; sino que asumía, también de manera controvertida, que el Congreso ofrecía, a través de su composición, una «pintura» fiel de la sociedad. Otra vez, dado el modo (a mi entender, demasiado) simplificado con que se describía a la vieja sociedad, el ideal de la «representación plena» aparecía entonces como un ideal perfectamente asequible. Si, en efecto, y como señalara James Madison en su texto más conocido (*El Federalista*, 10), las sociedades se dividían fundamentalmente en dos grupos (minorías y mayorías; propietarios y no-propietarios; acreedores y deudores), luego, la pretensión de contar con «toda la sociedad» representada en el órgano político por excelencia quedaba al alcance de la mano. De acuerdo con dicha pintura, por lo demás, el órgano «mayoritario» por excelencia —el Congreso— representaba la amenaza constante de la opresión de las «mayorías» contra las «minorías», entendidas estas últimas también de un modo bastante peculiar (se pensaba, sobre todo, en la minoría de los acreedores y los grandes propietarios, habitualmente identificadas entre sí). En resguardo de estas (peculiares) minorías, en apariencia a merced de inescrupulosas, ambiciosas, y finalmente irracionales mayorías, el Poder Judicial quedaba situado como «paladín de las libertades» —el último refugio de la razón— y de ese modo, por tanto, bastión de los derechos individuales.

El esquema de los *checks and balances* fue diseñado a partir de tal marco de supuestos, como un modo de evitar la previsible «guerra» entre grupos enfrentados (digamos, la guerra que emergiera desde entonces tantas veces, entre propietarios y no propietarios, ricos y pobres, acreedores y deudores). El sistema de «frenos y contrapesos» se ponía de tal modo al servicio del «equilibrio social», que era también un equilibrio de clases —un esquema que el constitucionalismo conocía desde antaño, a través del venerado sistema de la *Constitución mixta*: la Constitución debía dar cabida y resguardo a todos los sectores de la sociedad—.

CONFLICTOS JURÍDICOS Y EQUILIBRIOS DE PODER, DE AYER A HOY

Desde hace doscientos años hasta la actualidad, la sociología política que diera sentido al entramado institucional de la Constitución terminó por estallar en el aire: ya nada queda de aquella pintura originaria, y por eso es que, también, el esquema institucional original necesita cambiar. Ante todo, nuestras comunidades no pueden seguir siendo descriptas como sociedades «simples» y, por tanto, fácilmente representables. El esquema social básico del que partimos se compone de miles de grupos, propios de sociedades multiculturales como las nuestras, sociedades plurales a las que el filósofo político John Rawls caracterizó como definidas por un «pluralismo razonable». Dentro de un escenario social así renovado, podemos entender fácilmente por qué el «sueño» de nuestros «Padres Fundadores» ante las divisiones sociales y los posibles conflictos entre grupos, resultó imposible. Ya no es posible representar a toda la sociedad dentro del mismo órgano político, como

no es posible contener sus posibles conflictos, a través del mecanismo de los «frenos y equilibrios».

El problema con el que nos enfrentamos hoy es mucho más radical de lo que ahora se advierte. Ello es así porque si, alguna vez —a mediados del siglo xx— resultó posible pensar en la construcción de un Partido Laborista como forma de dar contención a los «obreros»; y otro «Demócrata Cristiano», para representar a la mayoría religiosa; y más tarde crear otro partido «Verde», para dar respuesta a las preocupaciones de los ambientalistas, hoy tal tipo de elucubraciones resultan más bien absurdas. Ocurre que resulta muy difícil, en la actualidad, que una persona se defina a sí misma como «obrero», «gay», o «ecologista»: cada persona es miles de personas a la vez, y ninguna de sus múltiples aristas merece ser tomada como definitoria nadie, sensatamente, lo aceptaría como descripción plena de su persona. En definitiva —y, si se me permite el juicio categórico— la representación política resulta en la actualidad básicamente imposible, al menos en los términos en los cuales se la pensó durante bastante más que un siglo.

