

La desmercantilización del bienestar. Reflexiones críticas sobre la justiciabilidad de los derechos sociales

Resumen

¿Cuál es la especificidad de los derechos sociales? ¿Cuál es la relación entre bienestar social y justiciabilidad? Un mayor activismo judicial ¿es solución a la falta de acceso de la población a bienes y servicios sociales? ¿Constituye un medio para resolver los bloqueos al ingreso de las demandas a la agenda pública?

El movimiento a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales tiende, en algunos casos, a enfatizar la borradura de sus diferencias con los derechos civiles y políticos. A la vez, la debilidad de las instituciones clásicas de la democracia para atender las cuestiones vinculadas con pobreza, desigualdad y exclusión es el argumento que posibilita la movilización para solicitar la intervención judicial.

Bajo esas premisas, nos proponemos: i) reconocer la especificidad conceptual de los derechos sociales; ii) reflexionar sobre los procesos de justiciabilidad de los DESC con el fin de establecer puntos de conexión entre cuestiones que hacen a la provisión colectiva de satisfactores y a las condiciones de exigencia política y jurídica en tanto derechos individuales.

El trabajo ofrece un abordaje teórico, que intenta poner de relieve la discusión respecto del estatuto conceptual de los derechos sociales y la justiciabilidad, para lo cual examina evidencias y aprendizajes de un conjunto reciente de casos judiciales.

Abstract. Demercantilization of welfare. Critical approaches on social rights justiciability.

Which is the specificity of social rights and how are they linked with the social needs?

Which is the relation between social welfare, demercantilization and justiciability of social rights? Higher level of activism in social rights, is a solution to the lack of access of the population to the goods and social services? Is this a way to break the barriers to canalize unsatisfied social demands in the public agenda?

The current movement in favor of justiciability of economic, social and cultural rights (ESCR) tends, in some cases, to emphasize the elimination of its differences with civil and political rights. Likewise, the incapability of the classic democratic institutions to face issues linked with poverty, inequality and exclusion is the argument that urges to affected groups to demand the judicial intervention in those cases of lack of access to goods and social services.

Under these premises, we first propose to acknowledge, the conceptual specificity of ESCR. Secondly, we raise critical approaches on justiciability of the ESCR. A further objective is to establish common issues between the collective provision of satisfactors and to the conditions of political and legal demands concerning about individual rights.

This article intends to emphasize the concept of the ESCR and the conditions of justiciability. To do this, certain evidences and analysis of recent judicial cases about ESCR are examined.

1. Introducción

¿Cuál es la especificidad de los derechos sociales y cómo se vinculan con las necesidades sociales? ¿Cuál es la relación entre bienestar social, desmercantilización y justiciabilidad de los derechos sociales? Un mayor activismo judicial en el terreno de los derechos sociales ¿es una solución a la falta de acceso de la población a los bienes y servicios sociales? ¿Constituye un medio para resolver los bloqueos al ingreso de las demandas sociales insatisfechas a la agenda pública?

Bajo estas premisas, nos proponemos, en primer lugar, reconocer la especificidad conceptual de los derechos sociales. En segundo lugar, planteamos reflexiones críticas sobre los procesos de justiciabilidad de los derechos sociales con el fin de establecer puntos de conexión entre el problema de la provisión colectiva de satisfactores y las condiciones de exigencia política y jurídica dada su condición de derechos individuales. Para ello, el trabajo examina algunas evidencias y aprendizajes de un conjunto reciente de casos de litigio orientados a poner en vigencia diversos convenios derechos sociales¹.

2. La especificidad de los derechos sociales²

Las necesidades reconocidas jurídicamente como derechos sociales comportan un

1 Nota metodológica: se realizó una selección intencional de casos judiciales donde se hubieran tratado temas vinculados a derechos sociales. Dicha muestra no tiene propósitos estadísticos sino que pretende ilustrar las dimensiones relevantes que se manifiestan en cada tratamiento singular. Mayoritariamente son casos donde se ha involucrado la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

2 Para esta sección se ha utilizado principalmente como base: Gamallo (2009)

mecanismo de protección legal de una mercancía ficticia llamada “trabajo”. Tal como señala Esping Andersen (1993:60): “En la historia de la política social, los conflictos han girado principalmente en torno a qué grado de inmunidad de mercado sería permisible; es decir, los recursos, la extensión y la calidad de los derechos sociales”. La secuencia histórica respecto del alcance de los derechos sociales, en términos tanto de las necesidades cubiertas como de los sujetos protegidos, se vincula con la intensidad de la disputa política y la lucha social en torno al nivel de protección: se alude al tipo de riesgos sociales a los cuales se ve expuesta la población (vejez, enfermedad, desempleo, etc.) y a los sujetos de esos derechos (pobres e indigentes, trabajadores, minorías étnicas, ciudadanos, etc.).

“Desmercantilización” aparece como un concepto central en esta discusión. Esping Andersen (2000:64), sobre nociones desarrolladas por Polanyi (1992) y Offe (1990), indica que tal concepto “aspira a captar el grado en que los estados del bienestar debilitan el nexo monetario al garantizar unos derechos independientes de la participación en el mercado. Es una manera de especificar la noción de derechos de ciudadanía social de T. H Marshall”³. Adelantado (1998:143), completa la definición: “[...] la desmercantilización se podría entender como el conjunto de restricciones económicas, políticas y culturales (incluidas las de carácter ético) que limitan la entrada de bienes en la esfera mercantil, o intervenciones que extraen relaciones sociales de la

3 Para Marshall (2005:22-23) la ciudadanía social hacía referencia a “[...] toda la variedad desde el derecho a una medida de bienestar económico y seguridad hasta el derecho a compartir plenamente la herencia social y llevar la vida de un ser civilizado según las pautas prevalecientes en la sociedad. Las instituciones más estrechamente relacionadas con él son el sistema educacional y los servicios sociales”.

misma”. Es decir, se trata de la extracción de una relación social del circuito mercantil y su adscripción a la regulación estatal.

Homes y Sunstein (1993) definen “derecho” como “intereses importantes que individuos o grupos pueden confiablemente proteger con los instrumentos del gobierno”. Ahora bien: ¿por qué ciertas necesidades son definidas, tratadas, transformadas o convertidas en derechos? Evidentemente existen en una sociedad necesidades infinitas, sin embargo, no todas ellas alcanzan el estatuto de derecho. A la vez, se puede especular que existen necesidades que pueden ser consideradas básicas y otras que no aceptan esa denominación con facilidad⁴.

Heller (1996) desarrolló aportes significativos a ese debate. Si bien afirma que las necesidades son siempre individuales, observa una relación social atributiva de las necesidades y, de ese modo, se convierten en abstracciones con relación a los deseos de

4 Entre otros, Dietersen (2001) desarrolla las posiciones de quienes, por una parte, consideran que las necesidades son universales, es decir, aplicables a cualquier ser humano independientemente de su historia y cultura y aquellas, que en cambio, sostienen los denominados “pluralistas culturales”, quienes adscriben a la idea de que las necesidades se vinculan con un determinado contexto socio cultural. Coraggio (1999:95-96), (sobre la base de trabajos de Nefed Max-Neef), distingue entre necesidades humanas y satisfactores. Desde ese punto de vista, las necesidades humanas son finitas y clasificables: subsistencia, protección, afecto, conocimiento, participación, creación, esparcimiento y ocio, identidad, y libertad. Esas necesidades son invariantes y compartidas por todas las culturas en distintos momentos históricos. En cambio, lo que varía, temporal y culturalmente, son los tipos (en cantidad y calidad) de satisfactores a esas necesidades. Por ejemplo, la educación (formal e informal), el estudio, la investigación, la estimulación temprana y la meditación son satisfactores determinados de la invariante necesidad humana de conocimiento.

cada individuo. A su vez, los satisfactores de esas necesidades son también abstracciones, y ambas abstracciones (necesidades y satisfactores) tienden a relacionarse. Introduce una diferencia entre necesidad y deseo, pues éste último es siempre de carácter individual y concreto, en cambio, las necesidades tienen un carácter abstracto y atributivo⁵: son entonces una categoría social. A diferencia de las sociedades premodernas, siguiendo a Heller, la sociedad moderna no admite una distribución cualitativa (diferenciada) de necesidades entre los distintos grupos sociales, solamente acepta que exista una distribución desigual y asimétrica en cantidad. La distribución moderna de necesidades es totalmente cuantitativa y, a la vez, convertible a valores monetarios: de allí se sigue que el mercado sea la institución típica para la distribución de los objetos de satisfacción de esas necesidades.

