



© 2006 Editores del Puerto s.r.l.

Corrientes 1515 - 10º - A
C1024AAN - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax (54-11) 4372-8969 / 4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Impreso en marzo de 2006 en
Corporación Gráfica
Ávalos 2106. Vicente López.
Pcia. de Buenos Aires

ISBN 10: 987-9120-83-3
ISBN 13: 978-987-9120-83-5

Hecho el depósito de ley 11.723

Tirada: 1000 ejemplares
Libro de edición argentina

Courtis, Christian
El umbral de la ciudadanía : el significado de
los derechos sociales en el Estado social consti-
tucional / Christian Courtis y Víctor Abramovich -
1a ed. - Buenos Aires : Del Puerto, 2006.
224 p. ; 24x14 cm.

ISBN 987-9120-83-3

1. Ciudadanía. 2. Derechos Sociales. I.
Abramovich, Víctor II. Título
CDD 323.6

Fecha de catalogación: 29/03/2006

El umbral de la ciudadanía

El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional

Víctor Abramovich y Christian Courtis

| | |
|--|-----|
| IV. 3. Derecho a la salud | 108 |
| IV. 4. Derechos habitacionales | 121 |
| IV. 5. Derechos educativos | 126 |
| IV. 6. Derecho a la alimentación | 130 |
| IV. 7. Derecho al agua | 131 |
| IV. 8. Derechos de los pueblos indígenas | 133 |

Capítulo V. Justiciabilidad de los derechos sociales

| | |
|--|-----|
| y nuevas formas de participación en la esfera política | 137 |
| V. 1. Acceso a la justicia y participación política | 137 |
| V. 2. Los tribunales ante las políticas públicas | 141 |
| V. 3. Una mirada procedimental | 162 |

Capítulo VI. Acceso a la información y derechos sociales ..

| | |
|---|-----|
| VI. 1. La información como bien jurídico | 171 |
| VI. 1. 1. La justificación individual del derecho de acceso a la información | 173 |
| VI. 1. 2. La justificación colectiva del derecho de acceso a la información | 174 |
| VI. 2. Mecanismos de acceso a la información pública .. | 177 |
| VI. 3. Derecho a la entrega de información vs. derecho a la producción de información | 185 |
| VI. 4. Información y derechos sociales | 187 |
| VI. 4. 1. La información como presupuesto de la exigibilidad de derechos sociales | 187 |
| VI. 4. 2. La obligación de producción de información en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales | 192 |
| VI. 4. 3. El derecho a la información como vía de justiciabilidad de derechos sociales | 194 |

| | |
|----------------------------|-----|
| Bibliografía. | 199 |
|----------------------------|-----|

| | |
|------------------------------------|-----|
| Acerca de los autores | 209 |
|------------------------------------|-----|

Introducción

El presente volumen tiene el objeto de presentar, en un lenguaje llano y conciso, las principales tesis contenidas en dos libros escritos anteriormente y publicados en el exterior¹ que, dada la brutal crisis desatada en la Argentina en diciembre de 2001 y la posterior devaluación, han resultado poco accesibles o excesivamente caros en nuestro país.

El trasfondo del libro es la discusión de la tesis convencional acerca de los derechos sociales –es decir, que se trata de derechos incompletos, de declaraciones políticas o de directrices que orientan la labor de los poderes políticos, pero no de derechos en sentido estricto. Lo que sostenemos aquí es que no existe ningún impedimento teórico para entender a los derechos sociales como derechos en el sentido pleno del término, y que cuando un país como la Argentina incluye derechos sociales en su Constitución y ratifica instrumentos internacionales de derechos humanos que incluyen derechos sociales, este hecho normativo genera obligaciones jurídicas concretas para el Estado –y, eventualmente, para particulares–, y ofrece a los titulares de esos derechos mecanismos para su reivindicación, del mismo modo en que lo hacen los denominados derechos civiles y políticos, derechos de libertad o derechos-autonomía.

¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, 2ª ed., 2004; Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.

En el primer capítulo discutimos qué entendemos por “derechos”, y ofrecemos una reconstrucción conceptual de la noción de Derecho Social en general, y de derechos sociales en particular, en relación con las funciones asumidas por el Estado, en especial a partir de la segunda mitad del siglo XX. Se presentan aquí, en forma breve, algunas de las discusiones teóricas que han tenido impacto sobre la cuestión, tanto desde el punto de vista jurídico como político.

El segundo capítulo aborda la cuestión de las obligaciones generales que emanan de la consagración normativa de derechos sociales, particularmente a partir del esquema de análisis desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que cuenta con jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 75, inc. 22, de la Constitución argentina.

En el tercer capítulo nos aproximamos a la cuestión de las garantías y la exigibilidad de los derechos sociales. No nos limitamos a la cuestión –tal vez la más debatida– de la exigibilidad judicial (o justiciabilidad) de los derechos sociales, sino que trazamos un panorama conceptual más amplio, que incluye garantías de carácter institucional y extra-institucional –dentro del cual se inserta la cuestión de las garantías judiciales o jurisdiccionales.

El cuarto capítulo presenta un panorama de la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina. En esa sección, se pretende demostrar que – pese a la prevalencia teórica de la posición que niega el carácter de derechos de los derechos sociales, o al menos su carácter de derechos plenos o completos– los tribunales de justicia argentinos ofrecen una rica experiencia en la materia, que desmiente en gran medida la aproximación apriorística y “por sí o por no” acerca de la cuestión. El capítulo constituye la traducción de un trabajo escrito originalmente en inglés, y presentado en un seminario

sobre Derechos Sociales en los Sistemas Constitucionales Domésticos, organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Maastricht, Países Bajos, entre el 17 y 19 de noviembre de 2005.

El quinto capítulo discute otra de las cuestiones que aparecen con frecuencia en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, que es la presunta contradicción o incompatibilidad de las estrategias de exigibilidad política de los derechos sociales, con las estrategias de exigibilidad judicial. El capítulo presenta un panorama de casos en los que se han articulado ambos tipos de estrategias, y ofrece una reconstrucción conceptual tentativa de las posibles relaciones mutuas entre estrategias políticas y estrategias jurisdiccionales. Parte de ese trabajo ha sido publicado en *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2005, año 2, N° 2, San Pablo, Brasil.

En el último capítulo abordamos un tema que se ha abierto paso en la última década en el campo disciplinario del derecho, que es el del acceso a la información, en relación específica con los desafíos relativos a la exigibilidad de los derechos sociales. Discutimos allí las vinculaciones conceptuales entre derechos sociales y acceso a la información, y sugerimos algunas vías de empleo del derecho de acceder a información pública como modo de exigibilidad indirecta de derechos sociales. Este capítulo tiene como base el publicado en el ya mencionado volumen *Derechos sociales: instrucciones de uso*, editado en México.

Queremos agradecer especialmente a Gabriela KLETZEL su colaboración en la edición del presente libro, y a Luis CAMPOS, Walter CARNOTA, Guillermo GIANIBELLI y Horacio GONZÁLEZ por sus comentarios y sugerencias.

Este libro está dedicado a la memoria de tres personas que admiramos, y que han inspirado en gran medida nuestro trabajo: Enrique E. MARÍ (1928-2001), filósofo y jurista; Emilio F. MIGNONE (1922-1998), uno de los primeros activistas en impulsar el trabajo del movimiento de derechos humanos lati-

noamericano en la temática de los derechos sociales; y el embajador chileno Hernán SANTA CRUZ (1906-1999), responsable de la inclusión de los derechos sociales en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Víctor Abramovich y Christian Courtis
Buenos Aires-Ciudad de México, enero de 2006.

Capítulo I

Los derechos sociales como derechos

I. 1. ¿Qué significa tener un derecho?

Antes de adentrarnos en la discusión específica sobre el sentido y alcance de los derechos sociales, es útil preguntarse qué significa tener un derecho –parte de la discusión relativa a los derechos sociales se centra, justamente en el empleo de la noción de “derechos” y en sus implicaciones–.

En el uso cotidiano, un “derecho” es una pretensión o reivindicación justificada. Expresiones tales como “¡no hay derecho!” o “no tiene derecho” resaltan precisamente el calificativo: las empleamos cuando alguien pretende algo injustificadamente.

El uso jurídico del término “derecho” no se aleja demasiado de su empleo cotidiano. Así, como primera aproximación, podría decirse que uno tiene un derecho –en sentido legal– cuando el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto una potestad –la de hacer o no hacer algo, y la de reclamar correlativamente de otros sujetos que hagan o no hagan algo. Se trata entonces de una pretensión justificada jurídicamente –en el sentido de que la pretensión está fundada sobre un reconocimiento establecido en la ley–. Algunos autores resumen esto afirmando que tener un derecho significa que una norma jurídica asigna a un sujeto una expectativa negativa (de omisión) o una expectativa positiva (de acción), y crea sobre otros sujetos los correspondientes deberes u obligaciones¹. Digo, así,

¹ Ver, por ejemplo, Luigi FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, ps. 37-72; Juan An-

que tengo derecho a expresarme libremente cuando una norma me concede esa libertad, y correlativamente prohíbe a otros sujetos el interferir en mi libertad. Por otro lado, decir que tengo derecho a un tratamiento médico, o a recibir alimentos, significa –en términos jurídicos– que una norma me convierte en titular de esa expectativa, y que crea en otros sujetos la correlativa obligación de proporcionarme el tratamiento o concederme los alimentos.

Ahora bien, existe otro elemento típico de la noción legal del término “derecho”, referente a los casos en los que los sujetos obligados –sea a hacer algo, sea a no hacerlo– incumplen con su deber. Nadie afirmaría que tiene un derecho si del incumplimiento por parte de quien está obligado no se sigue consecuencia alguna: esto equivaldría casi a conceder que el cumplimiento de la obligación queda librado a la buena voluntad del obligado. En estos supuestos, uno de los rasgos que caracteriza a un derecho es la posibilidad de dirigir un reclamo –que puede llamarse demanda, denuncia o queja– ante una autoridad independiente del obligado –habitualmente, un juez– para que haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por el incumplimiento. Este rasgo se denomina *justiciabilidad* o *exigibilidad judicial*², y supone una técnica de garantía –aunque, como veremos más adelante, no la única– del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate. El reconocimiento de derechos impone entonces la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan al titular del derecho reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante

tonio CRUZ PARCERO, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999.

² Ver Riccardo GUASTINI, “Derechos”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, ps. 185-186.

la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado.

Existe otro rasgo característico del orden jurídico que merece ser comentado: su carácter escalonado, es decir, la existencia de normas de diferente jerarquía –unas superiores, otras inferiores–. La norma de mayor jerarquía de un orden legal es la Constitución: a ella se subordina la creación de las normas de jerarquía inferior –leyes, decretos, resoluciones administrativas–. Pero a la vez, cuanto mayor es la jerarquía de las normas, mayor es su grado de generalidad. Las normas constitucionales suelen ser breves y se caracterizan por un lenguaje general y poco detallado. Esto implica la necesidad de especificar o aclarar en gran medida el contenido de las normas superiores –o sea, las más generales– a través del dictado de normas inferiores que concretan su sentido.