Del mismo modo en que «caen» las viejas certezas, en términos de representación política, «caen» después las estrategias de «contención» y «mutuos controles», en las que se había pensado frente a tales registros descriptivos. En efecto, la maquinaria de los «frenos y contrapesos» o *checks and balances*, diseñada entonces, aparecía al servicio del esquema anteriormente descrito. Se trataba —se nos decía— de evitar la potencial «guerra» entre sectores enfrentados (pocos grupos, con intereses opuestos, y compuestos por miembros egoístas, y por tanto defensores de los intereses de su «clase»), a través de un sistema institucional basado en los «mutuos vetos», que se proponía contener y canalizar aquellas disputas con la ayuda del derecho. Veámoslo así: la decisión judicial declarando una norma inconstitucional; el veto presidencial dirigido a sofocar los impulsos opresivos del Congreso; el juicio político destinado a impedir los excesos del resto; aparecían como las «armas defensivas» que prometían —que ambicionaban— la «paz armada»: ninguna de las ramas del poder se animaría a llevar adelante sus planes opresores, bajo la amenaza de una «venganza» (*retaliation*) proveniente de las ramas de poder restantes.

Otra vez: nada de aquella vieja pintura parece quedar en pie, lo que nos exige repensar nuestras democracias constitucionales de un modo por completo renovado. Hay dos desarrollos estructurales, en particular, sobre los que quisiera llamar la atención de forma especial, y dados los propósitos de este libro —desarrollos que han emergido a partir de la «nueva configuración de poderes» con la que hoy en los hechos contamos—.

Por un lado, el deterioro de los vínculos entre representantes y representados que caracteriza a los sistemas políticos modernos, permitió la gradual «independización» de la clase dirigente, y la pronta concentración de poderes, sobre todo, en dirección de (a favor de) el Poder Ejecutivo. Dicha concentración de poderes, ayudada por la falta de mecanismos ciudadanos para «responsabilizar» (hacer *accountable*) a sus representantes, favoreció el gradual deterioro de toda la estructura de los «frenos y contrapesos». De

allí que muchos de los mejores constitucionalistas y «cientistas» políticos de nuestro tiempo (pienso en Tom Ginsburg, Cass Sunstein, Adam Przeworski, en el mundo anglosajón; y en los trabajos de autores como César Rodríguez o José Luis Martí, en el mundo latino) hayan pasado a hablar y escribir acerca de la «erosión democrática»; la «fatiga» ciudadana frente a la política partidaria; el *democratic backsliding*: en otros términos, la «muerte lenta» de la democracia, de la que hablara Guillermo O'Donnell —«la muerte a partir de mil cortes»—.

El otro desarrollo preocupante sobre el que querría llamar la atención tiene que ver con la principal «fuente opresiva», que ya no puede seguir considerándose localizada en el Congreso. Los riesgos opresivos provienen hoy del poder desigual y concentrado, ya sea en su faceta política (en donde el Poder Ejecutivo aparece como el «principal sospechoso»), ya sea en su faceta económica, representada por grandes empresas y conglomerados. Estos grandes grupos económicos, en particular, han mostrado una enorme capacidad para presionar al poder político (concentrado), e imponer sus planes de crecimiento y maximización de ganancias, sin mayor cuidado por los derechos —individuales, sociales, ambientales— de quienes pudieran quedar en el camino, afectados por tales iniciativas.

NUEVAS HERRAMIENTAS JURÍDICAS, FRENTE A PROBLEMAS RENOVADOS

Una vez presentado el escenario anterior —lo que denominaría «la nueva escena del derecho contemporáneo»— quedamos en mejores condiciones para reconocer el valor y la oportunidad del trabajo de María Carlota Ucín.

En efecto, la descripción hecha en las páginas anteriores nos permite entender bien el nuevo tipo de conflictos que se originan en nuestro tiempo; advertir los orígenes de tales cambios; y reconocer las deficiencias propias de las herramientas tradicionalmente empleadas para enfrentar los «dramas» de la nueva época. Párrafos atrás hicimos referencia, por ejemplo, a controversias que tenían como fuente la desigualdad económico-política y la concentración de poder, en donde —típicamente— grandes empresas tomaban cursos de acción que ponían en riesgo los derechos básicos de amplios sectores de la población. Pensemos, para tomar casos concretos, en algunos de los principales conflictos jurídicos de nuestros días —conflictos que reconocemos en el país, como en toda la región—. Primer caso: empresas mineras que buscan llevar adelante emprendimientos extractivos extremos, con absoluto descuido en torno a la protección ambiental garantizada constitucionalmente, y los derechos de poblaciones (típicamente indígenas) afectadas por tales políticas (*i.e.*, el *fracking*). Pensemos, asimismo, en un caso como el siguiente: cientos de miles de campesinos «desplazados» por un largo enfrentamiento armado que enfrenta a fuerzas de seguridad y organizaciones guerrilleras, en Colombia. Asimismo, recordemos casos como el de *Mendoza*, en nuestro país, con industrias que, con total negligencia, volcaban los desechos de sus

