

**XIV JORNADAS DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2018
Corrientes - Argentina

XIV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2018 Corrientes -Argentina / Estefanía Daniela Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.
548 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-344-3

1. Análisis Jurídico. I. Acosta, Estefanía Daniela II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.
CDD 340



ISBN N° 978-987-619-344-3

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliabros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Octubre de 2019

EL AUTOLÍMITE DEMOCRÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA LIBERAL ANTE LOS DERECHOS SOCIALES

Villegas, Mario Roberto
mvillegas@dch.unne.edu.ar

Resumen

Los decisorios de la visión pluralista parten del supuesto de que una obligación central es respetar debidamente la voluntad del pueblo cuya sede principal y exclusiva es la Constitución. De esta forma, la no práctica de los derechos sociales, o su inexigibilidad, provienen de la idea de que el pueblo no decidió incorporarlos en la Carta Magna o no decidió priorizarlos frente a los derechos civiles y políticos que conforman la columna vertebral del constitucionalismo liberal. Los jueces deben proteger esta idea, en primer lugar, porque el poder del pueblo es superior a la voluntad de los poderes constituidos, y en segundo término para reducir la influencia de las facciones que intentan extender sus poderes tanto como pueden, prevenir opresiones y evitar la violación de los derechos, ya que la ciudadanía no se mueve por actos racionales de acuerdo con los intereses de la totalidad sino por pasiones egoístas. La visión de la democracia que tiene el pluralismo se asocia con un bajo nivel de participación ciudadana en temas públicos, cuya apatía favorece la estabilidad política e institucional, y la defensa de un procedimiento tecnocrático de toma de decisiones, expertos independientes, institucionalmente ubicados lejos de las pasiones del pueblo.

Palabras claves: DESC, Corte Suprema, Liberalismo.

Introducción

Los procedimientos interpretativos pluralistas están relacionados con apego estricto a la normatividad (originalistas) y contrario a cualquier activismo estatal que pueda desvirtuar el desarrollo libre de las iniciativas privadas y del mercado, por lo que generalmente los derechos sociales son vistos como poco viables. Para ello, parten del supuesto de una decisión política que no incluye en la Constitución Nacional (en adelante, CN) a derechos cuyo financiamiento público podría poner en riesgo las libertades civiles y políticas al afectar las autonomías y la propiedad de los individuos, además de generar tensión entre la autoridad institucional de los jueces y la autoridad del Congreso o del Presidente (Rosenkrantz, 2003:246-247). Siguiendo la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (en adelante, SCOTUS), donde se establece a las claras este modelo interpretativo, los jueces se alejan del análisis sobre la realidad de los pobres, no solo por su dispar identidad social sino también por la ausencia de herramientas institucionales para garantizar la ejecución de sus decisiones y porque los costos de litigar hacen inaccesible la justicia para los grupos desposeídos (Cross, 2001:923).

Teniendo una mirada hacia la situación nacional, la doctrina local entiende que la práctica judicial ha alejado a los derechos sociales de la realidad al punto de encontrarnos frente a un fracaso jurídico (Cayuso, 2009:78), a una imposibilidad de su plena realización (Sagüés, 2017:I,103), puesto que amparados en la vieja promesa de algún incierto cumplimiento en determinadas condiciones que nunca se materializan (Badeni, 1997:488) esconde que los derechos necesitan garantías que los vuelvan operativos (Cayuso, 2009:90), sobre todo de origen presupuestario y financiero. Ahora bien, esta situación no es exclusiva de los derechos sociales, también ocurre con los derechos civiles y políticos, y, en cualquier caso, la falta de ejecución o ausencia de financiamiento no significa derogación tácita o por la costumbre (desuetudo) sino un mandato incumplido que exige más acciones para su defensa (Etchichury, 2013:222). En particular, para los partidarios de la postura pluralista, la vigencia de derechos sociales o el otorgamiento de beneficios universales empeora la crítica situación de los sectores desposeídos porque los deja atrapados en la asistencia pública y el clientelismo, por lo que el otorgamiento de derechos sociales queda subordinado a la importancia económica de la acción pública.