Las constituciones contienen generalmente dos partes. Una parte –denominada parte dogmática– es el catálogo de derechos y garantías, y de principios políticos de organización del Estado. Otra parte –denominada parte orgánica– se dedica al diseño de los órganos del Estado, especificado su conformación, sus atribuciones y los procedimientos a través de los cuales deben actuar. Pues bien, interesa aquí detenernos en la primera parte, el catálogo de derechos y garantías de una Constitución. Como hemos dicho, la existencia de normas constitucionales que consagran derechos tiene un doble efecto; por un lado, la legislación inferior y la actuación de los poderes del Estado –y aun los particulares– deben respetar esos derechos, por ser aquellas normas de carácter superior a las demás. Por otro lado, dado el carácter relativamente general del lenguaje de estas normas, para completar su contenido y permitir el ejercicio pleno de los derechos que ellas reconocen, se requiere de especificación o reglamentación legal a través de normas inferiores –como las leyes y reglamentos. Del mismo modo, la creación de acciones judiciales que garanticen la integridad de los derechos en caso de incumplimiento por par-

te de las personas obligadas supone habitualmente el desarrollo de legislación de menor jerarquía que la Constitución, pero necesaria para darle efectividad a esas garantías.

Lo dicho no significa, claro, que de los derechos establecidos por una Constitución no pueda derivarse por sí solo ningún contenido concreto: ese contenido –denominado a veces *contenido esencial o contenido mínimo esencial*– representa el núcleo de significado del derecho, que no puede ser contradicho ni ignorado por la legislación inferior que lo desarrolle.

La situación que describimos refleja la complejidad del orden legal: los derechos constitucionales son un límite y al mismo tiempo un programa para la actuación de los órganos del Estado –y de otros particulares–, estableciendo qué deben y qué no deben hacer éstos; sin embargo requieren, para su plena eficacia, de desarrollo y especificación por parte de los órganos del Estado. Por ello se dice que el reconocimiento de derechos constitucionales impone obligaciones de desarrollo legislativo e implementación a los poderes públicos –de otro modo, quedarían limitados a ser simples declaraciones de buena voluntad–. Sin el cumplimiento de esas obligaciones –por ejemplo, sin normas que desarrollen esos derechos, o que creen las necesarias acciones judiciales que les sirvan de garantía– los derechos constitucionales son derechos incompletos.

Sucede que, *de hecho*, los poderes públicos suelen incumplir con sus obligaciones. En ocasiones, al no especificar el contenido de un derecho para facilitar su ejercicio. En otras ocasiones, cuando no respetan, al legislar, los límites impuestos por el contenido esencial de los derechos constitucionales. En otras ocasiones, aun, al contravenir con su actuación lo estipulado en las normas constitucionales que consagran derechos, o en las normas inferiores que los desarrollan. Se trata de una tendencia casi inevitable del ejercicio del poder humano, siempre reacio a aceptar limitaciones. Por ende, los ordenamientos legales cargan habitualmente con “defectos” o “impurezas” de dos tipos: antinomias –es decir, contradicciones

entre, por un lado, normas superiores y, por otro, normas inferiores o actuaciones que deberían acatar esas normas superiores– y lagunas –es decir, falta de desarrollo de normas que permitan hacer efectivo un derecho–³. Contra esos incumplimientos también corresponde –como en cualquier otro caso de incumplimiento– el desarrollo de garantías. Veremos más adelante qué tipo de garantías podría contrarrestar esta tendencia. Por ahora –después de esta sumaria explicación– pasaremos a vincular las nociones que hemos presentado con el tema que nos ocupa, que es el de los derechos sociales.

Una última aclaración está destinada a evitar confusiones o ambigüedades en el uso del lenguaje. Al término “derecho” le caben, al menos, dos alcances. El primero, ya explicado, se refiere al reconocimiento legal de ciertas expectativas a un sujeto, respaldadas por garantías. En este sentido, se habla de “derechos constitucionales”, “derechos sociales”, o “derechos civiles”, o de “derecho al debido proceso”, o de “derecho a la educación”, etcétera. En el segundo sentido, “derecho” equivale a ordenamiento legal, “Ley”, conjunto de normas y prácticas jurídicas. Así, se habla de la “Facultad de Derecho”, o de “derecho positivo”, o de “derecho romano”, o de “derecho laboral”. Para que la distinción entre los dos usos sea clara, emplearemos minúscula al referirnos al primer caso (“derechos”), y mayúscula al referirnos al segundo (“Derecho”).

1. 2. ¿Qué son los derechos sociales?

Explicar el alcance y sentido de la noción de “derechos sociales” requiere alguna retrospectiva histórica. Se trata de una idea casi desconocida hasta el último tercio del siglo XIX.

³ Ver Luigi FERRAJOLI, “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, ps. 15-35.

¿Cómo surge esta idea? ¿Por qué se califica de "sociales" a estos derechos? Para entender esto, es necesario colocarnos en el contexto social, económico y jurídico de gran parte del siglo XIX en Europa occidental –cuna de esta noción–. El siglo XIX es el siglo del definitivo establecimiento del capitalismo como modo de producción en Europa occidental, y de expansión del capitalismo en el mundo. Desde el punto de vista jurídico, esta expansión fue decididamente favorecida por el establecimiento de códigos civiles y comerciales, que tradujeron en términos legales los requisitos de certeza y previsibilidad de las reglas relativas a la propiedad, a los contratos y a la responsabilidad por daños. Del mismo modo, la primera ola del constitucionalismo, que se inicia a fines del siglo XVIII con la Constitución estadounidense y con las constituciones revolucionarias francesas, traduce en términos de derechos constitucionales el ideario político del liberalismo.

Este ideario concibe a todos los seres humanos como libres e iguales, con igual capacidad para participar en el mercado y producir, hacer circular y transar bienes. La mirada del liberalismo emplea como metáfora privilegiada para describir las relaciones entre seres humanos la idea de contrato: supone que gran parte de las interacciones humanas responden a un intercambio voluntario de mercancías o servicios entre personas. En sentido similar, la concepción liberal –en consonancia con su requerimiento de previsibilidad y certeza– pretende minimizar la exposición de las personas a la posibilidad de que otras les reclamen por daños sufridos. Por ello, en el ideario liberal, la responsabilidad por daños y perjuicios se limita a los casos en los que una persona causa a otra daño voluntariamente o negligentemente. Por lo demás, el ideario liberal supone que el mercado es el mecanismo más eficiente de asignación de factores económicos y generación de riqueza, y que por ende la intervención estatal sobre el mercado debe ser mínima –limitada a asegurar seguridad interior, defensa exterior,

justicia civil y penal, dictado de leyes generales y provisión de algunos bienes comunes mínimos–⁴.

Este ideario se traslada también a América Latina, inspirando gran parte de los movimientos revolucionarios independentistas. Parte de la historia de instauración y organización de los Estados nacionales latinoamericanos, cuya consolidación data de la segunda mitad del siglo XIX, consiste en la réplica local de aquellas dos fuentes legales: de constituciones de carácter liberal, y de códigos civiles de inspiración francesa. La Constitución argentina de 1853-1860⁵ y el Código Civil preparado por Dalmacio Vélez Sarsfield y aprobado en 1869 son ejemplos paradigmáticos de este proceso.

⁴ Señala en tal sentido Guillermo O'Donnell: "La temprana construcción de los derechos subjetivos, sobre todo en la ley de contratos de intercambio de bienes y servicios, es el legado del capitalismo y de la formación del estado, no del liberalismo o la democracia, que surgieron cuando esa construcción ya estaba muy difundida en los países originarios y se expresaba en doctrinas jurídicas sumamente elaboradas. Lo mismo cabe decir, desde luego, de la construcción de la propiedad como un derecho individual, exclusivo y comerciable. Si observamos esta historia desde un ángulo convergente, debemos recordar que los estados y el capitalismo generaron mercados territorialmente delimitados, con los que también así contribuyeron a generar una densa trama de derechos subjetivos, incluidas redes de tribunales que aplicaban esos derechos bastante antes de que el liberalismo y la democracia entraran en escena". Ver Guillermo O'Donnell, "Teoría democrática y política comparada", en *Desarrollo Económico*, Revista de Ciencias Sociales, enero-marzo de 2000, vol. 39, N° 156, ps. 545. Ver también Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo", en *Revista Jueces para la Democracia*, N° 22, diciembre 1994, ps. 54-63, y en *Revista No Hay Derecho* N° 12, 1995, Buenos Aires, ps. 35-40, y *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 47-64.

⁵ La únicas anomalías importantes de la Constitución de 1853-1860 con respecto al modelo liberal son, por un lado, las concesiones a la Iglesia Católica –fruto de los compromisos ideológicos entre los diferentes sectores representados en la clase política dominante– y, por otro lado, la importancia que se asigna al aseguramiento de la educación primaria por parte de las provincias –dato que prefigura la importancia que las élites liberales locales otorgarán a la educación como factor de unidad nacional.

La idea de igualdad que subyace a este modelo constituye una reacción contra la sociedad de castas medieval, que impedía a la burguesía desarrollar plenamente su potencial económico y concretar su movilidad social ascendente. Por ello, la proclamación de la igualdad de todo ser humano se traduce en términos jurídicos como igualdad formal ante la ley, es decir, como tendencia a la eliminación de las distinciones legales basadas sobre factores de nacimiento, estatus social o preferencias. Esta noción de igualdad es, claro, un ideal, imperfectamente concretado durante el siglo XIX y parte del siglo XX –en la medida en que persistieron desigualdades legales relativas, al menos, al género y a la raza–⁶.

Bajo esta mirada, los derechos privilegiados por el denominado constitucionalismo liberal son la ya comentada igualdad formal, y los llamados “derechos de libertad” –o bien “libertades”, “derechos de autonomía” o “derechos civiles y políticos”–. Estos derechos se caracterizan por asignar a su titular una esfera de autonomía libre de interferencia estatal: la libertad de pensamiento y expresión, la libertad religiosa, la libertad de trabajar y comerciar, la libertad ambulatoria, el derecho de propiedad, el derecho a verse libre de torturas, el derecho de asociación, el derecho a formar una familia, el derecho a votar y ser elegido. En gran medida, la concepción común a todos estos derechos –explicable no sólo a partir de la experiencia medieval, sino también de la de los absolutismos monárquicos– consiste en visualizar al Estado como fuente de posibles ame-

⁶ Gran parte de las críticas al derecho y a la política provenientes de grupos minoritarios o históricamente desaventajados –mujeres, minorías étnicas y culturales, personas con discapacidad, gays y lesbianas– consisten justamente en mostrar cómo la supuesta igualdad formal sólo se aplica –de derecho o de hecho– a varones blancos, propietarios, heterosexuales, sin discapacidades y pertenecientes a grupos culturalmente hegemónicos. Ver, por ejemplo, Anne PHILLIPS, *Género y teoría democrática*, UNAM, México, 1996; Iris Marion YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Valencia, 2000.

nazas a la libertad individual. Por ello, cuando se habla de los derechos de libertad, tradicionalmente se ha puesto énfasis en las obligaciones de abstención –también llamadas prohibiciones u obligaciones negativas– del Estado: por ejemplo, la prohibición de privación arbitraria de la vida o de la propiedad, la prohibición de torturar, la prohibición de someter la expresión a censura previa, la prohibición de imponer una religión obligatoria.