fábricas en el «Riachuelo» —un río sobre cuyas orillas habitan más de un millón de personas, en Buenos Aires—. Cualquiera de los conflictos citados —solo tres entre tantos imaginables— muestra rasgos definitorios como los anticipados, y ninguno de los remedios institucionales con los que contamos aparece sensible frente a ellos, ni capaz de hacer frente a tamaños riesgos.

Ya no se trata, como anticipáramos, de una medida «opresiva», impulsada desde el Congreso «mayoritario», en contra algún sujeto particular (como pudieron serlo, doscientos años atrás, la amenaza de «expropiación» sobre el latifundista John Penn; o la emisión descontrolada de papel moneda —*paper money*— con las que algunas legislaturas pudieron perjudicar a representantes de un sector poderoso, pero políticamente minoritario; o la censura impuesta por el gobierno de los Estados Unidos contra Eugene Debs, como crítico de la guerra). Ahora, todo parece diverso: la fuente principal de la «opresión» no reside principalmente en el Congreso (sino, muchas veces, en grandes empresas, en alianza con el Poder Ejecutivo); los sectores más perjudicados no pertenecen a grupos minúsculos (y poderosos), sino más bien a comunidades y mayorías desapoderadas (grupos indígenas; poblaciones desplazadas; mayorías afectadas por la pobreza); y el conflicto que se desata no involucra, esencialmente, a unos individuos aislados, enfrentados contra el Estado; sino a amplios sectores o «clases» (la comunidad Wichi en Salta; los «desplazados» colombianos; los contaminados por el Riachuelo), que no cuentan con una representación apropiada en los órganos políticos, ni con el poder económico suficiente y necesario para expresar, canalizar y resolver sus demandas.

Por lo demás, el tipo de conflictos con el que solemos encontrarnos ahora nos remite a un tipo de «litigio estructural» o de «interés público», que no puede remediarse, de manera alguna, con el tipo de decisiones judiciales que eran propias del viejo tiempo: las clásicas decisiones por «sí» o por «no» (*i.e.*, «la norma es válida»; «la norma no es válida»); con la que los magistrados pretendían resolver, de un día para el otro, alguna violación grave de derechos individuales. Cuando el juez de antaño dictaba una orden de levantamiento de la censura; o cuando decía que debían devolverse al sr. X los bienes que injustamente se le habían quitado, dicho juez asumía, razonablemente, que con su súbita decisión resolvía, de una vez y para siempre, el conflicto del caso. Ahora, en cambio, nos encontramos con un tipo de conflictos «estructurales» antes impensados: conflictos que agravan masivamente derechos —en particular, derechos sociales y ambientales— y que nos exigen una reflexión colectiva diferente, bajo el supuesto de que estamos frente a problemas renovados, gravísimos, y de resolución compleja. Otra vez: no se trata de un policía contra un manifestante de color, sino de la estructura policial *vis à vis* la comunidad afroamericana; no se trata de X sufriendo malas condiciones de detención, sino de una población carcelaria ante la superpoblación que se padece en una mayoría de prisiones; no se trata de Y afectada por el agua en mal estado, sino de la población de una provincia entera, que padece los males derivados de ríos contaminados por residuos industriales.

Los «remedios estructurales» aparecen ahora como respuesta adecuada y decisiva. Tales remedios nos hablan de medidas que deben calibrarse con enorme cuidado, preferiblemente en foros deliberativos e inclusivos, en donde los «propios afectados» —«desplazados»; «contaminados»; «comunidades aborígenes»— puedan hacer escuchar su voz y sus quejas, y participar —claro que sí— en la discusión acerca de cómo resolver el tipo de problemas que más los aquejan.