Es obvio que el mercado no opera como el único principio de organización y distribución de los satisfactores. Sigue Heller (ibid:100-101): “En principio, hay una diferencia entre atribuirse necesidades políticas o socioeconómicas a uno mismo. Las principales necesidades políticas (la necesidad de igual ciudadanía y de igualdad ante la ley) no son mercancías escasas. El reconocimiento general de la ciudadanía (y el derecho al voto sin restricciones) sigue normalmente con rapidez la autoatribución general de esas necesidades. En lo que atañe a las necesidades socioeconómicas no es éste el caso; hay un límite a la satisfacción, a saber, los recursos disponibles. Es por esto por lo que hay que erigir instituciones especiales de reasignación y redistribución de

5 Para aclarar la distinción, Heller (op.cit:86) afirma: “[...] el patriarca Jacob no necesitaba solamente una buena esposa, deseaba a Raquel”.

necesidades. Lo que ahora se denomina `sociedad civil` está compuesta principalmente por demandadores de necesidades y objetos de satisfacción, aunque no es la sociedad civil la que en realidad reasigna los objetos de satisfacción sino el Estado. Los grupos (clases, grupos étnicos, profesionales, corporaciones, mujeres, etc.) afirman `tener` – *qua* grupo- ciertas necesidades y presionan para su satisfacción. De hecho, se trata de presionar al Estado, esto es, a la fuente última de redistribución”. La esfera estatal supone entonces la existencia de mecanismos públicos y colectivos de redistribución de los satisfactores. Heller (ibid:102-103) ensaya una respuesta respecto de las razones por las cuales el continuo “necesidades – satisfactores” es una relación de derecho: “En sus impugnaciones, los grupos de la sociedad civil utilizan normalmente el lenguaje de los derechos. `El derecho a algo` es la autorización legal para tener una necesidad de ese tipo. [...] Los derechos reconocen las necesidades, pero no pueden garantizar su satisfacción allí donde hay demandas en conflicto acerca de recursos escasamente disponibles. Por esto no es un problema menor el de si los derechos comportan o no deberes (obligaciones). Si un grupo de gente puede alcanzar el reconocimiento de sus necesidades sin reconocer, al menos, las mismas necesidades en otros reclamantes, el lenguaje de los derechos sirve al propio provecho y puede erosionar por completo las fibras sociales y políticas de una comunidad”. De allí que señale: “El privilegio es el lenguaje de las sociedades premodernas, el derecho es el lenguaje de las modernas; no estamos autorizados a usar ambos”. Heller (ibid:106-107) aporta también la idea del reconocimiento: “Hoy en día, las necesidades sociopolíticas (carencias) son permisos. Los derechos también son permisos. En la medida en que las necesidades son atribuidas/adscriptas y legalmente codificadas, uno tiene derecho a manifestar/reclamar esa necesidad. La necesidad es entonces reconocida socialmente. Es posible que no se

haya proporcionado aun satisfacción para ella; pero esto es visto como una anomalía a subsanar. El permiso toma la forma parecida a `Puedo si quiero`, `Puedo serlo, puedo tomarlo, puedo usarlo si quiero ser tal y tal, o quiero tomar o usar esto y esto`”.

Es característica de la sociedad moderna (de mercado) que los satisfactores de esas necesidades se encuentren cuantificados, “monetizados”, y constituye la paradoja del efecto “liberador” del mercado, pues mientras elimina la adscripción a cualquier determinación acentúa el problema de la distribución. En ese punto, bajo el supuesto de que todos los satisfactores pueden ser comprados y vendidos, la garantía de acceso a ese satisfactor se reduce a asignar un poder de consumo a quien no puede asumir el coste por sí mismo, es decir, a reconocer ese satisfactor como un derecho social. En otras palabras, a “desmercantilizar” el acceso a ese satisfactor.

La historia de la política social en los últimos dos siglos ilustra respecto del incremento decisivo de la participación estatal en la producción de satisfactores, como expresión del creciente proceso de desmercantilización de la posición de las familias. Dicho proceso refiere al reconocimiento de niveles de inmunidad de los individuos frente al mercado a través de la provisión extra mercantil de satisfactores⁶. La frontera entre la esfera del mercado y la esfera del Estado como productores y distribuidores de satisfactores es determinada mediante la protección legal que asegura el acceso a esos mismos. El proceso de desmercantilización significa poner bajo la responsabilidad del Estado la

6 En rigor, debe incorporarse también a la esfera de la familia como fuente productora de bienestar (cfr. Esping Andersen, 2000:53 y Adelantado, 1998:132). Sin embargo, se puede prescindir de la referencia a la esfera familiar para el desarrollo de esta argumentación.

provisión de determinados bienes o recursos, normalmente definidos como derechos sociales (Adelantado, 1998:145).

La presencia de los mercados en la regulación social es el hecho distintivo de nuestras sociedades como tipo histórico y constituye el medio de socialización característico de la modernidad basada en la emergencia de individuos libres y autónomos⁷. Los satisfactores protegidos como derechos sociales suponen entonces un tipo de relación de los individuos con el mercado, específicamente una relación de inmunidad, dado que lo que aparece en tensión es la capacidad de satisfacer ciertas necesidades básicas adscriptas –en el sentido que define Heller, es decir, necesidades atributivas- más allá del nivel de participación de cada individuo en el mercado. El punto es central: tal como señala Polanyi (op.cit.), una economía de mercado es un sistema económico regido, regulado y orientado por los mercados. El orden de la producción y distribución es confiado a ese mecanismo autorregulador y se espera que los individuos se comporten de modo tal que pretendan ganar siempre más dinero. Dicha economía supone la existencia de mercados donde la oferta disponible de bienes a un precio determinado será equivalente a una demanda a igual precio, y supone la presencia de dinero que funciona como poder adquisitivo. Tanto la producción y la distribución quedan

7 “Una sociedad sin mercado sería, en efecto, una gran *Gemeinschaft*, es decir, una manera de hacer sociedad cuya historia, tanto antigua como reciente, nos muestra que ha sido estructurada generalmente por relaciones de dominio despiadadas o por relaciones paternalistas de dependencia humillantes. Suprimir el mercado representa una opción propiamente reaccionaria, una suerte de utopía al revés, de la que Marx ya se burlaba al evocar ‘el mundo encantado de las relaciones feudales’. No hay modernidad posible sin mercado” (Castel, 2004:118-119).

aseguradas por los precios. Gracias a los precios, los bienes son distribuidos en la sociedad. La autorregulación supone que toda la producción está destinada a la venta en el mercado y que todos los ingresos provienen de ella. En consecuencia, existen mercados no solamente para los elementos de la industria sino para la tierra, el dinero y, fundamentalmente, para el trabajo. Todos los ingresos provienen así de ventas realizadas en el mercado y son suficientes para comprar todos los bienes producidos. En otras palabras, cuando Heller define a las necesidades como cuantificables y monetizadas, es decir, asumiendo que esos satisfactores son mercancías potencialmente disponibles para todos, el problema se reserva a la capacidad adquisitiva de cada individuo para satisfacer sus necesidades en el mercado.