Sin embargo, ésta es una aproximación parcial, ya que la plena vigencia de estos derechos requiere también del cumplimiento de obligaciones estatales positivas o de acción. Así, por ejemplo, son necesarias para gozar del derecho de propiedad, del derecho de asociación o del derecho a formar una familia, regulaciones que definan las condiciones y consecuencias del ejercicio de esos derechos, sin las cuales la existencia misma del derecho sería ininteligible. Sin la actividad positiva del Estado, consistente en la sanción de leyes regulatorias, el carácter excesivamente general de la configuración de los derechos constitucionales dificultaría en extremo su ejercicio.

Por otro lado, además de obligaciones de regulación, para poder gozar efectivamente de un derecho son necesarias en muchos casos ciertas condiciones institucionales: así, la existencia de oficinas públicas tales como los registros civiles o registros de la propiedad, las oficinas de catastro, los registros de personas jurídicas y de cultos religiosos, los registros electorales, y muchas otras, son indispensables para otorgar certeza a los derechos de propiedad, familiares, de asociación, de voto y otros. Estas condiciones institucionales requieren también de la actividad positiva del Estado –consistente en su creación y la garantía de su mantenimiento y funcionamiento regular– y no de su abstención.

Por último, como ya adelantáramos, el ejercicio de todo derecho requiere de ciertas garantías ante su potencial vulneración por parte del Estado o de otros particulares. Para ello el Estado debe asegurar la protección de estos derechos: antes de

que los derechos sean afectados –en forma preventiva– a través del ejercicio de facultades de policía, seguridad y vigilancia; y, una vez producida la afectación de esos derechos, a través del funcionamiento de tribunales de justicia u otros mecanismos institucionales que permitan a la víctima de la afectación reclamar reparaciones y sanciones. El funcionamiento de órganos estatales a cargo del poder de policía, y de tribunales o otros mecanismos de carácter jurisdiccional, supone también el cumplimiento de obligaciones positivas o activas por parte del Estado. Esto significa que, aun reduciendo el catálogo de derechos imaginables a los propugnados por el modelo liberal clásico, el Estado adopta frente a los derechos un doble perfil: por un lado, es sospechoso de poder afectarlos; por otro lado, es necesario para asegurar su efectividad. Como veremos posteriormente, estas conclusiones son también aplicables en materia de derechos sociales.

Presentado brevemente el panorama que ha caracterizado la consolidación del modelo liberal de derechos en el constitucionalismo del siglo XIX, estamos en condiciones de abordar con mayor claridad el surgimiento de la noción de “derechos sociales”. En efecto, la noción de “derechos sociales” es en gran medida producto de la crítica a las insuficiencias y distorsiones de la aplicación del modelo liberal⁷. Esta crítica no es sólo –ni primordialmente– teórica: se ha reflejado en la proliferación de luchas sociales contra las consecuencias de aplicación indiscriminada de ese modelo liberal a las relaciones de producción y, más contemporáneamente, a otras relaciones sociales, como las de género, las raciales, etcétera.

⁷ Ver, al respecto, Luis PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel CARBONELL, Juan Antonio CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-UNAM, México, 2001, 2ª ed., ps. 39-46; Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 47-64.

Desde el punto de vista histórico, los derechos sociales están relacionados con el origen de la idea de “Derecho social”, que se sitúa en el último tercio del siglo XIX, y tiene lugar centralmente a partir de la crítica del empleo de las nociones jurídicas típicas del modelo liberal a las relaciones entre capital y trabajo. De acuerdo con el modelo liberal, las relaciones capital-trabajo debían interpretarse a partir de las nociones contractuales y de responsabilidad del Derecho civil. Esto significa que, de acuerdo con esa visión, las relaciones laborales constituían un contrato como cualquier otro, en el que dos sujetos en igualdad legal de condiciones pactaban libremente un intercambio de bienes: por un lado, la puesta a disposición del patrón de la fuerza de trabajo por parte del trabajador; por otro lado, el pago de un precio –el salario– por parte del empresario⁸. Por ende, se excluía cualquier factor supuestamente distorsivo de esta relación individual –como por ejemplo, la existencia y presión de un sindicato, o la intervención estatal en las condiciones del contrato–, presentándolos como una interferencia indebida en la autonomía de la voluntad de las partes. De igual manera, se aplicaban a las relaciones laborales las nociones de responsabilidad típicas del Derecho civil: el empleador sólo debía indemnizar al trabajador si los daños sufridos por éste eran causados por la voluntad o negligencia del primero.

En términos prácticos, la aplicación de este esquema de interpretación a las relaciones laborales –en especial a las relaciones laborales de la naciente fábrica industrial– significaba la virtual “legalización” de un régimen de notoria desigualdad. En el último tercio del siglo XIX se consolida en Europa occi-

⁸ En palabras de Max WEBER: “De la ‘libre voluntad’ de los interesados en el mercado de trabajo depende el aceptar o rechazar las condiciones de quien, gracias a la garantía jurídica de su propiedad, es el más fuerte”. Cfr. Max WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 587.

dental una de las tendencias de la producción capitalista avanzada: la migración del campesinado a las ciudades y su conversión en proletariado industrial. Presentar a los trabajadores –cuya única posibilidad de “intercambio” era la venta de su fuerza de trabajo– como contratantes libres, en situación de igualdad jurídica con el patrón, constituía evidentemente una representación completamente distorsionada de la notoria desigualdad de poder entre ambas partes: en consecuencia, esta visión presenta como aceptadas “voluntariamente” por parte del trabajador el trabajo a destajo, la ausencia de limitaciones en la jornada laboral, el trabajo infantil, el trabajo nocturno, la ausencia de descansos y vacaciones, el desempeño de labores en ambientes insalubres e inseguros, etcétera. La aplicación intensiva de nueva tecnología a la producción –consecuencia de la Revolución Industrial– significó el aumento de la productividad y el inicio de la fabricación en serie, pero –al mismo tiempo– un notorio aumento del riesgo de sufrir enfermedades y accidentes durante el desempeño del trabajo. La limitación de la responsabilidad civil del empleador a los casos de daño inferido voluntaria o negligentemente obligaban al trabajador y a su familia a asumir el costo de gran parte de esas enfermedades y accidentes de trabajo. La represión antisindical y el combate contra la organización de los trabajadores eran presentados como maneras de garantizar las condiciones de “igualdad” entre individuos contratantes.

La lucha por la mejora de las condiciones de los trabajadores y la percepción de las distorsiones intolerables a las que llevaba la aplicación de las nociones jurídicas típicas del liberalismo a las relaciones laborales condujeron al desplazamiento de ese modelo, y a su reemplazo por uno novedoso, al que –dada su articulación como respuesta al conflicto que entonces se denominaba “cuestión social”– se dio el nombre de Derecho social⁹. En este modelo de Derecho se abandonan varias

⁹ Ver, al respecto, François EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, París, 1985; Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, “Futuros posibles: el derecho laboral

de las premisas a partir de las cuales se estructuraba el modelo liberal que subyacía a los Códigos civiles. En primer lugar, se desplaza la centralidad de la noción de igualdad formal entre contratantes, para reemplazarla por la idea de desigualdad material, que da lugar a un trato diferenciado entre la parte más poderosa, es decir, el empleador, y la parte más débil, es decir, el trabajador. El reconocimiento de esta desigualdad material se refleja en una multiplicidad de disposiciones: presunciones y principios de interpretación a favor del trabajador, cláusulas protectorias que no admiten derogación por las partes, cargas patronales, etcétera.

En segundo lugar se critica la descomposición de las relaciones de trabajo en relaciones contractuales individuales: el Derecho social parte entonces de la asunción de la existencia de relaciones colectivas de trabajo. En el mundo del trabajo, eso da lugar al reconocimiento de la personalidad del sindicato como actor jurídico, como al reconocimiento de la autonomía colectiva –en particular, la posibilidad de negociar con la patronal normas colectivas de trabajo– y de instrumentos de autotutela colectiva –como el derecho de huelga–.

En tercer lugar, se modifica el papel cumplido por el Estado: en lugar de limitar su papel al de garantizar las transacciones individuales y supuestamente “voluntarias”, el Estado se constituye en mediador de las relaciones entre empleadores y trabajadores, legitimando el sistema privado de producción pero asumiendo al mismo tiempo tareas de protección de la parte más débil de la relación laboral. Esto se materializa de distintas maneras: primero, por la regulación estatal del contrato de trabajo, cuyas cláusulas mínimas son estipuladas por la ley, sin admitir modificación a la baja por las partes –el llamado orden público laboral–. Se regulan así, por ejemplo, la duración de la jornada laboral, las pausas, descansos y vaca-

en la encrucijada”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N° 1 y 2, abril de 1997, ps. 149-176.

ciones, las indemnizaciones por despido, el salario mínimo, las condiciones de calificación laboral y promoción, las obligaciones de seguridad e higiene por parte del empleador, etcétera. En segundo término, el Estado asume el poder de policía en materia de condiciones de trabajo, instituyendo inspecciones del trabajo para la verificación del cumplimiento de los mínimos establecidos por la ley. En tercer término, el Estado se constituye en árbitro de los conflictos entre capital y trabajo, y de la compatibilidad de los acuerdos surgidos de la negociación colectiva con el interés general de la sociedad.

Por último, se diseña un nuevo criterio de asignación de responsabilidad para los accidentes y enfermedades de trabajo: la llamada responsabilidad de carácter objetivo, es decir, independiente de la necesidad de probar la voluntariedad del daño o la negligencia en su producción. Se instituye así un nuevo sistema de responsabilidad, que toma en consideración los intereses tanto de los trabajadores como de la patronal: por un lado, el sistema de responsabilidad objetiva beneficia a los trabajadores, facilitando la prueba y las posibilidades de recibir una indemnización en caso de accidente o enfermedad laboral; por otro lado, establece un sistema de indemnización limitada, que permite un mejor cálculo de previsibilidad al empleador y reduce el costo que los accidentes y enfermedades pudieran ocasionarle.

La crítica de los efectos objetivos que provocaba la aplicación de un esquema de interpretación liberal, y el intento de morigerar sus disfunciones no se redujo al campo específico de las relaciones laborales. La creciente percepción de que la desigualdad material y la diferencia de oportunidades para satisfacer necesidades humanas a través de la participación en el mercado constituían factores de inseguridad y de conflictividad social llevó al Estado a ampliar su actividad a esferas que —de acuerdo a la interpretación liberal ortodoxa— debían ser libradas a la iniciativa de los particulares. Así, entre el último tercio del siglo XIX y la segunda postguerra del siglo XX se

constituyen y consolidan en Europa y en muchos países de América Latina sistemas de seguridad social, sistemas públicos de salud, educación, acceso a la vivienda, transporte, protección, familiar, abastecimiento de alimentos, etcétera. En la Argentina estas funciones son asumidas por el Estado a partir de la década del cuarenta del siglo pasado¹⁰.