Materiales y método

Para realizar nuestra tarea investigativa, nos apoyamos en la metodología del análisis crítico del discurso. Las fuentes jurisprudenciales utilizadas son los fallos relevantes en materia de derechos sociales publicados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en el año 2016.

El método del análisis crítico permite la búsqueda del significado de un texto legal, no hacia la expresión de voluntad de su autor (legislador, constituyente), sino como un instrumento que se orienta hacia un intérprete, un público o un destinatario, y en particular, cómo ese texto interpretado se expresa en fallos judiciales donde el lenguaje llega al extremo performativo ya que establece efectos patrimoniales o resarce el daño socioeconómico, en definitiva, define lo verdadero (real) y lo falso (ilusorio) en lo normado, lo permanente y lo transitorio de las relaciones jurídicas, la moral pública y la inmoralidad pública, lo justo y lo injusto, e, inclusive, crea o cuestiona intereses individuales, sectoriales o sociales concretos. Y lo hacen desde un discurso que intenta impedir que se cuestione la objetividad de su análisis del mundo externo de la realidad jurídica y su condición de árbitro cultural.

Con esta estrategia metodológica podemos establecer que las palabras de las normas y de la jurisprudencia asignan significado a las cosas, revela el funcionamiento de la realidad jurídica, y a la par refuerza el rol interpretativo de los jueces en la producción de sentido jurídico, en cuyas unidades de significación aparecen factores sistémicos de la propia ciencia y extra sistémicos del campo ideológico y de los principios morales que entran en juego en el discurso jurídico que impiden la neutralidad valorativa, sobre todo en los textos de las sentencias donde resulta claro que el poder-decir de los jueces y el saber-poder que deviene parte del lenguaje judicial, producen los roles y los valores con los que construirán el consenso de sus posturas y de los sectores sociales que representan. Sobre esta base teórica, se analiza el esquema de funcionamiento del campo semiótico del discurso jurídico que surge de los fallos de la CSJN sobre diversos hechos vinculados a los derechos sociales, que tiene la particularidad de mostrar en un mismo texto las interpretaciones divergentes de los miembros del Tribunal sobre el objeto de estudio, y las consecuentes diferencias que se hacen cuando se confrontan el fenómeno jurídico con la idea democrática.

Discusión y resultados

Como se dijo, para la postura pluralista, la vigencia de derechos sociales o el otorgamiento de beneficios universales sin analizar situaciones o merecimientos, empeora la crítica situación de los sectores desposeídos porque los deja atrapados en la asistencia pública y el clientelismo. De allí que esta visión, por razones pragmáticas, tenga una objeción epistemológica asociada a la falta de justificación racional para el otorgamiento de derechos sociales por la importancia económica de la acción pública para su puesta en vigor (Holmes y Sunstein, 2011:18).

En este punto, planteado el problema de los recursos públicos -o bien de su escasez- para atender a derechos sociales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), de rango constitucional conforme el artículo 75 inciso 22, sostiene que el Estado destinará el máximo de los recursos disponible para hacer efectivo los derechos sociales (artículo 2 PIDESC). Para esta visión pluralista, la disposición habilita una justificación jurídica a cierta discrecionalidad de los Estados para no respetar estos derechos conforme su disponibilidad presupuestaria, pues en no pocas ocasiones la opción se orienta a emitir moneda, generar inflación y desestabilizar la economía (Quiroga Lavié et. al., 2009:I-94). Incluso, por necesidad de focalización en el caso de que la CN y las normas establezcan su vigencia, se puede atender parcialmente algunas situaciones, máxime cuando se encuentran prevista en la ley de presupuesto, cuya ejecución no puede alterar los destinos previstos y su incumplimiento daría lugar a un planteo de inconstitucionalidad por omisión.