En el contexto de la presente discusión, ello tiene al menos dos implicancias: por un lado, es necesario que todos los satisfactores se encuentren disponible en el mercado, es decir, que puedan ser comprados y vendidos; sin embargo, la evidencia histórica indica que existen fallos de mercado que contradicen esa afirmación provisoria y obligan a una intervención sistémica de carácter político para asegurar su producción en cantidad y calidad, de modo tal de asegurar la reproducción de la “mercancía ficticia” llamada trabajo. Por otro lado, dada la característica biológica de esa “mercancía ficticia”, es imprescindible establecer áreas de producción de satisfactores extrañas al mercado, que suministren esos “bienes de uso” de modo tal que moderen y reduzca las condiciones de explotación de esa “mercancía” bajo el contrato salarial que, de lo contrario, llevarían a la desaparición física de sus soportes (los individuos): de eso se ocupan los derechos sociales, de atribuir a los individuos y grupos sociales esa garantía, a través de la distorsión del mercado, es decir, de la incorporación de una lógica extra mercantil para asegurar el acceso a esos satisfactores permitiendo la reproducción agregada y continua

del trabajo (estrictamente de la relación social salarial). Si la expansión del capitalismo significó el triunfo de los mercados, no lo fue para los servicios sociales: como lo señala Esping Andersen (2000:56), “la contradicción es que, si los individuos no tienen acceso a garantías ajenas al mercado, su capacidad de ser agentes de mercados libres y sin restricciones se verá reducida e, incluso, anulada”. Tal es la paradoja de las economías de mercado y tal es la operación de los derechos sociales en la construcción de mercados de tales características. La mercantilización del trabajo trajo aparejado un proceso de desmercantilización cuyo modelado fue (y es) obra de los derechos sociales. La definición entre la esfera de responsabilidad de cada individuo y la responsabilidad colectiva, entre lo que es una mercancía y entre lo que corresponde proteger como un derecho estructura las nociones vigentes respecto de la justicia social, es uno de los ejes principales de la lucha política y social y encarna el nivel de autonomía que los individuos y grupos sociales logran establecer respecto de la dependencia del mercado.

La garantía de los derechos sociales hace presente el problema de la producción de satisfactores que supone un costo económico –una restricción- y, particularmente, una creciente complejidad burocrático administrativa: de allí la emergencia, maduración y consolidación de los estados de bienestar durante el siglo XX. Sin embargo, se comparte la posición que sostienen Homes y Sunstein (1993): no hay derechos gratis. “El derecho al bienestar y el derecho a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de contratar tiene tantos costos como el derecho a la salud, el derecho de libertad de expresión tantos como el derecho a la vivienda digna. Todos los derechos le piden respaldo al erario público”. Pero en el caso de los derechos sociales aparece siempre la necesidad de producir un satisfactor material. Las obligaciones positivas del Estado con los derechos sociales adquieren un compromiso decisivo para asegurar su

disfrute como tal (la satisfacción de la necesidad). En otras palabras, sin satisfactor no hay derecho. Contreras Peláez (citado por Courtis, 2002) afirma que “[...] la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”. La misma idea es sugerida por Gargarella (2005:77) cuando señala: “El Estado puede violar derechos, también, cuando no provee a algunos de los bienes indispensables para su vida: abrigo, alimentación, vivienda”. Cobra sentido la idea de Heller respecto de la condición de los satisfactores como “mercancías escasas” y su denominación genérica como “derechos – prestación”.

Courtis (2002:13), citando a Van Hoof, afirma la idea de “cuatro niveles” de obligaciones estatales de los derechos sociales (por cierto, no exclusivas de esta categoría de derechos): obligación de respetar, de proteger, de garantizar y de promover el derecho en cuestión. Dice textual: “Las obligaciones de respetar el derecho en cuestión se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes, las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien”. Pero si la posición en relación al sitio de los derechos sociales como “desmercantizadores” de la fuerza de trabajo es acertada, las obligaciones positivas (proteger, asegurar y promover) son decisivas. De lo contrario, de aquello que no se

responsabiliza el Estado queda a cargo de los mismos individuos en la búsqueda de un ámbito de satisfacción alternativo: el mercado, la familia o la comunidad.

La oposición entre derechos que entrañan obligaciones del Estado y aquellos que no lo hacen puede descartarse: siempre hay obligaciones estatales. Tal como señalan Homes y Sunstein (op.cit.), “[...] los derechos y libertades individuales dependen fundamentalmente de la acción vigorosa del Estado. Sin gobierno efectivo, los ciudadanos estadounidenses no podrían disfrutar de su propiedad privada en la forma en que lo hacen. En realidad, disfrutarían de pocos o ninguno de sus derechos individuales constitucionalmente garantizados. La libertad personal, como los estadounidenses la valoran y la viven, presuponen cooperación social manejada por funcionarios gubernamentales. El reino privado que correctamente apreciamos, se sostiene, en realidad se crea, con acción pública. No se pide que ni el ciudadano más autosuficiente cuide su bienestar material en forma autónoma, sin apoyo de los otros ciudadanos o de los funcionarios públicos”. No solamente los derechos sociales entrañan gastos, pues la administración de la justicia, el funcionamiento del cuerpo de policía y la organización de elecciones democráticas suponen obligaciones del Estado: lo que está en juego en todo caso es el tipo de obligaciones que entraña uno y otro y, tal como intentamos afirmar, en el caso de los derechos sociales lo sustantivo es la obligación estatal en la provisión de bienes y servicios sin los cuales el derecho se transforma en una declaración de principios.

3. La justiciabilidad de los derechos sociales

La “justiciabilidad” de los derechos sociales se entiende como la posibilidad de que un juez ordene una reparación, tal como ocurre con la violación de un derechos civil y

político (DCP), o bien el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho: “[...] entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones que se derivan de ese derecho” (Cortis, 2002:24); “Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida” (Artigas, 2005:24). Esta condición hace posible que los derechos sociales funcionen como la “carta de triunfo” (Dworkin, 1984) de los individuos. Es decir, la otra faceta de la obligación del Estado es la posibilidad de que los titulares de los derechos sociales puedan exigir su cumplimiento apelando a un tribunal de justicia. Bajo ese argumento, organizaciones sociales diversas, a través de acciones frente a tribunales nacionales e internacionales de justicia intentaron poner fin a la vulneración de derechos sociales influyendo en el diseño y/o en la implementación de políticas sociales.

Distintos factores se combinan para explicar el incremento de reclamos judiciales vinculados con la satisfacción de derechos sociales en la región: el proceso de democratización y restauración del estado de derecho; el deterioro de las condiciones económicas y sociales como consecuencia del proceso denominado de “ajuste estructural”; la crisis de los canales tradicionales de la democracia representativa caracterizada por la existencia de bloqueos o “callejones sin salida” en el sistema político; la ausencia de respuestas adecuadas del poder ejecutivo y legislativo; reformas constitucionales, como Argentina en 1994, que ampliaron el catálogo de derechos

garantizados por el Estado e incluyeron nuevas herramientas para la protección de los derechos sociales⁸. En tal escenario, aumentó la búsqueda de patrocinio y asesoramiento legal para el reclamo y la defensa de los derechos sociales, incrementando la demanda de servicios para acceder a la justicia; a la vez, surgieron sentencias innovadoras, de diferentes tribunales, fundamentadas en instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en Argentina aplica en forma directa o alude a normas legales de tratados que protegen derechos económicos y sociales para complementar normas constitucionales existentes, respecto de temas como salud, seguridad social, trabajo, derechos de los niños, progresividad y no regresividad, contenidas en diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. El tribunal también apela a decisiones e informes de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano para interpretar textos internacionales o la propia Constitución (cfr. Rossi y Filippini, 2009).

8 O'Donnell (2008: 353) distingue entre judicialización y juridización: “La judicialización de la política se debe concebir, en parte, como un fenómeno más amplio de la judicialización de las relaciones sociales en su conjunto. En gran medida, la *judicialización* de las relaciones sociales (mediante la cual las demandas sociales se procesan en los tribunales o en estructuras similares a los tribunales) es quizá la expresión de la creciente *juridización* de las relaciones sociales, que antes se dejaban a una regulación autónoma o informal, se entretejen mediante normas legales formales. [...] Podemos presumir que cuanto más se legalizan y regulan las relaciones sociales, más incentivos y oportunidades surgen para reclamarlos en las cortes”. En forma paradójica, a medida que se extiende dicho proceso se perpetúan situaciones que O'Donnell denominó, en un trabajo anterior, “zonas marrones”, áreas del territorio donde impera una “legalidad intermitente y sesgada” [...] donde otros tipos de legalidad, básicamente variaciones de legalidad mafiosa, son las que operan en la práctica” (PNUD, 2004:63).