Como puede apreciarse fácilmente, se trata de los rasgos típicos del nacimiento del llamado Estado de bienestar o Estado social¹¹. Este Estado social organiza su actividad en gran medida a partir de la construcción de un entramado de normas jurídicas que disciplinan su actividad en la variedad de áreas que antes quedaban libradas a la iniciativa privada, y en este modelo son gestionadas, mediadas o fiscalizadas directamente por el sector público. Algunos autores sugieren entonces que la noción de Derecho social no debería emplearse solamente para el Derecho laboral, sino para todas aquellas expresiones jurídicas de un modelo organizado sobre las siguientes bases:

a) Ser un *Derecho de grupos* y no de individuos. El individuo goza de sus beneficios en la medida de su pertenencia a un grupo social: se trata de un derecho del individuo situado o calificado grupalmente. Así, las normas distinguen según se trate de trabajadores o empleadores, consumidores o productores, personas con discapacidad o sin discapacidad, trabaja-

¹⁰ Como ya lo adelantáramos, la única y notoria excepción la constituye la educación pública y gratuita, diseñada por la élite liberal a partir de 1880 como política de Estado para asegurar la integración de los inmigrantes y la consolidación de una identidad nacional. Ver, por ejemplo, Sara FINKEL, "La clase media como beneficiaria de la expansión del sistema educativo argentino - 1880/1930", en Guillermo LABARCA, Tomás VASCONI, Sara FINKEL e Inés RECCA, *La educación burguesa*, Nueva Imagen, México, 1977, ps. 93-136.

¹¹ Ver Gøsta ESPING-ANDERSEN, *Los tres mundos del Estado de bienestar*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, y *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Ariel, Barcelona, 2000.

dores activos o pasivos, varones y mujeres, empleados y desempleados, indígenas y no indígenas, etcétera.

b) Ser un *Derecho de desigualdades*, que pretende constituirse en instrumento de equiparación, igualación o compensación. Se trata de un modelo que concibe las relaciones legales a partir de la conciencia de la desigualdad material y de oportunidades de las personas pertenecientes a distintos grupos sociales distintos. Esto supone la posibilidad de dar un trato diferente a personas pertenecientes a grupos en distinta situación.

c) Hallarse ligado a una *sociología*, orientada a señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a los distintos grupos sociales, cuáles son los grupos desaventajados, cuáles son las necesidades o aspiraciones de esos grupos, etcétera. Esta orientación reemplaza a la filosofía de igualdad abstracta que caracterizaba al Derecho civil clásico¹².

Una vez presentado el contexto de aparición del Derecho social, es más sencillo explicar el surgimiento de la noción de "derechos sociales". Repasados los rasgos del modelo de Derecho social, puede verse que los llamados "derechos sociales" son fruto del intento de traducir en expectativas (individuales o colectivas) respaldadas legalmente el acceso a ciertos bienes configurados en consonancia con la lógica de este modelo. Efectivamente, un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos configurados a partir del modelo de Derecho social –como trabajo, seguridad social, salud, educación, vivienda o medio ambiente– es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de desigualdad material –sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos¹³, mejores oportunidades a grupos sociales pos-

¹² Cfr. François EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, París, 1985, ps. 451-452, y "Le droit du travail: une légalité sans droit?", en *Droit Social*, N° 11, 1985, ps. 723-728.

¹³ Ver Antonio BALDASSARRE, "Diritti sociali", en *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989: "la giustificazione teorica de los derechos sociales [radica]

tergados, compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares o excluir un bien del libre juego del mercado-. De ahí que el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad material¹⁴.

La asunción de mayor cantidad de funciones por parte del Estado social tuvo, claro está, reflejo en gran parte de las constituciones redactadas durante el siglo XX. El llamado "constitucionalismo social", que se caracteriza por incluir estas funciones estatales en la Constitución –a través de diversas formas de redacción– se inicia con la Constitución mexicana de 1917, continúa con la Constitución alemana de Weimar de 1919 y la Constitución republicana española de 1931, y se extiende decididamente después de la segunda postguerra en Italia, Francia, Alemania y más tardíamente en Portugal y España. En América Latina, el constitucionalismo social se expande en las décadas del cincuenta y sesenta, y se consolida definitivamente con la ola de reformas constitucionales vividas a partir de la recuperación democrática de muchos países de la región, a fines de los años ochenta y durante los noventa. En la Argentina, la pri-

en el concepto de *liberación de determinadas formas de privación* y, por ende, su finalidad es la realización de la igualdad o, más precisamente, una síntesis entre libertad e igualdad", p. 6. En el denominado Informe Beveridge, considerado el pilar teórico de la creación del sistema de seguridad social británico, se identifica el sentido del desarrollo de la seguridad social con la lucha contra la indigencia: "El seguro social plenamente desarrollado puede proporcionar seguridad de ingresos; es un ataque contra la Indigencia". Cfr. *El seguro social y sus servicios conexos. Informe de Sir William Beveridge*, Jus, México, 1946, p. 13.

¹⁴ Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Miguel CARBONELL, Juan Antonio CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-UNAM, México, 2001, 2ª ed., ps. 39-46; María José ANÓN, *Igualdad, diferencia y desigualdades*, Fontamara, México, 2001, ps. 33-59; José GARCÍA ANÓN, "Derechos sociales e igualdad", en Víctor ABRAMOVICH, María José ANÓN y Christian COURTIS (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, ps. 79-102.

mera manifestación de constitucionalismo social fue la Constitución de 1949, derogada tras el derrocamiento del presidente Perón por la denominada "Revolución Libertadora". La reforma constitucional de 1957 agregó a la reestablecida Constitución de 1853-1860 algunas cláusulas sociales –en especial, el llamado artículo 14 *bis* o 14 nuevo–. Como veremos más adelante, la reforma constitucional de 1994 se embarcó decididamente en la tendencia del constitucionalismo social.

Más contemporáneamente –en el transcurso de los últimos veinticinco años– el Derecho social ha sido permeable a un nuevo tipo de reivindicaciones, que no están vinculadas centralmente –o no exclusivamente– con el acceso a redistribuciones de renta. Algunos autores caracterizan estas nuevas reivindicaciones como *demandas de reconocimiento* –por oposición a las llamadas demandas de redistribución¹⁵. Se trata de reivindicaciones grupales o colectivas, en las que sectores sociales o grupos históricamente discriminados, postergados o desaventajados reclaman la remoción de barreras legales, económicas y sociales que impiden o limitan su participación o acceso a esferas sociales tales como la representación política, la educación o el empleo. Aunque en muchos casos estas reivindicaciones tengan consecuencias concretas sobre la distribución de la riqueza, su objeto prioritario es la visibilidad del sector social o grupo que en el pasado fue postergado o ignorado, el reconocimiento de sus diferencias específicas, el derecho a que el sector social o grupo y las prácticas e intereses que lo caracterizan sean tenidos en consideración, y la remoción de aquellas pautas supuestamente "neutrales", que en realidad representan la visión o los parámetros característicos

15 Ver, por ejemplo, Iris Marion YOUNG, "Vida política y deferencia de grupo: una crítica al ideal de ciudadanía universal", en Carme CASTELLS (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996, ps. 99-126; Nancy FRASER, *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1997, cap. 1.

de otros grupos, y por ende funcionan como barreras de acceso o participación y como motivos de agravamiento de la "invisibilidad". Son típicas al respecto las reivindicaciones de los movimientos de mujeres, personas con discapacidad, minorías étnicas, religiosas, lingüísticas y culturales, pueblos indígenas, gays, lesbianas y minorías sexuales. Aunque existen formulaciones diversas, puede decirse en forma genérica que el valor que subyace a estos reclamos es la igualdad de oportunidades de los distintos colectivos y grupos sociales. Si bien hay alguna discusión acerca de la correspondencia de las medidas que surgen como respuesta a estos reclamos con el molde tradicional del Derecho social, lo cierto es que las notas características que hemos referido se dan perfectamente en el caso: se trata de un Derecho de grupos o colectivos, se trata de un Derecho de desigualdades, y se trata de reclamos y respuestas guiados por una sociología destinada a identificar las barreras y prejuicios y a ensayar soluciones. Por otro lado, las medidas diseñadas para superar esas barreras acuden a técnicas que pueden identificarse plenamente con las técnicas tradicionales del Derecho social: las medidas de acción positiva o de favorecimiento de sectores sociales postergados, la imposición de cargas a grupos considerados en situación más ventajosa, la previsión de incentivos legales y económicos a través de normas promocionales, el establecimiento de mecanismos de consulta o representación especial, etcétera.

Dada la gran diversidad de funciones que el modelo del Derecho social requiere del Estado, el tipo de derechos que surge de las distintas formas de intervención estatal reviste una enorme variedad: tanto el derecho individual a obtener una prestación médica del Estado, como el derecho del sindicato a realizar una huelga, como el derecho de los consumidores al control estatal de cláusulas abusivas frente a la oferta de un producto o servicio, como el derecho del género femenino de ampliar su participación en la vida política, etcétera, son manifestaciones legales de ese modelo. Esto significa que cuando

se habla en general de "derechos sociales" no se habla de un tipo único de derechos –por ejemplo, de derecho a recibir prestaciones estatales– sino sólo de un cierto aire de familia entre distintos tipos de derechos, que se explica por su racionalidad común.

Por otro lado, la ampliación de funciones del Estado en el contexto del modelo del Derecho social –en áreas tales como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la participación de grupos sociales desaventajados– no necesariamente se ha traducido, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos¹⁶. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad –como la provisión de servicios públicos, o la elaboración de programas o planes sociales focalizados– cuyo efecto social y económico no se asigna particularmente a sujetos, sean éstos individuales o colectivos¹⁷. Sin embargo, no hay en la naturaleza del tipo de intervención estatal que caracteriza al Derecho social ningún "defecto" que impida elaborar derechos reclamables individual o colectivamente. Lo que sucede en

¹⁶ Un panorama completo sobre distintas concepciones de los derechos sociales en la teoría constitucional puede verse en Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, ps. 346-398. Sintéticamente, Juan Antonio CRUZ PARCERO, "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en Miguel CARBONELL, Juan Antonio CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-UNAM, México, 2001, 2ª ed., ps. 89-112.

¹⁷ Un cuidadoso panorama sobre los programas de tratamiento jurídico-político de la pobreza puede verse en Raúl SUSÍN BETRÁN, *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2000, y en versión abreviada, "El tratamiento de los 'ciudadanos' pobres. La aportación de los programas de ingresos mínimos de inserción", en María José BERNUZ BENEPITEZ y Raúl SUSÍN BETRÁN (coords.), *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y de exclusión*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2003, ps. 19-57.

muchos casos es que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad y al manejo clientelista las prestaciones o intervenciones que las constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos¹⁸. Pero no hay ninguna imposibilidad teórica o práctica de configurar derechos sociales tutelables judicialmente¹⁹: tomarse en serio una Constitución que consagra derechos sociales –si uno asigna a ese instrumento no sólo valor normativo, sino un valor normativo supremo, destinado a limitar e imponer obligaciones a los poderes públicos– importa justamente reclamar esa configuración.

Varias son las discusiones que se han planteado sobre el carácter de los derechos sociales. Ciertamente, no todas las constituciones establecen derechos cuando incluyen dentro de las funciones estatales las que caracterizan al Estado social. En algunos casos, los constituyentes de otros países han optado por fórmulas más cautelosas: no se habla de "derechos", sino de "principios" o "directrices" rectores de la política económica o social²⁰. No se trata, sin embargo, de la tendencia adoptada por el constitucionalismo latinoamericano, que en gene-

¹⁸ Cfr. Luigi FERRAJOLI, "Estado social y Estado de derecho", en Víctor ABRAMOVICH, María José ANÓN y Christian COURTIS (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, ps. 11-21. Una lectura posible del actual intento de desmantelamiento de los Estados de bienestar desde esta perspectiva pondría énfasis no sólo en la reducción de servicios sociales, sino también en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política social respectiva. Una clara manifestación de esta precarización es el paso de políticas sociales universales fundadas en el reconocimiento de derechos subjetivos, a programas sociales focalizados y transitorios, fundados en la intervención discrecional del poder público. Ver, al respecto Rubén LO VUOLO, Alberto BARBEITO, Laura PAUTASSI, y Corina RODRÍGUEZ, *La pobreza... de la política contra la pobreza*, CIEPP/Miño y Dávila, Buenos Aires, 2000, ps. 191-202.