De esta manera, los recursos presupuestarios asignados a derechos sociales en determinado año, aún cuando su asignación de fondos sea mínima resulta suficiente, habilitando un control de las decisiones sobre gasto público y reducir los costos operativos con medidas focalizadoras para compensar las consecuencias indeseadas de un modelo económico basado en la libertad de mercado. Para los jueces de la visión pluralista,

las respuestas jurídicas deben resolver técnicamente la forma en la que el Estado administra las situaciones de pobreza, a fin de operar sobre ella y mantenerla dentro de niveles tolerables, sin que ello signifique afectar un derecho humano constitucionalizado. El tema que puede presentarse, en este caso, es una cuestión de razonabilidad jurídica (artículo 28 CN) que el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales del PIDESC impiden quitar cobertura a grupos desposeídos que ya tenían asistencia pública con la excusa de mejorar la eficacia del gasto o la situación desventajosa de otros grupos desposeídos.

Con atinada crítica, esta corriente pluralista pone en evidencia que las normas constitucionales son generosas en promesas y deberes estatales, pero sin la debida eficiencia y la eficacia en el análisis de su ejecutividad y sin mediciones de operatividad frente a otros deberes de cumplimiento. De esta forma se corre el riesgo de caer en el burdo ideologismo, que presume la tensión entre la legitimidad de los gastos públicos (sociales contra sociales, o contra subsidios a servicios públicos, mejoras en el sistema penal, o pago de deudas públicas), máxime en momentos de crisis fiscal o de emergencias reales que aparecen ante los Gobiernos. Como crítica, se puede decir que no solo los derechos sociales cuestan dinero sino también otros derechos. Así, piénsese que para garantizar el derecho civil a la propiedad el Estado lo garantiza dejando la mayor libertad de las personas para obtener lícitamente bienes, situaciones bajo las cuales no coloca un centavo; ahora bien, fuera de ese contexto invierte mucho dinero en un registro (edificio, empleados, insumos, etc.), tiene policías para actuar ante algún intento de daño, bomberos en casos de siniestros y un servicio de Justicia para dirimir conflictos. A la inversa, hay derechos sociales que no requieren inversión pública, como el derecho a la huelga, donde el Estado no pone un centavo en su realización y solamente se limita a que las organizaciones sindicales y los trabajadores tomen medidas de fuerza de esta naturaleza.

Desde la perspectiva pluralista, insisten en lo inconveniente -incluso de lo ilegítimo- de la actuación judicial en cuestiones de derechos sociales. En el caso de los derechos civiles y políticos no se duda de la existencia de garantías y de la actuación judicial, incluso con antecedentes jurisprudenciales que han creado estas garantías independientemente de las leyes que reglamentan su ejercicio (los famosos casos Siri y Kot, antecedentes pretorianos del Amparo que, junto al Hábeas corpus y al Hábeas data, recién tiene estatus constitucional en el año 1994, artículo 43 CN). Y si bien la actuación de los magistrados (justificada por el artículo 116 CN para la justicia federal) no hace distinciones entre derechos, no existen medios idóneos para la tutela judicial. Además, no necesariamente la garantía de los derechos se debe canalizar por medio de la Justicia, ya que otros poderes públicos pueden realizar actuaciones para hacerlos efectivos. Asimismo, la fuerte independencia judicial, basada en la posibilidad de actuar sin interferencia de los otros poderes, pudiendo proteger derechos y efectuar el control judicial de constitucionalidad de las decisiones del Ejecutivo y del Legislativo, aparece ligada a la débil legitimidad democrática, por la falta de un proceso electoral directo de los magistrados.