Los procesos de “movilización legal”, como ilustran Sieder, Schjolden y Angell (2008) pueden ser dirigidos desde arriba, mediante la acción de los actores de elite entre los que se cuentan a los tribunales y especialmente a las cortes constitucionales; desde abajo, mediante la movilización de diversos grupos sociales; e incluso, al menos en parte, desde el extranjero, mediante distintas formas de activismo en tribunales internacionales o de terceros países. Haciendo un balance general del mayor involucramiento de los tribunales, Sieder, Schjolden y Angell (op.cit:22) señalan que “[...] la judicialización puede ser buena para ciertos grupos, por ejemplo, otorgando garantías específicas para que los recursos del gobierno se destinen a un conjunto particular de demandas, pero mala para la gobernanza en su conjunto; verbigracia, lleva a una presión fiscal creciente sobre un Estado carente de recursos o a la imposibilidad de que los gobiernos democráticamente elegidos definan prioridades presupuestales. La decisión de insistir en ciertos derechos a la salud, por ejemplo, tiene ciertas implicancias fiscales y pueden ir en detrimento de gobiernos duramente presionados que tratan de reducir los déficits fiscales. Estos desarrollos pueden ser también negativos para la democracia si los intereses minoritarios pueden bloquear la voluntad de la mayoría recurriendo a los tribunales. Una de las críticas comunes a la ‘ley hecha por los jueces’ es que lleva a que los jueces no elegidos y no responsables sustituyan a los funcionarios elegidos en el proceso de formulación de políticas. Sin embargo, contra esta crítica muchos argumentarían que los sistemas judiciales activistas pueden ser buenos para la democracia si defienden y protegen los intereses de los débiles y menos privilegiados – que después de todo son la enorme mayoría en muchos países- contra los ricos y

poderosos”. En suma, se trata de un proceso político abierto y controvertido, que reclama de mayor análisis⁹.

Ahora bien, más allá de los avances y los logros, la justiciabilidad de los derechos sociales tiene anclaje en la economía de mercado y se aplica sobre las bases de un esquema socio-económico desigual que puede consolidar una suerte de “ficción ciudadana”¹⁰ (Abramovich y Pautassi; 2009). El derecho se encuentra entonces entre la espada y la pared: por un lado, la retórica de derechos fundamentales y, por otro lado, un sistema global capitalista con una racionalidad contraria a esos valores. Las personas, al saber que existen los derechos en forma abstracta, creen que el sistema es suficientemente justo y que ellos pueden tener acceso a su reconocimiento. Tushnet (1984) plantea que si se valiesen todos esos derechos, el sistema capitalista se desplomaría. La tensión entre reconocimiento y efectividad de los derechos sociales se

9 La justiciabilidad de los derechos sociales quiere designar una nueva generación de intervenciones judiciales en la materia, bajo las condiciones mencionadas (democratización, estado de derecho, jerarquía constitucional de tratados internacionales de derechos humanos). Esto no supone desconocer la participación histórica del poder judicial en los asuntos sociales, por ejemplo bajo la vigencia de Ley 10.093 (conocida como Ley de Patronato) de 1919, cuyo sentido tuvo un carácter de tutela y control por parte de los jueces. La paradoja es que si bien la lucha actual por la ampliación de los derechos sociales tiene como escenario los tribunales, el objetivo suele ser la modificación de los servicios sociales y no la administración de la protección social por parte de los jueces.

10 La noción de “ficción ciudadana” alude a que el derecho crea un mundo propio, poniendo en escena un juego de significantes y un sistema de representaciones que suelen romper paradigmas de tiempo real y provocar experiencias semejantes a las narraciones de las novelas (Marí, 2004: 375).

pone en el centro de la escena, pues ha habido grandes cambios a nivel normativo, sin evidencia de una mejoría significativa en la calidad de vida de la mayoría de la población mundial. Cabe entonces una reflexión crítica de esos procesos políticos que involucran de manera creciente a los tribunales en los asuntos mencionados.

4. Reflexiones críticas sobre la justiciabilidad de los derechos sociales

A la hora de hacer referencia a los procesos de justiciabilidad de los derechos sociales cualquier intento de generalización puede pasar por alto la multiplicidad de situaciones¹¹. Son comunes tanto los reclamos individuales como los colectivos; demandas que pretenden prestaciones que han sido interrumpidas o que excluyen a un grupo; otras que aspiran a la generación de nuevas prestaciones; demandas que implican erogaciones para el Estado y otras que no; presentaciones legales rechazadas por problemas de legitimación de los patrocinantes; sentencias favorables con diversos niveles de cumplimiento; litigios que abren canales de diálogo con otros actores y otros que generan mayor nivel de tensión; de tal modo, son innumerables las combinaciones. Abramovich (2009) propone criterios de clasificación en materia de intervenciones judiciales respecto de los derechos sociales y de los tipos de remedios adoptados por los jueces.

Los tribunales pueden ser convocados a decidir respecto de diferentes tipos de materias

11 Para mayor información sobre casos de justiciabilidad en materia de derechos sociales, cfr. entre otros: Abramovich et. al (2006), Abramovich y Courtis (2006), CELS (2008), Abramovich y Pautassi (2009), Fairstein, Kletzel y García Rey (2009)

o asuntos de las políticas sociales. En tales casos, se abren diferentes alternativas: a) decisiones judiciales que objetan la forma de implementación de las políticas por ser contrarias a estándares jurídicos (“Badaro”¹² y “Itzcovich”¹³) b) decisiones judiciales

12 En el caso “Badaro” (Corte Suprema, “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/ reajustes varios”, 8/08/2006), la Corte profundiza la garantía constitucional de movilidad de los haberes jubilatorios, y el alcance de las obligaciones del Congreso y de la propia justicia respecto de su implementación. Para la Corte, la movilidad de los haberes no es un simple reajuste por inflación, sino una previsión con contenido social referente a la índole sustantiva de la prestación jubilatoria, que obliga a revisar su cuantía en el tiempo en función de alguna fórmula previsible de reajuste. Además agrega que la definición de esa fórmula no sólo es facultad sino un deber del Congreso. “Badaro” es un caso individual pero se trata de una acción representativa de una serie de demandas que cuestionaban el mismo retraso en la movilidad de los haberes. La Corte, al decidir el caso, es conciente del efecto colectivo de su decisión y de que está creando una suerte de mora institucional. En 2008 el Congreso Nacional a propuesta del ejecutivo, fijó un nuevo sistema de movilidad de los haberes a través de un índice periódico (ley 26.417). La Corte no fijó un mecanismo concreto de seguimiento del cumplimiento de su instrucción al poder legislativo.

13 En el caso “Itzcovich” (Corte Suprema, “Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/reajustes varios”, 29/04/2005), la Corte declaró que una cláusula de la denominada “Ley de Solidaridad Previsional”, que sujetaba las decisiones de la Cámara Federal de Seguridad Social a una nueva apelación ordinaria ante la propia Corte, era inconstitucional. La mayoría del tribunal afirmó que se había empleado irrazonablemente ese recurso judicial para demorar pagos de la seguridad social y que los principios del debido proceso exigen celeridad, certeza y previsibilidad. La Corte examinó que las “estadísticas demuestran que el organismo previsional no ha utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis, pues en una significativa mayoría de recursos ordinarios que dedujo, el fallo final confirmó el que había sido impugnado o declaró desierto el remedio por falta de fundamento suficiente, lo cual ha implicado, por el tiempo necesario para tramitación y resolución, una injustificada postergación en el cobro del crédito de carácter alimentario que había sido reconocido en las instancias anteriores”.

que disponen la implementación de políticas públicas definidas por las instancias de decisión política y no ejecutadas por las burocracias de nivel inferior o de nivel provincial o municipal (“Asociación Benghalensis”¹⁴) c) decisiones judiciales que obligan a definir políticas públicas o emprender reformas estructurales de los sistemas de protección social, a partir de la aplicación directa de las normas constitucionales (“Defensor del Pueblo”¹⁵) d) decisiones judiciales que reconfiguran aspectos parciales de las políticas públicas o de los sistemas de protección social en curso, obligando a extender el alcance de las prestaciones y servicios a supuestos beneficiarios no

14 En 2000 la Corte confirmó las sentencias dictadas en un amparo presentado por Asociación Benghalensis, Fundación Descida, Fundación FEIM, Asociación Civil Intilla, Fundación RED, Fundación CEDOSEX, Fundación Argentina Pro Ayuda al Niño con Sida y Asociación Civil SIGLA (Corte Suprema, Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional, 1/6/2000). Las organizaciones demandaban que el Estado nacional cumpla con la obligación legal de asistencia, tratamiento, rehabilitación y suministro de medicamentos. La Corte confirmó, por un lado, la legitimación de las organizaciones para accionar no sólo en razón de su interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud. Luego, el tribunal adoptó un remedio de tipo general, ya que obligó al Ministerio de Salud a cumplir con la Ley Nacional de SIDA cuyas prestaciones deben alcanzar a todas las personas que viven con VIH.