¹⁹ De hecho, muchos de ellos, en especial los vinculados con la relación de trabajo, han sido elaborados de ese modo.

²⁰ Es el caso de la Constitución española de 1978. Ver su Título I, Capítulo Tercero: "De los principios rectores de la política social y económica".

ral ha preferido referirse directamente a "derechos": derechos relativos al trabajo, derecho a la protección de la salud, derecho a la educación, derechos del consumidor, derecho al medio ambiente sano.

En el caso argentino, esta tendencia era ya prefigurada –con alguna tibieza– por el artículo 14 *bis* de la Constitución, incorporado en 1957, pero se consolida definitivamente con la reforma constitucional operada en 1994. En esta reforma se agregan directamente a un nuevo capítulo de la primera parte de la Constitución los derechos de consumidores y usuarios y el derecho a la protección del ambiente, y se reconoce protección procesal a través de la acción de amparo a estos derechos y a otros derechos de "incidencia colectiva". Amén de otras incorporaciones relativas también a derechos colectivos, a la obligación estatal de adoptar acciones positivas a favor de sectores sociales considerados desaventajados –como mujeres, niños, personas con discapacidad y personas de edad–, al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y a la adopción del principio de igualdad de oportunidad –manifestaciones todas típicas del modelo del Derecho social–, la Constitución amplió su catálogo de derechos sociales por vía de la asignación de jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos, entre los que se cuentan varios tratados que reconocen derechos sociales –o bien derechos "económicos, sociales y culturales", de acuerdo con una denominación que proviene del derecho internacional–. No existe duda de que estos tratados instituyen derechos para las personas: su denominación y redacción son claros al respecto.

De modo que, si quedaba alguna duda al respecto de la manera en que la Constitución disciplinaba jurídicamente las actividades del Estado social, éstas se han disipado con la asignación de jerarquía constitucional a tratados internacionales que instituyen derechos en esa área. Al respecto, cabe al menos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –que constituye uno de los instru-

mentos internacionales más completos en esta materia–, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Una vez reconocida la institución de derechos sociales por parte de una Constitución, cabe preguntarse cuáles son las obligaciones que surgen de ello. Aunque dedicaremos al tema mayor detalle en el capítulo III, abordaremos aquí algunos aspectos generales que permitirán aclarar algunos malentendidos. Hemos dicho que, a diferencia de los derechos de libertad o derechos civiles y políticos, los derechos sociales se dirigen no tanto a instituir libertades, sino a asegurar a toda persona condiciones de satisfacción de sus necesidades básicas –que le permitan, por su parte, ejercer aquellas libertades–. Por ello se insiste en que los valores que constituyen el fundamento de los derechos sociales son la igualdad material y la igualdad de oportunidades. Pero pese a su "identidad de familia", lo cierto es que no existe un tipo único de derecho social, sino una variedad de derechos sociales que adoptan distintas formas: en algunos casos, prestaciones dinerarias –como en el caso del derecho a pensión– o acceso a servicios –como los servicios médicos o educativos–, en otros casos, reconocimiento de facultades de organización y negociación colectiva –como en el caso de los derechos sindicales–, en otros casos, protección contra la actividad de particulares –como en el caso de la protección contra el despido arbitrario y de gran parte de los derechos del consumidor.

En todo caso, si repetimos el esquema de análisis empleado al referirnos a los derechos civiles, los derechos sociales también suponen obligaciones negativas y positivas por parte del Estado²¹. Con respecto a las obligaciones negativas, el Es-

²¹ Ver Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 27-37.

tado debe abstenerse de afectar indebidamente la salud, la educación, la vivienda, el puesto de trabajo, la posibilidad de formar sindicatos, la integridad de las jubilaciones pensiones, etcétera. Es decir, todo derecho social supone también una dimensión de libertad o autonomía frente a la injerencia arbitraria del poder estatal. Esto significa que, al igual que los derechos civiles, los derechos sociales requieren, en ciertos supuestos, de la abstención de interferencia por parte del Estado.

Con respecto a las obligaciones positivas –y pese a cierta tendencia a identificar únicamente el carácter prestacional de los derechos sociales– la variedad también es amplia, y puede compararse con la ya referida variedad de obligaciones positivas que emanan de los derechos civiles. Primero, el Estado tiene la obligación de regular los derechos, completando su contenido. Se trata, nuevamente, de la obligación positiva de legislar para detallar el alcance y las condiciones de ejercicio de un derecho. De nada valdría el reconocimiento constitucional del derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social o a la protección laboral si ese reconocimiento –de carácter necesariamente general, dado el carácter general de las normas constitucionales– no se tradujera concretamente en normas más específicas, que regularan la titularidad, el alcance y las condiciones de ejercicio de esos derechos. Segundo, el Estado debe proteger a los titulares del derecho frente a la posible injerencia indebida de sus propios agentes o de terceros: la actividad preventiva –correspondiente al poder de policía– y reparatoria y sancionatoria –que puede corresponder a los jueces u a otros mecanismos administrativos– constituye una característica fundamental de muchos derechos sociales. Así, la protección de la salud de toda persona frente a potenciales amenazas de terceros, la vigilancia de la seguridad e higiene de los lugares de trabajo, la protección frente a la discriminación de grupos sociales en situación de vulnerabilidad, la protección frente a la contaminación del medio ambiente, la protección contra la circulación de mercancías de consumo

peligrosas o la protección contra desalojos forzosos significan aspectos importantes del desarrollo de cada uno de los derechos involucrados. De igual forma, la existencia de mecanismos –judiciales o de otro tipo– de reparación y sanción posteriores al acaecimiento de una vulneración son también componentes esenciales de esos derechos. En todo caso, siempre se trata de obligaciones positivas del Estado, que requieren el funcionamiento de organismos de protección y vigilancia, y de tribunales u otros mecanismos de carácter jurisdiccional.

Por lo demás, es claro que para poder gozar efectivamente de muchos derechos sociales son necesarias no sólo prestaciones o acceso a servicios, sino ciertas condiciones institucionales: así, el derecho a la salud impone la existencia de hospitales o centros de salud; el derecho a la educación impone la existencia de escuelas; el derecho a la seguridad social supone organismos que acrediten las jubilaciones y pensiones; el derecho a la vivienda supone organismos que lleven adelante la política de vivienda; los derechos sindicales suponen la existencia de un registro de los sindicatos. Nada impone que el Estado se haga cargo de toda la actividad destinada a satisfacer el aspecto prestacional de los derechos sociales, pudiendo delegar esa función en instituciones no estatales, como obras sociales, escuelas privadas, instituciones privadas de salud, instituciones no lucrativas de acción social. Sin embargo, el Estado es el garante final de esos derechos –aunque en principio su gestión quede a cargo de particulares–, correspondiéndole siempre la función de control y supervisión. Tanto las prestaciones como las condiciones institucionales requieren también de la actividad positiva del Estado –consistente en su creación y la garantía de su mantenimiento y funcionamiento regular– y no de su abstención.

Como puede verse, también en el caso de los derechos sociales, el Estado adopta un doble perfil: por un lado, es sospechoso de poder afectarlos; por otro lado, es necesario para asegurar su efectividad.

Algunos autores condensan estas ideas postulando que, desde el punto de vista de las obligaciones que generan al Estado, todo derecho –llámese civil, político o social– puede ser considerado un complejo de obligaciones positivas y negativas. Así, proponen un esquema de distintos “niveles” de obligaciones estatales²², que podrían presentarse brevemente de este modo:

I. Obligaciones de respeto: el Estado no debe vulnerar a través de su acción el ejercicio del derecho. Por ejemplo, el Estado debe abstenerse de torturar, utilizar la censura previa, privar ilegítimamente de libertad, afectar la salud, contaminar el medio ambiente, impedir el acceso a la educación, impedir el ejercicio de una huelga, interferir en la formación o funcionamiento de un sindicato, despedir arbitrariamente a un empleado público, despojar a un jubilado de su haber, etcétera.

II. Obligaciones de protección: el Estado debe evitar que terceros vulneren a través de su acción el ejercicio del derecho. Por ejemplo, debe velar por que terceros no impidan el ejercicio de un culto religioso, que no afecten la vida, la integridad física o la propiedad, que no se produzcan desalojos indebidos, que los empleadores no impidan la actividad sindical, que no sometan a los trabajadores a condiciones de trabajo indignas, que los productores de bienes y servicios no pongan en circulación productos peligrosos, que los prestadores privados de salud no discriminen a sus afiliados, etcétera.

III. Obligaciones de garantía o satisfacción: el Estado debe asegurar el ejercicio del derecho cuando el titular no puede hacerlo por sí mismo. Así, debe asegurar el acceso a servicios

²² Ver Godfried VAN HOOF, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en Philip ALSTON y Katarina TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, ps. 97-110; Asbjørn EIDE, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE y Allan ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Martinus NIJHOFF, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, ps. 21-49.

de salud y educación, garantizar el acceso a la alimentación, facilitar las posibilidades de expresión de distintos grupos sociales, fomentar el acceso al consumo de productos básicos, sanear títulos de propiedad, simplificar los trámites que permitan asociarse o casarse, proveer de asistencia legal a quienes no puedan pagar un abogado, mejorar el acceso a la justicia de grupos postergados, etcétera.

En resumen, todos los derechos –incluidos los derechos sociales– suponen un complejo de distintos niveles de obligaciones, que dependen, por un lado, de la posibilidad de su titular de ejercerlos por sus propios medios, o de la necesidad de que el Estado facilite o garantice su ejercicio y, por otro lado, de quién sea aquel que amenaza o restringe el ejercicio del derecho –si el Estado o un particular–

Ciertamente, se identifica a los derechos sociales en mayor medida con las obligaciones de garantía o satisfacción; es decir, con las obligaciones referidas al acceso del titular a la posibilidad de ejercer el derecho. Sin embargo, los demás componentes de los derechos sociales son igualmente importantes, en especial, en circunstancias de amenaza por parte del Estado o de terceros de niveles o umbrales de calidad de vida ya conquistados. El componente relativo a las obligaciones de garantía o satisfacción se vincula habitualmente con el valor de la *solidaridad*²³: la forma de cumplir estas obligaciones requiere en general del Estado la redistribución de riqueza, destinada a solventar prestaciones o servicios para quienes no puedan procurárselos por sí mismos en el mercado, o a asegurar un ingreso mínimo capaz de cubrir ciertas necesidades básicas de los seres humanos. Así, la organización de servicios tales como la salud pública y la educación, la distribución de alimentos o la asignación de viviendas de interés social requieren el em-

²³ Ver Javier DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993.

pleo de recursos presupuestarios para atender las necesidades de los sectores sociales más necesitados.