Frente a este «nuevo mundo» que se nos presenta —sociológico, político, económico, y aquí, en lo que nos interesa especialmente, para este «nuevo mundo jurídico»— el trabajo de María Carlota nos brinda una ayuda excepcional. Se trata de la más completa y detallada introducción con la que contamos, para comenzar a transitar situaciones y problemas propios de nuestro tiempo, desconocidos años atrás, y que ya no podemos seguir enfrentando con las herramientas políticas y jurídicas del pasado. *Juicio a la Desigualdad* debe celebrarse por lo que es y por lo que representa: un necesario, urgente intento de asegurar protección, desde el derecho, para los intereses fundamentales de los más necesitados.

Roberto GARGARELLA

PALABRAS PRELIMINARES

Este libro se gesta a partir de mi tesis doctoral defendida en la Universidad de Buenos Aires en 2016. Esta circunstancia determina algún acento puesto en la realidad argentina, aunque estoy convencida de que los postulados teóricos sobre los que se asienta pueden ser aplicables a otros ordenamientos con problemas afines, como se demuestra en algunos tramos específicos de la obra.

Ha pasado algún tiempo desde entonces y no ha sido en vano. Esta distancia temporal me ha permitido revisar dicho trabajo y rescatar aquellos aspectos que, según lo estimo, necesitan ser comunicados para repensar las nociones fundamentales del Derecho procesal a la luz de las particularidades impuestas por los derechos sociales. La mirada propuesta es, en algún sentido, provocadora porque nos impone concebir nuevas formas para la función jurisdiccional, así como también adecuar elementos fundantes del proceso para asegurar la tutela judicial efectiva de aquellos derechos.

Además de la distancia temporal, debí tomar una distancia geográfica. Necesité aislarme de las actividades cotidianas para poder dedicarme a esta tarea que tiene la gran demanda de volver sobre lo ya escrito para repensarlo y aclararlo allí donde esto fuera posible. En este sentido, debo agradecer a la Fundación Manuel Serra Domínguez por la ayuda que me concediera para concluir con esta tarea de edición y actualización.

El lugar elegido para la empresa fue Alicante, con su sol radiante y un querido grupo de colegas que siempre me recibe con tanta amabilidad, permitiendo enriquecerme de los diálogos compartidos en seminarios y también, en ocasión de un café o una comida. Dentro del grupo encabezado por Manuel Atienza estoy especialmente en deuda con Victoria Roca y Daniel González Lagier porque ellos han sido interlocutores directos y compañeros de esta faena. Su lectura y comentarios me han ayudado a mejorar, dentro de mis limitaciones, la versión primigenia de este texto.

Deseo agradecer especialmente a Eduardo Oteiza, Daniel Mitidiero, Jordi Nieva Fenoll y Michele Taruffo, por su evaluación y comentarios, así como también por la posibilidad de que esta obra integre la Colección Proceso y Derecho de esta editorial, lo cual por cierto me honra.

Además, a la hora de expresar mi gratitud, debo remontarme al proceso de redacción de la tesis. En primer lugar, debo mencionar mi agradecimiento a CONICET, que financió la primera etapa de aquella investigación, a través de una beca doctoral. También, al Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y en ellos a sus autoridades quienes me permitieron desarrollar, durante los meses de septiembre y marzo del 2013/2014, la estancia de investigación en la Universidad de Pavía (Italia) que fue determinante para la conclusión de la tesis.

Luego, quiero agradecer especialmente a Michele Taruffo, por su invitación a trabajar bajo su dirección en aquella Universidad y en particular, por su paciente lectura y su generosa orientación. A Laura Pautassi sostén constante en mi trayecto académico, pilar en los momentos de duda y cansancio, le guardo un agradecimiento profundo. También, expreso mi gratitud hacia Roberto Berizonce, por su reconocimiento desde la primera hora, ante la sola potencia y por sostener su apoyo en el afecto. A Roberto Gargarella, quien me orientó en el trabajo y que generosamente aceptó prologar esta obra.

Por último, y antes de cerrar estas líneas, diré que mi corazón se llena de agradecimiento, también, hacia cada una de las personas que desde el cariño me acompañaron en este proceso. Por ellas, por ese núcleo duro de afectos fundamentales que atesoro celosamente, he podido transitar y concluir el largo camino que hoy se traduce en el presente libro.