15 En el caso “*Defensor del Pueblo*” (Corte Suprema, Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional y otra -Provincia del Chaco- s/ proceso de conocimiento, 18/09/2007), la Corte dispuso medidas cautelares ordenando al Estado nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas Tobas que habitan dos departamentos de la provincia, en el marco de una acción de conocimiento promovida contra ambos estados por el Defensor del Pueblo de la Nación en representación de los derechos colectivos de las comunidades indígenas afectadas por una situación de extrema pobreza.

contemplados y/o beneficiarios excluidos (“Reyes Aguilera”¹⁶ y “casos sobre Plan Jefas y Jefes de Hogar Desocupado- PJJHD”¹⁷); e) decisiones judiciales que ordenan reformular los procedimientos para la elaboración o implementación de la política,

16 En el caso “*Reyes Aguilera*” (Corte Suprema, “Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”, 4/09/2007), la Corte consideró por mayoría aunque con fundamentos diversos, que algunas prestaciones sociales no contributivas también están regidas por las obligaciones constitucionales del Estado en materia de seguridad social, en especial cuando esas prestaciones tienden a la protección del derecho a una vida digna de personas con discapacidades físicas. Se discutía la validez del Decreto 432/97 que exigía a una niña con discapacidad física absoluta, el requisito de 20 años de residencia en el país para acceder a una pensión por invalidez. La niña, de nacionalidad boliviana, había obtenido su radicación definitiva en 2001. Sus padres interpusieron una acción de amparo en la cual alegaron que el requisito de residencia era desproporcionado, pues implicaba una restricción del derecho a la seguridad social no ajustado a los fines de la ley que instituía el sistema de pensiones por invalidez y, por lo demás, conllevaba una desigualdad de trato en perjuicio de los extranjeros violatoria del artículo 20 de la Constitución Nacional.

17 Aproximadamente unos 200 casos tuvieron por objeto impugnar la imposición sin fundamentos y en los hechos de una fecha de cierre para la postulación al PJJHD (repentinamente planteada por el poder ejecutivo el 17 de mayo de 2002, a pocos meses de su surgimiento). Los actores impugnaron la razonabilidad del requisito del plazo fatal. Por otro lado sostenían que el cierre de la inscripción contradecía la prórroga de la emergencia ocupacional, provocando una clara vulneración del principio constitucional de igualdad de trato al diferenciarse sin argumentos sólidos entre situaciones idénticas. Se dictaron numerosas sentencias en Cámara, todas similares, sin emitir un mensaje contundente al poder ejecutivo tendiente a evitar la repetición de casos similares. Pese a acatar las sentencias, el gobierno omitió modificar la política, ni siquiera intentó modificar su estrategia de defensa ante el poder judicial de modo de evitar continuar siendo condenado. Cfr Arcidiácono, Fairstein y Kletzel (2009).

promoviendo espacios de participación o mejorando el flujo de información pública disponible sobre ellas (“Elecciones Villa 20”¹⁸)

Según Abramovich (op.cit.) la tipología de intervención judicial se hace más compleja cuando a las materias o asuntos se les suman la variedad de órdenes o remedios que pueden adoptar los jueces. El tipo de remedio varía de acuerdo al tipo de procedimiento respecto del cual se decide, ya sea un caso individual, un caso colectivo o una acción de clase en el que resulta parte directamente afectada por la decisión de un grupo de personas¹⁹. Someramente podemos enumerar los siguientes tipos de remedios judiciales

18 En la villa 20, Villa Lugano, Ciudad de Buenos Aires (Cámara CAYT, Sala 1, “Villa 20 contra GCBA y otros sobre otros procesos incidentales”, del 24 de mayo de 2005, confirmando sentencia del Juzgado N° 2), los miembros de la Junta Vecinal continuaban en sus cargos pese a que habían vencido sus mandatos. Las elecciones de representantes barriales fueron tradicionalmente organizadas por el Instituto de la Vivienda (IVC) del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. A su vez, ese mismo organismo remitía a los miembros de la Junta Vecinal alimentos y materiales para distribuir en el barrio. Un grupo de vecinos –con el patrocinio de abogados voluntarios- presentaron una acción judicial para convocar a elecciones en tiempo adecuado. El magistrado ordenó que toda la ayuda social fuera entregada a través de las parroquias del barrio y dispuso la intervención de la Junta Vecinal. Al tiempo, organizó judicialmente elecciones para designar a los representantes barriales.

19 A partir del caso “Halabi” (Corte Suprema, Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/amparo, 24/2/09) la Corte habilitó la acción de clase con el fin de proteger derechos homogéneos permitiendo que sin necesidad de iniciar nuevos juicios, dichas sentencias tengan efectos sobre todos los ciudadanos con el mismo problema. Los magistrados destacaron que en determinadas circunstancias se afectan los derechos de las personas por una sola causa, siendo difícil para cada uno de los afectados iniciar una acción judicial, no justificándose que cada uno de ellos deba iniciar un juicio

como: 1) remedios declarativos (“Itzcovich”); 2) emisión de órdenes detalladas y completas para cumplir con prestaciones y servicios (casos de acceso a medicamentos o “Asociación Benghalensis”); 3) emisión de instrucciones generales (al poder ejecutivo o al Congreso) para definir políticas o cursos de acción, acompañado por un sistema de supervisión de la ejecución de la orden (“Badaro”, “Defensor del Pueblo”); 4) emisión de instrucciones generales para definir una política y diseño de un procedimiento de diálogo, concertación o intercambio de información para calificar el proceso de elaboración o implementación de esa política (“Mendoza”²⁰).

Como se puede observar, el tipo c) se trata de la imposición lisa y llana por parte de la justicia de prestaciones, servicios, e incluso de sistemas públicos destinados a resolver problemas estructurales, o un cambio radical de las regulaciones de determinados campos económicos o sociales, por lo general en casos colectivos, en función de su interpretación de las normas constitucionales e internacionales. En materia de actuación

para reclamar por la inconstitucionalidad de una determinada norma legal.

20 En el caso “Mendoza” por la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo (Corte Suprema, Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros. 20/06/2006), la Corte innovó en cuanto al procedimiento de ejecución de la sentencia. Estableció deberes de información a diversas empresas que operan en la ribera del río y a los gobiernos nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, con competencia ambiental concurrente. También la Corte les impuso a los gobiernos el desarrollo de un “plan integrado basado en el principio de progresividad” a fin de cumplir con la obligación constitucional de proteger el ambiente. Además fijó un procedimiento de audiencias públicas con participación de los demandantes, el Defensor del Pueblo y otras organizaciones de la sociedad civil admitidas como terceros interesados, para provocar una discusión participativa de las propuestas gubernamentales, abriendo así un novedoso mecanismo de supervisión y seguimiento. Cfr. Fairstein y Morales (2009).

judicial, eso supone la definición del contenido de la política pública. Sin embargo, la complejidad de la situación depende de la combinación con el tipo de remedio propuesto por el poder judicial.

Por ejemplo, considerando los remedios tipo 3 y 4, en esos tipos de casos colectivos con remedios abiertos o sistemas de reenvío a los otros poderes del Estado, los jueces se reservan el control y la supervisión del cumplimiento de la sentencia e instalan el tema en la agenda de los decisores. Otorgan a la deliberación democrática un espacio mayor para elegir las soluciones, considerando la complejidad de intereses puestos en juego y el impacto sobre el sistema fiscal y sectorial.