En el mismo sentido, el Estado puede establecer cargas sobre los particulares destinadas a satisfacer derechos sociales: la obligación de aporte de los trabajadores activos para garantizar el cobro de los pasivos –típica de los sistemas de seguridad social de reparto–, las cargas patronales, las obligaciones de seguridad e higiene en el trabajo de los empleadores, el pago de un salario mínimo, el establecimiento de prestaciones mínimas a ser cubiertas por todo oferente en el sector salud, la regulación estatal de la educación privada, el establecimiento de reglas protectorias del inquilino en el alquiler de viviendas, la obligación de hacer accesibles los edificios de uso público a las personas con movilidad reducida, la transferencia a instituciones no lucrativas de la sociedad civil de la ejecución de prestaciones de acción social condicionadas al cumplimiento de ciertos requisitos, son ejemplos de estas cargas, que constituyen un traducción legal de las exigencias de solidaridad. El modelo del Derecho social se funda, en última instancia, en la noción de interdependencia de los seres humanos: la satisfacción de las necesidades de quienes están en una situación de mayor vulnerabilidad requieren del esfuerzo conjunto de todos –en especial de quienes están en mejor posición–.

Pasemos ahora a presentar la discusión relativa a uno de los puntos polémicos relativos a la teorización sobre derechos sociales: la de su *justiciabilidad*²⁴. Hemos dicho antes que una de las notas que caracteriza a la noción de derecho es la de su justiciabilidad, es decir, la posibilidad de encaminar ante una autoridad imparcial un reclamo cuando la persona obligada incumple con sus deberes. Aun cuando la incorporación de derechos sociales a las constituciones no es tan reciente –la con-

solidación de esa tendencia comienza en la segunda postguerra–, durante largo tiempo la doctrina dominante trató con excesiva cautela esa incorporación. Así, se han articulado diversas teorías para debilitar el valor jurídico de los derechos sociales. La línea de argumentación más difundida es la del denominado “carácter programático” de los derechos sociales: de acuerdo con esta teoría, los derechos sociales son derechos “incompletos”, no invocables frente a los jueces, sino dirigidos únicamente a guiar la acción de los poderes políticos –Legislativo y Ejecutivo–. Esto significaría, claro está, privar a los derechos sociales de la nota de la justiciabilidad, y condenarlos a la inoperancia en caso de incumplimiento. Los argumentos que se esgrimen para sostener el carácter “programático” son, por un lado, la supuesta indefinición del contenido de los derechos sociales, y la necesidad de reglamentación como requisito ineludible para hacerlos efectivos. Por otro lado, se señala la dependencia de los derechos sociales de recursos presupuestarios, hecho que impediría a los jueces conocer en estas cuestiones, ya que el manejo presupuestario correspondería a los poderes políticos.

A la luz de los tiempos que corren, estos argumentos han demostrado ser poco convincentes. Como hemos dicho antes, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales requieren –para especificar su contenido– de algún tipo de regulación, sin que esto haga que los derechos civiles y políticos sean considerados “programáticos” o no justiciables. En el mismo sentido, también los derechos civiles y políticos requieren del empleo de recursos estatales para asegurar su efectividad –y ello tampoco ha llevado a nadie a negar su justiciabilidad–. Tampoco ha sido ajena al Poder Judicial la toma de decisiones que supongan un impacto presupuestario: los jueces tratan regularmente cuestiones de responsabilidad patrimonial del Estado en una gran diversidad de temas.

Por lo demás, como hemos visto, los derechos sociales no pueden reducirse a un único modelo de derechos, y aun cuan-

²⁴ Ver Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 37-47 y 117-132.

do se aísle un solo derecho –como el derecho a la salud, o el derecho a la vivienda, o los derechos individuales relativos al trabajo– las obligaciones que se desprenden de cada derecho son de varios niveles: todo derecho supone al menos algunas dimensiones justiciables. No hay ninguna dificultad conceptual, por ende, para concebir a los derechos sociales como derechos merecedores de tutela jurisdiccional en caso de violación.

Cabe, de todos modos, identificar algunas dificultades que se han planteado históricamente en relación con la justiciabilidad de los derechos sociales. Como dijimos antes, el establecimiento de derechos constitucionales impone a los poderes públicos la obligación de desarrollar su contenido y las garantías para hacerlos efectivos. En gran parte de los casos, las dificultades de justiciabilidad de los derechos sociales se deben justamente al incumplimiento de estas obligaciones. Así, la defensa de un derecho social puede plantear dificultades cuando los poderes públicos han omitido su obligación de reglamentar el derecho, definiendo su alcance y las bases de su titularidad y ejercicio. En estos casos, resulta dificultoso determinar cuál es el contenido del derecho: ¿qué tipo de tratamiento incluye el derecho a la salud?, ¿hasta que nivel educativo cubre el derecho a la educación?, ¿cómo se fija el monto de una pensión?, ¿cuáles son las expectativas que debe asegurar el derecho a la vivienda?

Este problema suscita varias respuestas. En principio, la dificultad se deriva justamente de un incumplimiento de los poderes públicos: la forma más adecuada de superarla es la de desarrollar la reglamentación necesaria, para lo cual no existe ninguna dificultad conceptual. Pocos derechos podrían ser inteligibles sin el cumplimiento de esta obligación: el derecho a votar o a presentar candidaturas políticas no podría ejercerse sin leyes electorales; el derecho de propiedad no tendría contenido definido sin que el Código Civil estableciera su alcance; el derecho de asociación no tendría efecto alguno sin definición normativa de los tipos de asociación y de los requisitos

para constituirlos. Del mismo modo, la definición del contenido de derechos tales como el de formar sindicatos, la protección contra el despido arbitrario, el de huelga, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación o el derecho a la alimentación requieren de reglamentación normativa.

En segundo término, aun en ausencia de reglamentación, existen algunos parámetros para establecer al menos los contenidos básicos de estos derechos. Así, la noción de *contenido mínimo o contenido mínimo esencial* –cuyo desarrollo tienen a cargo tanto la doctrina como la jurisprudencia– es un buen ejemplo de ello. En el mismo sentido, la jerarquización constitucional de tratados de derechos humanos aporta también algunos instrumentos interesantes para definir esos contenidos: los órganos internacionales que supervisan el cumplimiento de esos tratados han desarrollado estándares sobre el alcance de cada derecho que constituyen una guía imprescindible para determinar si el Estado ha respetado o no sus compromisos en esta materia. Esto significa que, aun cuando los poderes públicos hayan incumplido con la obligación de dar contenido a algunos derechos sociales, los jueces pueden juzgar acerca de ese incumplimiento a partir de estos –o de algunos otros– criterios.

Por último, el problema de la falta de definición del contenido de estos derechos suele exagerarse: los casos en los que los poderes públicos no han hecho absolutamente nada para asignar contenido a un derecho –civil, político o social– son en realidad escasos. En la mayoría de los supuestos nos encontramos con algún tipo de regulación –aunque ésta pueda ser parcial, incompleta o inadecuada–. En esos supuestos, sin embargo, los poderes públicos establecen algunas bases de la regulación, susceptibles de ser trasladadas a otros casos por analogía. Veremos con detenimiento esta cuestión cuando tratemos, en el capítulo II, la prohibición de discriminación.

Otras dificultades son de tipo técnico, y se han debido a la falta de desarrollo de garantías y, en especial, a la falta de diseño de acciones judiciales adecuadas a las vulneraciones de los derechos sociales. Muchas de las acciones judiciales reguladas en nuestros códigos han tenido como modelo privilegiado la protección de derechos patrimoniales de carácter individual. Esto crea algunos problemas en la tutela de derechos sociales, en especial cuando se trata de afectaciones de carácter colectivo –recuérdese el peso que tiene en el Derecho social la dimensión grupal– o de afectaciones que requieren necesariamente un remedio colectivo. Por ejemplo, cuando una misma vulneración –como la circulación de un producto defectuoso o riesgoso, o el aumento indebido de precios– afecta a un grupo extenso de consumidores o usuarios, o cuando la manera de solucionar una violación requiere de una medida que beneficiará necesariamente a un grupo y no sólo a un individuo –como la construcción de una escuela, o la producción de una vacuna, o la implementación de un programa alimentario–. En estos casos, las acciones diseñadas para planteos individuales tienen ciertas limitaciones referidas al trámite judicial. Aquí, nuevamente, cabe recalcar que el problema no es insuperable, basta con diseñar nuevos tipos de acciones judiciales, acordes con las características de los derechos sociales, o con adaptar imaginativamente algunas acciones tradicionales a las nuevas exigencias. La experiencia de otros países más adelantados en esta materia es especialmente aleccionadora al respecto. Los jueces argentinos han avanzado en gran medida en esta dirección a partir de la interpretación directa de un párrafo del nuevo artículo 43 de la Constitución, que establece la figura del “amparo colectivo”.

El Estado tiene también algunas ventajas cuando se pretende llevarlo a juicio. Así, cuenta con prerrogativas que incluyen el mayor tiempo para contestar demandas, presunciones a su favor, facilidades probatorias, la imposibilidad de embargarlo para asegurar sentencias que lo obliguen a efectuar pagos, et-

cétera. Estas ventajas para el Estado suponen algunos límites a la justiciabilidad de cualquier derecho –no sólo de los derechos sociales–, pero de la existencia de estos límites no se sigue la completa imposibilidad de obtener protección frente a las violaciones. A lo sumo, la existencia de ciertos límites podrá suscitar prevenciones hacia la elección de la vía judicial en algunos casos, e inclinar la elección hacia otras vías de exigibilidad no judiciales.

Por último, aunque no exista inconveniente conceptual en concebir a los derechos sociales como derechos que permiten –en alguna medida al menos– su protección por vía judicial, en muchos países –incluida la Argentina–, por diversas razones, los tribunales no habían desarrollado una tradición de tutela en este campo. Sea por una lectura demasiado cautelosa de la división de poderes, sea por la inadecuación de las acciones procesales, sea por la preeminencia de la teoría del carácter “programático” de los derechos sociales, en la realidad de muchos países latinoamericanos y europeos los tribunales no asumieron la tarea de protección de los derechos sociales, pese a su jerarquía constitucional. Con la notable excepción del Derecho del trabajo y del Derecho de la seguridad social, la experiencia jurisprudencial en materias tales como el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación o el derecho a la alimentación ha sido, por ende, escasa. Sin embargo, al menos en la última década, esa tradición ha comenzado a revertirse en varios países de nuestra región como Colombia y Brasil. En la Argentina, como veremos, en especial a partir de la reforma constitucional de 1994, existen también señales de una mayor sensibilidad del Poder Judicial hacia la tutela de los derechos sociales.

I. 3. Derechos sociales dentro y fuera del ámbito del trabajo

Para dilucidar el alcance y los desafíos que plantea actualmente la realización de los derechos sociales, es necesario introducir al análisis previo otra disquisición de carácter histó-

rico, que tiene proyecciones importantes sobre el diseño de políticas sociales destinadas a satisfacer las necesidades de los segmentos de la población más apremiados.

Ya hemos señalado que la primera manifestación histórica del Derecho social –a fines del siglo XIX en Europa, en las primeras décadas del siglo XX en nuestro país– fue la aparición del Derecho del trabajo. Esta manifestación no es casual, está ligada a una de las características centrales de muchas de las sociedades industriales occidentales durante gran parte del siglo XX: la centralidad del trabajo asalariado como medio de integración social²⁵.