La Plata, septiembre de 2020.

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

A finales del siglo pasado, en la década de los noventa, varios países de Latinoamérica se vieron inmersos en procesos de reforma constitucional. En Argentina, dicho proceso tuvo lugar en 1994 con la reforma de la Constitución Nacional Argentina (CNA). Con ella se introdujo un catálogo ampliado de derechos sociales y a partir de ello, se abrió un campo de sumo interés para la teoría jurídica. De manera simétrica, este cambio también generó modificaciones en la práctica constitucional a partir de la intensa actividad de ciertos actores que iniciaron reclamos judiciales tendientes a dar vigencia a los derechos prometidos en la Constitución. Ambos campos confluían en el debate en torno a la posibilidad de asegurar la exigibilidad judicial de estos derechos.

Especialmente en el campo teórico, pero con réplicas en el foro judicial, se enfrentaban quienes sostenían que las normas constitucionales o internacionales que los receptaban eran meras expresiones de deseo o, a lo sumo, cláusulas programáticas¹, y quienes se esforzaban por demostrar que estos derechos eran tan operativos y exigibles como lo eran los clásicos derechos civiles o políticos². Estos debates no eran ajenos a otros contextos sociales y

¹ Se suele citar a F. von Hayek, como quien sostiene la diferencia entre las categorías de derechos a partir del contenido de las obligaciones, negativas en el caso de los derechos civiles y políticos (y por tanto exigibles sin mayores costos) y positivas y costosas en el caso de los derechos sociales. *Vid.* «Derecho, legislación y libertad», en *El espejismo de la justicia social*, Madrid, 1979, vol. 2, cap. 9. En la doctrina nacional, Agustín Gordillo, sostuvo que los derechos económicos, sociales y culturales del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no son derechos *stricto sensu*, es decir, no son operativos. *Vid.* *Derechos Humanos*, 5.^a ed., Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2005, pp. XI-35-38.

² Como ejemplo no exhaustivo de la primera bibliografía nacional que terció en dicho debate puede verse: ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.^a ed., Madrid, Trotta, 2004; bajo el mismo título, el artículo publicado en DURANTE, A. (coord.), *La Constitución real. Enfoques multidisciplinarios*, Buenos Aires, La Ley, 2001; «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 4,

políticos y daban cuenta de un cambio profundo en los ordenamientos constitucionalizados.

En este marco, la doctrina orientada hacia la defensa amplia de los derechos humanos argumentaba que la incorporación de estas nuevas cláusulas constitucionales, así como la suscripción de pactos internacionales cuyo objeto fueran los derechos sociales, no configuraban meras declaraciones de intención o proclamas políticas, sino que obligaban al Estado a su cumplimiento. Como correlato de esta obligación, se sostenía que nacía en cabeza de los ciudadanos un derecho al contenido de estos y que, a falta de cumplimiento espontáneo, cabía su exigibilidad judicial³.

En general, todas las líneas argumentales propias de esta última tesitura tendían a dar respuesta a las posturas negatorias de la exigibilidad plena de los DESC. Frente a la tesis que abonaba las diferencias intrínsecas entre derechos, mostrando a los derechos sociales como «derechos imperfectos», se presentaron argumentos de tipo histórico y también otros fundados en la interdependencia de los derechos.

Y así, por ejemplo, se mostraba que su recepción por separado, en dos instrumentos internacionales independientes (me refiero al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— de un lado, y al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales —PIDESC— de otro), solo se explicaba por las dificultades de hallar consenso internacional en pleno desarrollo de la Guerra Fría y no por diferencias intrínsecas entre estas categorías de derechos⁴.

Además, se citaba la doctrina de la indivisibilidad⁵ de los mismos, que enseña que todos los derechos humanos son indivisibles, interrelacionados e

2001; «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en *La aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales*, en ABREGÚ, M., y COURTIS, CH. (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, también disponible en línea http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf; COURTIS, CH., *Los derechos sociales como derechos*, disponible en línea: http://www.campanaderchoeducacion.org/justiciabilidad/downloads/documentosCLAVE/documentosanaliticos/derechos_sociales_como_derechos_christian_courtis.pdf.

³ Vid. ABRAMOVICH y COURTIS, «Los derechos sociales como derechos exigibles», artículo publicado en *La Constitución real...*, cit., p. 33.