Lo claro es que los pluralistas (originalistas) aceptan la distinción entre texto y significado, lo cual permite que este último cambie a lo largo del tiempo, en cuyo caso los jueces deben interpretar conforme su responsabilidad surgida de la CN, del Estado de derecho y del respeto a la soberanía popular. Ahora bien, para los pluralistas, ese deber de interpretar el texto constitucional con su significado original es una decisión de estricta lógica y uso cotidiano del lenguaje, del contenido comunicativo de un texto (Ramírez Calvo, 2012:247), usando el sentido que existía al momento de redactar una norma destinada a perdurar. La única decisión política o moral la toma el constituyente al darle autoridad o fuerza normativa a la CN y ese acto decisorio continúa en vigencia hasta su cambio. Ahora bien, no siempre el sentido originalista queda libre del debate entre los jueces pero esta opción teórica es mucho más ajustada a la autoridad normativa que las posturas que reemplazan lo normado por interpretaciones subjetivas. La CN es una norma jurídica superior, no un documento político.

Respecto de la objeción democrática, los pluralistas (originalistas) consideran que la CN, como cualquier Carta Magna americana, no establece un sistema de separación rígida entre los poderes, puesto que nuestra tradición es americanista no europea continental (específicamente, francesa, que tenían ideas de departamentalización o compartimentos estancos de cada poder). Entonces, al seguir esta organización, la legitimidad de los jueces proviene de la autoridad de la Constitución, a punto tal que en esta postura se sostiene con firmeza desde el conocido fallo "Cooper v. Aaron", de 1958 de la SCOTUS, donde se afirmó

que sus interpretaciones constitucionales eran obligatorias para los otros poderes, más allá de los casos concretos en los que habían sido formuladas.

Conclusión

En términos de interpretación constitucional, los jueces pluralista tienden a compartir la teoría originalista por la cual los procedimientos interpretativos están relacionados con un marcado individualismo y son contrarios al activismo estatal, con un amplio espacio para iniciativas económicas privadas, por lo que los tribunales han defendido esta visión de la democracia con el fin de anular las leyes dirigidas a reestructurar la economía o a reparar algunas de las consecuencias negativas del mercado (en temas de pobreza y desigualdad), y para justificar su abstinencia respecto de los derechos sociales.

La cuestión es de importancia, máxime cuando no se pone en debate las informaciones socioeconómicas disponibles y las evaluaciones de políticas públicas existentes respecto de los niveles de desigualdad y pobreza en nuestra sociedad, además de la dependencia clientelar como mediación política. Esta situación marca la orientación ideológica y valorativa de los magistrados, lo cual hace que su autoexclusión en las decisiones sobre la vigencia de los derechos sociales prive de tenerlos y ejercerlos de manera libre e igual a hombres y mujeres provenientes de los sectores más desposeídos de la población, cuestión sobre la cual difícilmente podría discutirse su realización o su justiciabilidad.

Referencias bibliográficas

- Badeni, Gregorio (1997). *Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Cayuso, Susana (2009). *Constitución de la Nación Argentina comentada. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*. Buenos Aires: La Ley
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2016). *Fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2003-2016*. Buenos Aires: CSJN.
- Cross, Frank (2001). "The error of positive rights". En *Los Angeles Law Review*. vol. 48. Los Angeles: University of California.
- Etchichury, Horacio (2013). *La igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*. Córdoba: UNC.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel y Cenicacelaya, María (2009). *Derecho constitucional argentino*. 2ª edición. t. I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Ramírez Calvo, Ricardo (2012). "Positivism, totalitarismo y constitucionalismo". En Riberi, Pablo y Lachmayer, Konrad (eds.). *¿Fundamentos filosóficos o políticos del derecho constitucional? Perspectivas en conflictos*. Madrid: Nomos.
- Rosenkrantz, Carlos (2003). "La pobreza, la ley y la Constitución". En Bullard, Alfredo et al. *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. SELA 2002. Buenos Aires: Del Puerto.
- Sagües, Néstor Pedro (2017). *Derecho constitucional*. t. I. *Teoría de la constitución*. Buenos Aires: Astrea.

Filiación institucional: Director Proyecto SGCyT-UNNE N° 16G004 "Y asegurar los beneficios de la libertad: la exigibilidad de los derechos sociales y crítica a las políticas públicas sobre desigualdades y pobreza en Argentina". Universidad Nacional del Nordeste, período 2017-2020. Acreditado por Resolución N° 970/2016 Consejo Superior.