Existe una estrecha correlación entre el desarrollo y expansión de la industria fabril y el nacimiento del derecho laboral²⁶. El inicio de una tendencia legislativa que culminaría con la definitiva creación de una nueva rama del derecho, puede identificarse justamente en las primeras respuestas que atina a ofrecer el Estado frente a la generalización de algunas de las consecuencias gravosas de la regulación del trabajo de fábrica a través de la ortodoxia económica liberal y de nociones propias del Derecho civil. Las limitaciones a la jornada de trabajo y la modificación de los criterios de asignación de responsabilidad en caso de accidentes de trabajo son ejemplos de ello. El desarrollo de la noción de subordinación recoge también una nota típica del trabajo industrial. La constitución del

²⁵ Para una visión más detallada de las cuestiones tratadas en esta sección, ver Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, "Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo", en *Revista Jueces para la Democracia*, N° 22, diciembre 1994, ps. 54-63, y en *Revista No Hay Derecho*, N° 12, 1995, Buenos Aires, ps. 35-40, y "Futuros posibles: el derecho laboral en la encrucijada", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N° 1 y 2, abril de 1997, ps. 149-176.

²⁶ Cfr. Bob HEPPLER (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, ps. 30-4; Gaetano VARDARO, "Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro", en *Itinerari*, Franco Angeli, Milán, 1989, ps. 246-248.

otro gran pilar del Derecho laboral, es decir, la dimensión colectiva de las condiciones y de los conflictos de trabajo parte del reconocimiento normativo de los sindicatos, de su capacidad de negociar las condiciones de trabajo con el empleador, y de sus instrumentos de autotutela, tales como el derecho de huelga. La evidencia histórica muestra también que la organización de la actividad sindical está fuertemente ligada a la generalización del trabajo industrial en fábricas.

En el mismo sentido, la definitiva consolidación del Derecho del trabajo, entre los años cuarenta y los años setenta del siglo XX, ha tenido como telón de fondo la expansión del taylorismo-fordismo²⁷: gran parte de las instituciones individuales y colectivas del Derecho laboral son un reflejo, cuanto menos, de las exigencias de ese modo de organización del trabajo y de la producción, si no directamente de un "modelo de desarrollo". Así, por ejemplo, la regulación del contrato de trabajo por tiempo indeterminado –funcional a las exigencias de invertir en calificación de la mano de obra y de evitar su alta rotación– se preocupa por definir legalmente los aspectos que importan al cálculo de previsibilidad y a la planificación productiva del empresario: tiempos –horarios y ritmo– de trabajo, costos salariales y otras cargas económicas (tales como los exigidos en materia de seguridad, higiene, cobertura de accidentes y enfermedades profesionales, capacitación, indemnizaciones por despido), alcance del poder de dirección, y determinación de las tareas a realizar a través de la fijación de categorías profesionales. En este sentido, puede entenderse el contrato de trabajo "típico" o "clásico" como un instrumento técnico de regulación de la mano de obra, caracterizado por

²⁷ Ver Benjamín CORIAT, *El taller y el cronómetro*, Siglo XXI, México, 1982, caps. 3, 4 y 5. Para una discusión del concepto de fordismo, ver K. WILLIAMS, C. HASLAM y J. WILLIAMS, J., "Ford contra 'fordismo' ¿el comienzo de la producción en masa?", en *Sociología del Trabajo*, N° 21, Siglo XXI, Madrid, 1994, ps. 3-47.

"individualizar" legalmente las condiciones de producción exigidas a cada trabajador por la organización fabril taylorista-fordista²⁸.

La evolución del Derecho colectivo del trabajo también tiene, desde esta perspectiva, una relación directa con la expansión del desarrollo industrial. El reconocimiento de facultades de organización obrera y de negociación de los sindicatos implica una importante concesión, que actúa como contrapeso de los poderes del empresario sobre los trabajadores por él contratados²⁹. Ahora bien, esta concesión no resulta indiferente frente a las necesidades de organización de la producción, sino que conlleva ciertos aspectos beneficiosos también para el capital: entre ellas, la legalización e institucionalización del conflicto industrial –ahora limitado y definido en términos jurídicos³⁰–, la identificación del interlocutor colectivo de la negociación –hecho que transfiere al seno de la propia clase trabajadora las condiciones de su auto-organización– y la determinación de los mecanismos de discusión autorizados a cada parte, y del alcance y consecuencia de las medidas de fuerza –como la huelga– con las que se amenaza la falta de acuerdo en la negociación.

Dado este panorama, no extraña que la generalización de las relaciones salariales haya resultado en la expansión del intento de regulación de todas las relaciones individuales de tra-

²⁸ Cfr. Antoine JEAMMEAUD, "Les fonctions du droit du travail", en AA.VV., *Le droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1980, ps. 209-235.

²⁹ Cfr. Otto KAHN-FREUND, *Trabajo y derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, Introducción; Antonio BAYLOS GRAU, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, Parte I, Caps. 1 y 2, y abundante bibliografía allí citada.

³⁰ Cfr. Umberto ROMAGNOLI, "La desindustrialización de los conflictos de trabajo y la ética de la responsabilidad", en Fernando VALDÉS DAL-RE (coord.), *Sindicalismo y cambios sociales*, CES, Madrid, 1994, p. 226.

bajo a partir de la figura privilegiada del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, y de regulación de las relaciones colectivas de trabajo a partir de la mediación estatal en la negociación y los conflictos entre patronal y sindicatos. Dada la inserción social de gran parte de la población económicamente activa en el esquema salarial, la regulación de estos dos niveles de relaciones coincidía en gran medida con el control de la "cuestión social". La entonces creciente importancia de la industria en la estructura productiva y en la estructura de empleo resultaba un factor preponderante para esta evaluación. Desde el punto de vista histórico, el nacimiento de la legislación "obrera" excluyó su aplicación a los trabajadores rurales y a los empleados de la administración pública. La legislación iba dirigida a los trabajadores de "cuello azul", es decir, a la mano de obra industrial urbana. La vocación expansiva de las normas laborales llevó a una primera ampliación de su aplicación a los empleados de "cuello blanco" de las propias empresas industriales. Una segunda fase implicó la generalización de este régimen a todo empleado de empresas comerciales bajo relación de dependencia. Por último, el modelo del derecho laboral se hizo extensivo –si no directamente, al menos como fuente principal de inspiración– al régimen de trabajo de la inicialmente excluida mano de obra rural y estatal³¹.

El peso del papel del asalariado en las sociedades occidentales durante gran parte del siglo XX determinó también el diseño de las políticas sociales características del surgimiento de los Estados sociales o Estados de bienestar. Dado el peso del salariado en la estructura de empleo, el Estado diseñó políticas sociales cuyo destinatario central era el trabajador asal-

³¹ Cfr. Tiziano TREU, "Diritto del lavoro (Voce per il digesto 2000)", en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1987, ps. 686-687; Bruno VENEZIANI, "La evolución del contrato de trabajo", en Bob HEPPLE (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, ps. 94-96.

riado. La estructura tradicional de los sistemas de seguridad social sigue ese esquema: el sistema se financia con impuestos al trabajo –con aportes de la patronal y de los trabajadores–, y las circunstancias que dan lugar al pago de prestaciones se definen a partir de la interrupción –por circunstancias previsibles o imprevisibles, tales como la vejez, la incapacidad, la enfermedad, el embarazo o el desempleo– de la prestación del trabajo asalariado, hecho que supone la “normalidad” de la situación de empleo asalariado y la relativa “anormalidad” de su interrupción. Dada la composición mayormente masculina de la población salarial, muchos beneficios sociales se transmiten “por cascada” del trabajador a su familia; así, por ejemplo, el sistema de salud argentino reposa fundamentalmente en la cobertura de la asistencia médica de la cónyuge, de los hijos y de otros dependientes directos del trabajador, a partir de su condición de asalariado. Esta elección del trabajador asalariado como eje de la asignación de beneficios sociales se extendió a muchas otras áreas: las compensaciones familiares, los créditos para el consumo, el acceso a la vivienda, los subsidios para el transporte, el turismo social, etcétera.

Esta situación provocó que, en gran medida, el campo del Derecho social fuera absorbido casi completamente por el Derecho laboral y por el Derecho de la Seguridad Social. Los derechos sociales se identificaron prácticamente con los derechos del trabajador: el desarrollo del contenido de derechos sociales por fuera de la relación laboral fue escaso, ya que las políticas de redistribución de ingreso que tomaban como eje de asignación la posición de trabajador asalariado demostraron ser económica y políticamente eficientes –mejorando, la calidad de vida de gran parte de la población, manteniendo la legitimidad del Estado social y del modo de producción, y funcionando de válvula de pacificación del conflicto social–.

Sin embargo, la creencia de que las bases sociales, económicas y tecnológicas de esta forma de regulación eran permanentes demostró, a la luz de la experiencia histórica, ser errónea.

El “círculo virtuoso” del fordismo –aumento de la demanda de productos industriales, aumento de la producción, sostenimiento de la demanda de empleo industrial, crecimiento de los márgenes de ganancia del capital– entró en crisis en la década del setenta, rompiendo la ilusión de un desarrollo creciente y sostenible.

En efecto, asistimos desde mediados de esa década a una sustancial modificación de la actividad industrial, que ha tenido dramáticos efectos tanto sobre la incidencia del Derecho laboral en las relaciones sociales, como sobre la propia estructura del Derecho laboral. La reconversión que afecta a la industria, el creciente desplazamiento de mano de obra hacia el sector servicios, la automatización que caracteriza a la producción industrial contemporánea, plantean dudas sobre las posibilidades de subsistencia del Derecho laboral de acuerdo al modelo que caracterizó su período de auge.

Puestas en duda estas esperanzas de expansión, la subsistencia intacta del Derecho del trabajo (al menos en los términos de su formulación clásica) entra en crisis. Algunos de los factores que podemos señalar como prueba de esta crisis son los siguientes:

– *Cambios en la estructura ocupacional*: la preeminencia del sector industrial en la estructura de empleo ha sido sustituida por la del sector servicios, que se convierte en el segmento productivo que reúne la mayor cantidad de trabajadores. Las características propias del sector servicios (mayor flexibilidad operativa, distintos tiempos, distinta medida de productividad) obligan a establecer excepciones a los principios generales del Derecho laboral, establecidos sobre el molde de las relaciones industriales.

– *Instalación de un porcentaje estructural de desempleo y de un importante sector informal*: el presupuesto del pleno empleo y de la expansión de las relaciones salariales que caracterizaba al modelo clásico del Derecho laboral está en crisis, dado el crecimiento de desajustes permanentes entre la oferta y

demanda de trabajo y el crecimiento de un sector informal que se sitúa al margen de la regulación estatal³².

- *Crisis de representación del sindicalismo*: factores tales como el aumento del desempleo, la informalidad y la precarización laboral, la baja en la afiliación sindical y la segmentación de la clase trabajadora han redundado en una crisis de representación y participación sindical. Si la concertación y equilibrio de sindicatos y patronal era un presupuesto importante para el funcionamiento del esquema de relaciones colectivas del trabajo inspirado en el modelo fordista, el debilitamiento de una de las partes del conflicto tiene como efecto un creciente desbalance de fuerzas.

- *Pérdida de eficacia de las armas de presión de los trabajadores*: el derecho de huelga, tradicional mecanismo de presión y de aseguramiento de los derechos laborales, se debilita cuando el reemplazo de trabajadores es cada vez más fácil por la escasez del trabajo y por la pérdida de calificaciones debida a la creciente automatización.