⁴ La recepción en instrumentos separados en el seno de las Naciones Unidas no fue tanto una cuestión de conceptualización, cuanto el resultado de la división ideológica de comienzo de los años cincuenta entre el llamado «grupo occidental» que ponía el énfasis en los derechos civiles y políticos y el «bloque socialista», que privilegiaba los derechos económicos, sociales y culturales. Así fue como la Asamblea General de 1951 decidió elaborar separadamente el PIDCP y el PIDESC. Esta tensión también se hizo presente en los Sistemas regionales. En Europa, se adoptó en 1950 la Convención Europea de Derechos Humanos y en 1961, la Carta Social Europea. En América, por su parte, no se logró incorporar los DESC a la Convención Americana y recién en 1988 se aprobó el texto del Protocolo de San Salvador que ha entrado en vigor desde el 16 de noviembre de 1999. Vid. GIALDINO, R. E., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Año 1999, Vol. 2, pp. 361-395; disponible también en línea en http://www.avizora.com/atajo/colaboradores/textos_rolando_e_gialdino/0003_derechos_economicos_sociales_culturales.htm.

⁵ El expreso reconocimiento de la indivisibilidad surge de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán, 1968, del Acta Final de Helsinki de 1975 y finalmente en la Resolu-

interdependientes. Con lo cual, el avance de uno facilita el desarrollo de los demás y, de la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los otros.

En la misma línea, y como parte de un análisis más complejo, se ha dado respuesta a los argumentos de que los derechos sociales no serían exigibles por cuanto su objeto consistiría en obligaciones positivas (de hacer) colocadas en cabeza del Estado, lo que acarrearía dificultades derivadas tanto de la imposición de obligaciones de parte del poder judicial a los otros poderes, cuanto de la disposición que con ello se haría de partidas presupuestarias⁶.

Para ello, se ha argüido que existen niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías y que, en alguna medida, todos los derechos tienen también alguna dimensión que implica obligaciones positivas en cabeza del Estado, así como también obligaciones que dependen de la efectiva disposición de fondos estatales. En este sentido, y con apoyo en las categorías sugeridas por autores como Van Hoof⁷ se comenzó a desarrollar la noción de que, en verdad, había una matriz de obligaciones graduales, que iban desde las de *respeto y protección* hasta las de *garantía y promoción*, que resultaban aplicables de manera transversal a ambas categorías de derechos.

Con ello se mostraba que, en realidad, las diferencias alegadas no eran tales. Pudiendo hablarse, antes bien, de cierta gradualidad que permitía afirmar que en los derechos sociales era prevalente el rasgo prestacional o las obligaciones positivas, pero que ello no era óbice para encontrar también en estos otras obligaciones como las de respeto, cuyo contenido era negativo y, por tanto, de fácil exigibilidad judicial.

Trasladada esta controversia al foro judicial significó, que en un primer momento se pusiera mayor énfasis en reclamar los aspectos individuales de los mismos⁸. También se insistió en reclamar la obligación de respeto, por

ción 32/130, de 16 de diciembre de 1977, de la Asamblea General de Naciones Unidas que expresó: «Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes», de manera que «deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales». En términos análogos se pronunciarían luego la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993). GIALDINO, R. E., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional*, cit.

⁶ Vid. ABRAMOVICH, V., «Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados», en *Sur, Revista internacional de Derechos Humanos*, Año 2, núm. 2, 2005, pp. 195-232, disponible en línea en http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/es_a09v2n2.pdf.

La relativización de la diferencia a partir del argumento del «costo» de los derechos puede verse en HOLMES, S., y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, 1.^a ed., Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

⁷ VAN HOOFF, G., «The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views», en ALSTON, P., y TOMAŠEVSKI, K., *The right to food*, Utrecht, 1984, pp. 97-110. En el mismo sentido, se cita a EIDE, A., «Economic, social and cultural rights as human rights», en EIDE, A.; KRAUSE, C., y ROSAS, A. (eds.), *Economic, social and cultural rights*, Dordrecht-Boston-London, 1995, pp. 21-49; citados ambos por ABRAMOVICH y COURTIS, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p22.

⁸ ABRAMOVICH, en *Líneas de trabajo...*, cit.