Otro elemento de discusión se relaciona con la suerte que corren los casos planteados en forma individual o en forma colectiva. Ciertos casos individuales exitosos resultan beneficiosos para la persona que demanda pero que no implican transformaciones de mayor alcance en la política pública. Los casos relacionados con el PJJHD representan un ejemplo: la actuación del poder judicial fue favorable en términos de incorporar receptores excluidos con posterioridad al cierre de inscripción, pues las múltiples intervenciones judiciales no provocaron la reapertura del plan por parte del poder ejecutivo. Y además el propio poder judicial rechazó posteriormente los reclamos presentados de manera colectiva. Otro ejemplo en esa dirección lo constituye “Reyes Aguilera”: pese a que la Corte objetó el requisito de un cierto número de años de residencia para acceder a una pensión no contributiva por invalidez, el gobierno no lo eliminó, lo que potencialmente ha activado numerosas demandas judiciales para hacer valer el precedente.

Las instancias judiciales generan múltiples mecanismos de articulación con los otros

poderes y con otros actores sociales. Como señala Abramovich (op.cit.), en algunos casos las sentencias con mandatos de prestaciones concretas puede funcionar como una “señal de alarma” a los poderes ejecutivo y legislativo e indicarles que deben anticiparse a definir un curso de acción frente a un problema cuya importancia y magnitud pudieron haber subestimado. Esa función judicial puede ser provechosa para la efectividad de la acción de gobierno, pero el efecto virtuoso de la “cadena” de casos individuales depende de la capacidad de reacción del sistema político y de su plasticidad para entender la serie de litigios como señal de alarma y adaptar la agenda en consecuencia. En esa dirección, las decisiones de la Corte sobre los casos “Itzcovich” y “Badaro” fueron de carácter individual, pero con conocimiento de que la materia era común a una serie de casos en trámite y que si bien fueron presentados por abogados particulares, contaban con una amplia red de actores sociales interesados. Las decisiones judiciales provocaron cambios de políticas: el envío al Congreso y la aprobación de un nuevo régimen de recursos de apelación en materia previsional (Itzcovich) y de un nuevo sistema de movilidad de los haberes previsionales (Badaro).

En consecuencia, la capacidad para trascender el caso individual depende del tipo de respuesta institucional y del remedio ordenado, pero también de otros factores no fácilmente categorizables: los antecedentes del tema, el tipo de derechos en juego, si se trata de prestaciones regulares y existentes por parte del Estado, si se trata de prestaciones que implican gastos adicionales, temas que se encuentren aceptados y legitimados socialmente, el grado de repercusión política y en la opinión pública de la temática, el sector social afectado y su capacidad de movilización, de construcción de alianzas o de cercanía con los centros de decisión, entre otros factores .

A la hora de reflexionar sobre estos procesos de justiciabilidad es relevante también pasar revista a un conjunto de factores que podríamos llamar endógenos a la práctica judicial. Vale decir, aquellos componentes que preliminarmente y *ad referendum* de una mayor investigación empírica, podemos denominar como las condiciones de operación del campo jurídico y el *habitus*²¹ de los miembros del aparato judicial. Otros autores hablan de “cultura legal interna como las normas, actitudes y prácticas de los abogados y los juristas” (Sieder, et.al, op.cit.: 26/27). Vale decir, aspectos relacionados con el

21 Bourdieu sostiene que “[...] para comprender una producción cultural (literatura, ciencia, etc.) no basta con referirse a su contenido textual, pero tampoco referirse al contexto social y conformarse con una puesta en relación directa del texto y el contexto. [...] Mi hipótesis consiste en suponer que entre esos dos polos, muy distantes, entre los cuales se presume, un poco imprudentemente, que podría pasar la corriente, hay un universo intermedio que llamo *campo literario, artístico, jurídico o científico*, es decir, el universo en el que se incluyen los agentes y las instituciones que producen, reproducen y difunden el arte, la literatura o la ciencia. Ese universo es un mundo social como los demás, pero que obedecen a leyes sociales más o menos específicas”. “La noción de campo pretende designar ese espacio relativamente autónomo, ese microcosmos provisto de sus propias leyes. Si bien está sometido, como el macrocosmos, a leyes sociales, éstas no son las mismas. Si bien nunca escapa del todo a las coacciones del macrocosmos, dispone de una autonomía parcial, más o menos marcada, con respecto a él” (2000:75/76). El concepto de *habitus* fue desarrollado también por Bourdieu (2007:86): “Los condicionamientos asociados a una clase particular de condiciones de existencia producen *habitus*, sistema de *disposiciones* duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones que pueden ser objetivamente adaptadas a su meta sin suponer el propósito consciente de ciertos fines ni el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos, objetivamente “reguladas” y “regulares” sin ser para nada producto de la obediencia a determinadas reglas y, por todo ello, colectivamente orquestadas sin ser el producto de la acción organizadora de un director de orquesta”.

origen social, la formación académica, la trayectoria vital de quienes ocupan los cargos de jueces y los propios abogados, forman parte de un bagaje cultural y de una experiencia subjetiva de alteridad respecto de la población demandante. Eso se manifiesta en diferentes aspectos de la práctica judicial e implican ciertas capacidades y formas de concebir y recrear la noción de “derecho social” de las poblaciones vulneradas.

Sin ir más lejos, en las intervenciones relacionadas con el PJJHD los magistrados parecen tener dificultades para aceptar que un derecho pueda ser de incidencia colectiva en casos donde se puede individualizar a sus titulares y el objeto del derecho se materialice en la entrega de dinero en efectivo. Pareciera que el propio poder judicial tiene dudas respecto de la naturaleza del PJJHD y del derecho social en juego: en una misma sentencia se reconoce tanto el carácter del programa tendiente a garantizar “el derecho a nivel de vida adecuado” como su “carácter alimentario”, hasta concebirlo como una mera garantía de “derechos patrimoniales individuales”. Debe tenerse en cuenta que estamos en presencia del fuero de la Seguridad Social y que posiblemente los jueces hayan tendido a asimilar la prestación del PJJHD con las pensiones no contributivas y desde esa perspectiva encarar la resolución de las demandas judiciales (Arcidiácono, Fairstein y Kletzel: 2009).

Cabe agregar que, en general, son mínimos los incentivos económicos que encuentran los abogados particulares para el litigio en esas materias, recayendo mayoritariamente sobre las defensas públicas, los abogados *pro bono*, las clínicas jurídicas²², las

22 Los abogados que actúan en la defensa *pro bono* destinan parte de su tiempo a la atención de

organizaciones de la sociedad civil o las defensorías del pueblo. En tal sentido, el papel y la conformación de las defensas públicas y de las asesorías tutelares o defensorías de menores es un aspecto fundamental, dado la necesidad de un diseño institucional apto para brindar servicios jurídicos que garanticen el efectivo acceso a la justicia de las personas que buscan protección judicial (Arcidiácono, et.al: 2008). Si bien es cierto que esas dependencias no son las únicas que integran la red de servicios jurídicos provistos a tal fin, sus características (calificación de los recursos humanos, autonomía funcional, recursos disponibles, etc.) les permiten convertirse en actores estratégicos con capacidad para promover nuevas formas de intervención judicial y administrativa. Sin embargo, parece ser frecuente encontrar “indiferencia y desconocimiento de la normativa internacional y nacional; falta de recursos estatales para que los grupos más afectados accedan a promover demandas judiciales o administrativas; dispersión de esfuerzos; falta de coordinación entre las agencias gubernamentales encargadas de brindar soluciones; ausencia de pensamiento estratégico para optimizar los recursos y la función [...]”. En contraste, se observan acciones de algunos funcionarios que representan ejemplos de intervenciones creativas.

A esa descripción se suma otro elemento central. Los protagonistas afectados por esos procesos suelen ser los sectores más vulnerables de la población, con dificultades de acceso a las redes de defensa y que en muchos casos cuentan con niveles limitados de alfabetización jurídica. En tal sentido, el acceso a las redes de patrocinio legal supone

individuos o grupos que carecen de recursos económicos para solventar el patrocinio. Las clínicas jurídicas pertenecen a universidades u organizaciones sociales y realizan el mismo tipo de trabajo como servicio a la comunidad.

“[...] una “micropolítica” en la exigibilidad jurídica de los derechos sociales que forma parte del problema político concreto: se requiere de agentes que litiguen y éstos son una ‘mercancía escasa’” (Gamallo: 2009). En ocasiones el contexto adverso para realizar reclamos se sortea a partir de la articulación con organizaciones intermedias y partidos políticos, con el riesgo siempre presente de la cooptación e instrumentalización de las demandas y la desmovilización de la protesta con resultados no siempre aceptables, que pone en evidencia el dilema entre éxito - pérdida de autonomía para llevar adelante una estrategia jurídica. Probablemente, esas dificultades se agraven cuando se trata de individuos no organizados colectivamente o que no pertenecen a organizaciones con capacidad de movilización social. Por otra parte, aun el litigio exitoso supone, para esas poblaciones, costos de oportunidad inocultables, en términos de la demora en el usufructo de los bienes y servicios públicos solicitados, no comparables con situaciones donde los bienes y servicios públicos se suministren en forma corriente.

Por otro lado, las reglas de procedimiento judicial también ofrecen limitaciones. Si bien paulatinamente existen menores resistencias en torno a la justiciabilidad de esos derechos y numerosas sentencias reconocen obligaciones en la materia y desafían prejuicios arraigados, en líneas generales los mecanismos procesales han sido pensados para la resolución de conflictos que no suelen involucrar a más de dos partes contendientes, donde los derechos suelen ser renunciables o transables, en los que desde el punto de vista de las soluciones sus efectos están acotados a las partes sin proyectarlos más allá de ellas. Las decisiones que los jueces suelen adoptar en casos relacionados con los derechos sociales no constituyen remedios de cumplimiento inmediato, en general no se agotan en un solo acto, ni involucran a un solo obligado sino a una multiplicidad de actores y a veces ni siquiera resulta realista establecer un

determinado plazo de cumplimiento. Se evidencian falencias del poder judicial para abordar conflictos de carácter colectivo, que suelen ser procesados como conflictos de carácter privado entre partes en igualdad de condiciones. En la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, los casos de ocupación irregular de viviendas y desalojos masivos a familias en condición de vulnerabilidad muestran que la justicia entiende los problemas habitacionales como un mero conflicto entre particulares en iguales condiciones, y no se consideran como la vulneración de un derecho que obliga al Estado a emprender acciones concretas (Arcidiácono y otros: 2008).

La búsqueda de respuestas nos enfrenta a casos complejos que requieren abordajes y/o soluciones colectivas, donde están comprometidas cuestiones de definición, diseño e implementación de políticas públicas, demandando el involucramiento de múltiples actores, y una adecuada planificación y tiempo para su implementación. Resultaría ingenuo pensar que ello pueda lograrse a partir de una decisión judicial específica y cumplirse de manera expedita. La sentencia no culmina el proceso ni dicta la solución definitiva que se adoptará: en muchos casos, lejos de constituir la culminación del proceso, la sentencia inicial opera como un punto de inflexión que inaugura un nuevo proceso de interlocución (Fairstein, Kletzel y García Rey: 2009). La dinámica institucional que se genera a partir de la sentencia merece mayores esfuerzos de investigación empírica²³.

23 Se han concebido y ordenado un conjunto de mecanismos de diversa índole tanto para la decisión del caso como para su posterior ejecución que incluyen: la conformación de espacios de diálogo permanente entre los actores y representantes de las distintas esferas gubernamentales involucradas; la designación de peritos técnicos o auditores externos a las partes que hagan seguimiento de la

Asimismo es posible observar un conjunto de consecuencias indirectas o no deseadas. En algunos casos, el litigio en lugar de influir virtuosamente en la política puede implicar una actitud conservadora al desconocer, incluso discursivamente, el enfoque de derechos como una guía para la política pública²⁴.

Otra consecuencia no deseada del litigio tiene que ver con la inevitable segmentación social que genera el acceso a la justicia y, en algunos casos, la exacerbación de conflictos al interior de una población en igual condición de riesgo no cubierta por el “caso”. En algunas circunstancias, los conflictos políticos no resueltos llegaron a aumentar el malestar entre la población, por tratarse de sentencias favorables individuales o restringidas a un grupo delimitado de personas, que excluyeron a otro

implementación de las acciones tendientes a la satisfacción de los derechos; la intervención de los jueces en persona en el desarrollo de medidas probatorias; la celebración de audiencias informativas periódicas, y el permanente dictado de nuevas órdenes y la actualización y el seguimiento de los plazos de ejecución, entre otros (cfr. Fairstein, Kletzel y García Rey, 2009).

24 Arcidiácono, Fairstein y Kletzel (2009) plantean que los mecanismos de reclamo estuvieron ausentes en el diseño del Programa Familias, diseñado como uno de los sucesores del PJJHD. La “ficha de ingreso” tenía el requisito de la firma de una “carta de compromiso” por parte de los receptores que implicó la renuncia a reclamos. Campos, Faur y Pautassi (2007: 329) señalan que la firma de ese instrumento deja en claro que la persona que recibe el subsidio no puede considerarse como titular de un derecho, pues no se puede condicionar el acceso al beneficio a la renuncia previa a ejercer reclamos administrativos y/o judiciales, dado que el reclamo es un componente esencial de la estructura de derechos. Resulta difícil no vincular esas definiciones con las demandas presentadas con relación al PJJHD: mientras éste último había incorporado cierta terminología discursiva en clave de derechos, esos elementos no se encuentran en aquel.

grupo en idénticas condiciones que por diversas razones no tuvieron acceso a las redes de patrocinio legal. Un ejemplo paradigmático lo constituye el caso exitoso de “Villa La Dulce”²⁵ en materia de derecho a la vivienda. Al momento de la entrega de las viviendas se produjo un intento de intrusión por parte de otros grupos de personas, quienes teniendo ese derecho vulnerado, por diversas razones no habían sido incluidos en el proceso de movilización legal. Si bien el litigio logró su objetivo para las familias de “Villa La Dulce”, colocó en la superficie los problemas habitacionales que atraviesa la Ciudad de Buenos Aires, que desde ya excedía la posibilidad del litigio. Como contracara al éxito del caso se potenció una situación de segmentación social y territorial, que ejemplifica algunos de los límites que encuentra el proceso de justiciabilidad como vía para solucionar los problemas no resueltos por la política pública.

25 En el caso “Villa la Dulce” (Ciudad de Buenos Aires) se logró la homologación en sede judicial de un acuerdo extrajudicial que incorporó estándares internacionales en materia de derecho a una vivienda adecuada, en el cual el Gobierno de la Ciudad se comprometía a construir 86 viviendas para brindar una solución habitacional definitiva a las familias desalojadas de un predio privado, desocupado, donde construyeron casillas precarias. Asimismo, el gobierno se obligó a mantener vigente el alojamiento transitorio y la ayuda alimentaria a todas las familias y a asignar las partidas presupuestarias correspondientes hasta el cumplimiento del acuerdo. Las obras finalizaron en 2008, Diversos actores acompañaron el proceso durante casi siete años: la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, la Asesoría Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 de la Ciudad, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Pastoral Social del Arzobispado de Buenos Aires. Cfr. Kletzel y Royo (2008).

5. A modo de conclusiones

Un mayor activismo judicial respecto de los derechos sociales “convierte a los jueces en actores relevantes y de un peso institucional extraordinario que operan sobre la agenda pública como cualquier otro actor, pero que desde ya no es cualquier otro” (Gamallo, 2009). No supone esperar de esa intervención una suplantación del ámbito de definición de las políticas sociales, sino reforzar su papel como un actor relevante dentro del proceso de formación de la política pública, en interrelación con los otros poderes del Estado. De lo contrario, podrá continuarse con sentencias ejemplares, de alcance individual o colectivo, pero sin cambios sustanciales en la dinámica y orientación de la política pública. Del clientelismo tradicional al clientelismo judicial no hay más que un paso en esa dirección.

A la vez, advertimos poco sustancial la oposición entre la movilización política y la movilización legal; mediante dicha oposición parecen plantearse opciones entre la autonomía de la acción colectiva de los movimientos sociales y el paternalismo emergente de la vía judicial. A la luz de la experiencia parece razonable pensar a la movilización legal como parte del repertorio de la movilización política. Si Foucault invirtió a Von Clausewitz, con modestia podemos parafrasear que la movilización legal puede ser entendida como la continuación de la movilización política por otros medios. En ese entendimiento, los jueces son llamados a la arena pública ante el bloqueo de la agenda en democracias cooptadas e ineficaces frente a las demandas de los grupos en situación de vulnerabilidad.

Polémicas aparte, el problema político se advierte en la brecha existente entre la abstracción y generalidad de los derechos, esto es, las disposiciones constitucionales y

los tratados internacionales que ratifican los Estados y, en muchos casos, el contenido de las sentencias de los jueces, respecto del diseño y la implementación de la política pública en cuestión. Dicha brecha forma parte del margen de discrecionalidad de la política democrática y no puede ser comprendida sin recordar las limitaciones estructurales y condiciones de origen de los derechos sociales.

Si bien la ciudadanía social implicó, en tanto reconocimiento formal de la titularidad de derechos, una condición de posibilidad para el desarrollo del capitalismo y un freno a las desigualdades económicas a través de su potencial desmercantilizador, ha generado históricamente tensión con el proceso de compra y venta de fuerza de trabajo, eje de las relaciones sociales capitalistas. Eso se plasma en el dilema clásico “legitimidad versus acumulación” que sintetiza la relación ciudadanía-democracia-capitalismo, con momentos de mayor reconciliación, por ejemplo, durante el apogeo del Estado Keynesiano de Bienestar, o de mayor tensión durante el período de ajuste estructural de las últimas décadas. De ese modo se entiende por qué razón es el mismo Estado quien ratifica convenios de derechos y quien los viola en forma consecuente. Un Estado tensionado por relaciones contradictorias: la producción y distribución estatal de bienestar entra en conflicto con la capacidad para disponer de una parte de las rentas de los particulares para ese mismo fin. Si miramos las políticas sociales del lado de los ingresos fiscales, aparece con claridad esa cuestión. Es, en última instancia, el límite político al proceso de desmercantilización.

Eso resulta visible a la hora de pensar en los “costos” de los derechos. En tanto algunas erogaciones relacionadas con la protección de los DCP parecen poco cuestionables (seguridad pública, funcionamiento de la justicia) e incluso de algunos derechos sociales

(prestaciones básicas de salud, alimentación y educación), a la par se objetan los gastos sociales en ciertos “rubros” (por ejemplo, transferencias de ingresos a sectores más vulnerables de la sociedad). Es más, pareciera que son tolerables diversas justificaciones de incumplimiento por parte del Estado argumentando restricciones presupuestarias para sostener condiciones de ilegalidad que implican la vulneración de derechos (como los casos mencionados del PJJHD o relacionados con el acceso a la vivienda). Eso pone en evidencia aquellas concepciones predominantes que legitiman los esfuerzos colectivos que la sociedad está dispuesta a realizar para resolver ciertos asuntos en diferentes períodos.

Referencias bibliográficas:

V. ABRAMOVICH; A. BOVINO y C. COURTIS (2006): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, CELS - Del Puerto.

V. ABRAMOVICH y C. COURTIS (2006) *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social constitucional*. Buenos Aires, Del Puerto.

V. ABRAMOVICH (2009): “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales” en *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Del Puerto, Buenos Aires.

V. ABRAMOVICH y L. PAUTASSI (2009): “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”, en *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Del Puerto.

J. ADELANTADO, A. NOGUERA, X. RAMBLA y L. SAEZ (1998): “Las relaciones entre estructura y políticas sociales: una propuesta teórica” en *Revista Mexicana de Sociología* 3/98, México, Universidad Autónoma de México, Año LX Número 3.

P. ARCIDIACONO (2008): “Políticas sociales con perspectiva de derechos. La agenda pendiente en Argentina”, en *Revista Aportes Andinos*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, N° 21.

P. ARCIDIACONO, L. ROYO, D. MORALES; G. KLETZEL, P. LITVACHKY, D. ZAYAT, A. MUSERI, Anabella (2008): “El acceso a la justicia y el rol de la defensa pública en la promoción de derechos sociales. Una mirada sobre el derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires”, en *Informe Anual del CELS sobre Derechos Humanos 2007*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

P. ARCIDIACONO, C. FAIRSTEIN y G. KLETZEL, Gabriela (2009): “El “enfoque de Derechos” en políticas sociales y la experiencia de judicialización del Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados: ¿Por la buena senda?”, en *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Del Puerto.

C. ARTIGAS (2005): Una mirada a la protección social desde los derechos humanos y otros contextos internacionales, *Serie Políticas Sociales N° 110*, Santiago de Chile, CEPAL.

P. BOURDIEU (2007): *El sentido práctico*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

P. BOURDIEU (2000): “Los usos sociales de la ciencia. Por una sociología clínica del campo científico” en *Los usos sociales de la ciencia*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.

L. CAMPOS, E. FAUR y L. PAUTASSI (2007): “Programas sociales y acceso a la justicia. Del discurso de derechos a la práctica asistencial”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

R. CASTEL (2004): *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires, Manantial.

CELS (2008): *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

J. L. CORAGGIO (1999): *Política social y economía del trabajo. Alternativas a la política neoliberal para la ciudad*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General Sarmiento / Miño y Dávila Editores.

C. COURTIS (2002): “Los derechos sociales como derechos” en COURTIS y ABRAMOVICH, *Los derechos sociales como derechos exigibles. Derecho al trabajo, salud, vivienda, educación y seguridad social*, Madrid, Trotta.

P. DIETERSEN (2001): “Derechos, necesidades básicas y obligación institucional” en ZICCARDI, Alicia (comp), *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de la política social en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO.

R. DWORKIN (1984): *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.

G. ESPING ANDERSEN (2000): *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel.

G. ESPING ANDERSEN (1993): *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, Valencia, Edicions Alfons el Magnanim.

C. FAIRSTEIN, C. KLETZEL y P. GARCIA REY (2009): “En busca de un remedio

judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales”,
Buenos Aires, mimeo.

C. FAIRSTEIN y D. MORALES (2009): “En busca de soluciones judiciales para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca Matanza-Riachuelo, en *Informe Anual del CELS sobre Derechos Humanos 2009*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

L. FILIPPINI y J. ROSSI (2009). “El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, Buenos Aires, mimeo.

S. FLEURY (1997): *Estado sin ciudadanos. Seguridad social en América Latina*, Buenos Aires, Lugar Editorial.

R. GARGARELLA (2005): *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc.

G. GAMALLO (2009): “Acerca de los distintos problemas conceptuales de los derechos sociales”, en *Escenarios. Revista Institucional de la Facultad de Trabajo Social*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata / Espacio Editorial, N° 14.

D. HELD (1997): “Ciudadanía y autonomía” en *Ágora Cuadernos de Estudios Político*, Buenos Aires, N° 7.

A. HELLER (1996): “Una revisión de la teoría de las necesidades” en *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Barcelona, Paidós.

S. HOMES y C. SUNSTEIN (1999), *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Nueva York – Londres, WW Norton and Company, Inc.,

(traducción no publicada de Mónica Verónica Prandi, revisada y corregida por Roberto Gargarella, Buenos Aires, 2003).

G. KLETZEL y L. ROYO (2008): “Una experiencia de exigibilidad jurídica y política del derecho a la vivienda: el caso de los vecinos de villa la dulce”, *Documentos CELS*, Buenos Aires, CELS

[http://www.cels.org.ar/common/documentos/sistematizacion_ladulce.pdf], consultado el 2 de marzo de 2010.

W. KYMLICKA y W. NORMAN (1997): “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía” en *Ágora Cuadernos de Estudios Políticos*, Buenos Aires, N° 7.

D. LOPEZ MEDINA (2009): “El nuevo panorama de la salud en Colombia”, mimeo.

T. H. MARSHALL (2005): *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires, Losada.

E. MARÍ (2004): *La teoría de las ficciones*. Buenos Aires, Eudeba.

G. O'DONNELL (2008): “Epílogo” en SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line y ANGELL, Alan (editores), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

PNUD (2004): *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD.

K. POLANYI (1992): *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, México, Fondo de Cultura Económica.

R. SIEDER, L. SCHJOLDEN y A. ANGELL (editores) (2008): “Introducción” en *La*

judicialización de la política en América Latina, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

M. TUSHNET (1984): “An Essay on Rights”, in *Texas Law Review*, Texas, N° 62(8).