- *Presiones de la crisis económica y de la globalización*: el auge de políticas neoliberales de reducción de tarifas y aranceles externos y de apertura indiscriminada del mercado interno, y las presiones por reducir el costo laboral bajo la justificación de falta de competitividad de las empresas locales ante al mercado internacional redunda en la crisis de la producción industrial local y en la quiebra de la preeminencia del contrato de trabajo por tiempo indeterminado a favor de una variedad de formas de contratación precaria.

³² Para un panorama de estudios sobre la economía informal, desde distintas perspectivas teóricas, ver, por ejemplo, Alejandro PORTES, Manuel CASTELLS y Lauren A. BENTON (eds.), *The Informal Economy. Studies in Advanced and Less Developed Countries*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1989; Jacobo SCHATTA, Dieter PASS y Álvaro ORSATTI (comps.), *El sector informal en América Latina. Una selección de perspectivas analíticas*, CIDE-Fundación Friederich Naumann, México, 1991; Víctor E. TOKMAN (comp.), *El sector informal en América Latina. Dos décadas de análisis*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1995.

- *Automatización y desarrollo de nuevas formas de organización del trabajo*: los cambios en la estructura productiva se verifican también en el interior de la empresa industrial y de las empresas de servicios³³. A la incorporación de nuevas tecnologías de producción, expulsivas de mano de obra, se suman nuevas formas de organización del trabajo, caracterizadas por la polivalencia, la nueva estructuración de la producción en grupos autónomos, el cambio en las funciones de la calificación laboral. A la concepción industrial fordista, que planteaba la autosuficiencia absoluta de la empresa, se oponen formas de producción en red, que subdividen las etapas de producción en unidades productivas más pequeñas, separando así las responsabilidades de cada unidad. La producción se comprime y se orienta a la oferta, más que a la generación de demanda.

El efecto conjunto de estos factores ha sido lo que hemos denominado *minimización del Derecho laboral*, fenómeno compuesto de dos aspectos: por un lado, la *pérdida de incidencia* del Derecho del trabajo, que cada vez se aplica a un porcentaje menor de la población económicamente activa.

Por otro lado, la *disminución de los umbrales de protección* del Derecho del trabajo: aun dentro del porcentaje de trabajadores asalariados son preeminentes las formas de contratación precarias, o la precarización de las condiciones de contratación por tiempo indeterminado, que debilita las tradicionales "conquistas de los trabajadores"³⁴. Este aspecto suele denominarse *flexibilización laboral*, e incluye una serie de medidas tendientes a reducir los costos laborales del empresario y a permitir una reacomodamiento de la organización de la producción y del trabajo. Así, resurgen múltiples excepciones al

³³ Ver, por ejemplo, Ash AMIN (ed.), *Post-fordism*, Blackwell, Oxford-Cambridge, 1994; y Benjamín CORIAT, *Pensar al revés*, Siglo XXI, México, 1992.

³⁴ Ver, por ejemplo, Andrés BILBAO, *Obreros y ciudadanos. La desestructuración de la clase obrera*, Trotta, Madrid, 1993.

régimen relativamente estable del contrato de trabajo: contratos a término, subcontrataciones, trabajo domiciliario a destajo, nuevas formas de remuneración. El régimen de representación sindical clásico pierde vigencia y queda parcialmente disuelto por la organización del trabajo industrial en grupos relativamente autónomos. Las reivindicaciones tradicionales vinculadas al reconocimiento salarial de la calificación laboral también son afectadas por este tipo de cambios. En el marco de las relaciones individuales del trabajo, se reducen o directamente se eliminan las indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación laboral; se aumenta el poder de determinación del empleador en materia de horario de trabajo, descansos y licencias; se expande la facultad empresarial de modificación de las condiciones de trabajo y tareas asignadas; se limita la responsabilidad patronal en materia de accidentes de trabajo e incluso se tiende a desplazar el accidente de trabajo hacia el ámbito de la seguridad social; se rebajan las cargas sociales patronales; se reemplaza el sistema de protección tradicional de remuneración, abandonando el principio de intangibilidad de las remuneraciones y sustituyéndoselo por acuerdos colectivos o individuales que consagran rebajas remuneratorias, por el otorgamiento de asignaciones no remuneratorias, o bien por la tendencia a vincular las modificaciones salariales con aumentos de productividad. Se registra además una fragmentación de la responsabilidad del grupo empresarial en supuestos de segmentación de la organización de la producción, y una profundización del reconocimiento de la situación de "emergencia" empresarial, dejándose de lado los principios de responsabilidad empresarial por el riesgo de su actividad.

En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, se induce a los trabajadores a la negociación por empresa, en lugar de la tradicional negociación por rama; se establecen nuevos ámbitos de diálogo e intercambio de información (grupos autónomos, consejos de calidad) entre empleador y asalariados,

que debilitan el rol negociador del sindicato; se modifica radicalmente la estructura jerárquica y los principios de calificación del asalariado.

Esta situación de crisis de la sociedad basada sobre el trabajo asalariado tiene también profundo impacto sobre el diseño del esquema de seguridad social, y de todas las políticas sociales del Estado de bienestar que habían adoptado como foco de la asignación de beneficios, transferencias y subsidios la situación del trabajador por tiempo indeterminado. Esas políticas tenían como presupuesto el acceso al trabajo asalariado de gran parte de la población³⁵. En la situación social a la que nos enfrentamos hoy en día, dirigir políticas sociales exclusivamente a los asalariados que aún gozan de un régimen de contratación por tiempo indeterminado significa beneficiar a la aristocracia de los asalariados –es decir, a los trabajadores de mayor calificación, a los de mayor antigüedad y a los que se desempeñan en nichos laborales superprotegidos, como la administración pública–. Esta asignación tiene efectos escasos o nulos sobre los desempleados, sobre los trabajadores menos calificados –más expuestos a la rotación entre situaciones de desempleo y de empleo precario–, y sobre quienes nunca han entrado al mercado de trabajo formal –que son especialmente las mujeres, los adultos mayores, las personas con discapacidad y los jóvenes pobres–.

³⁵ Paradójicamente, este panorama describe las consecuencias que estos cambios provocan en la situación de los países desarrollados de Europa occidental, pero lo cierto es que los presupuestos ideales del Estado de bienestar no se dieron nunca en la mayoría de los países de América Latina –donde jamás se ha generalizado aquel modelo clásico que presupone la inserción en un empleo formal. Efectivamente, la estructura de empleo de gran parte de los países de América Latina se caracteriza por su extenso sector informal, y por el porcentaje de población que queda fuera de la relación formal de trabajo. La Argentina, que –por diversas razones– mantuvo desde los años cuarenta a los ochenta una situación similar a la europea, se ha acercado vertiginosamente en la última década a un cuadro comparable al del resto de los países de América Latina.

En el esquema tradicional del Derecho laboral, la centralidad del trabajo asalariado cobraba además carácter político: constituía una esfera que complementaba todas las actividades de la democracia representativa tradicional, configurándose como espacio de diálogo político-social. Este modelo suponía una reformulación de la democracia política sobre la base de la representación de los trabajadores: la figura del sindicato como actor social y actor político no sólo al interior de la relación de trabajo, sino también fuera de ella, constituía una forma de redefinición de los mecanismos de la democracia política en un contexto en el que los representantes del capital y del trabajo eran considerados actores sociales representativos. En esta línea de ideas, otro desafío al que nos enfrentamos hoy en día es el de establecer mecanismos de participación y de diálogo social en los que estén representados todos aquellos actores sociales excluidos y marginados por la actual crisis de la sociedad del trabajo, cuyas voces no son representadas ni por el sistema de partidos políticos ni por la estructura sindical tradicional por no ser miembros permanentes de la población asalariada.

Este llamado de atención no significa, por supuesto, abandonar la lucha por la protección de la dignidad y las condiciones de trabajo de los asalariados protegidos por el Derecho del trabajo. Significa, sin embargo, tomar conciencia de la necesidad de refundar la noción de derechos sociales, teniendo en cuenta que el aseguramiento de condiciones de vida dignas para todo ser humano no puede depender hoy en día de la identificación de derechos sociales y derechos laborales. Para enfrentar el problema de la creciente dualización y exclusión social a la que se ha enfrentado la sociedad argentina en la última década, es necesario recuperar la vocación de universalidad de los derechos sociales, rompiendo el monopolio de la figura del trabajador asalariado como sujeto de asignación de derechos, y desarrollando técnicas de definición, de asignación, de participación y de garantía que tomen

en consideración la situación de los segmentos más necesitados de la población, marginados hoy en día del mercado de trabajo formal.

El desafío que este panorama plantea tiene que ver con el desarrollo de una idea de derechos sociales que comprenda pero que también trascienda el mundo del trabajo. En alguna medida, se trata simplemente del desarrollo de una intuición que se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los tratados internacionales de derechos humanos que consagran derechos sociales: la idea de que todo ser humano, por el simple hecho de serlo, tiene derechos tales como el derecho a una determinada calidad de vida, el derecho a gozar de ciertos bienes sociales, independientemente de que sea o no trabajador. Es decir, derechos tales como el derecho a un estándar de vida adecuado, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda o el derecho a la educación no deben depender de la condición de trabajador asalariado de su titular, y deben desarrollarse aun fuera de la relación de trabajo.

Sin embargo, pese a su reconocimiento en tratados internacionales que en la Argentina tienen jerarquía constitucional, el desarrollo conceptual, legislativo y jurisprudencial de estos derechos ha sido muy pobre, porque aún cargamos con un aparato teórico que asigna preeminencia a los derechos vinculados con el trabajo como derechos sociales. Esta preeminencia ha dificultado la posibilidad de pensar acerca de otros derechos sociales fuera de la relación de trabajo. Un ejemplo sencillo sirve como evidencia de esta afirmación: en la estructura de los programas curriculares de las facultades de derecho argentinas casi no existe espacio para la enseñanza de una materia sobre el derecho a la salud, el derecho a la vivienda o el derecho a la alimentación. Tampoco hay un desarrollo doctrinario consistente, y existe muy poca jurisprudencia referida a esos temas.

Por todo ello, parte del desafío que suscita el siglo XXI consiste en el desarrollo conceptual y normativo -el desarrollo del

contenido, de los mecanismos de participación y de las garantías jurídicas— de esos derechos sociales que no tienen que ver directamente con la situación del trabajo, para pensar en formas de transferencia de ingreso por fuera de la situación de trabajador empleado por tiempo indeterminado, que aseguren condiciones de vida dignas a toda persona³⁶. En el pasado, mientras que el mecanismo de control de las políticas laborales era el balance de poderes de los sindicatos y la patronal, la noción de política social por fuera del trabajo quedó librada completamente a la discrecionalidad de los poderes públicos: no existe aún una disciplina jurídica de estos derechos; falta una disciplina constitucional, una disciplina legislativa y una disciplina administrativa acerca de todos estos campos, que han permanecido entregados casi por completo a la discrecionalidad de la administración.

³⁶ Un ejemplo interesante en este sentido es la propuesta de una renta básica o ingreso ciudadano, independiente de la calidad de trabajador. Ver, al respecto, Pablo MIRAVET, "El ingreso ciudadano", en Víctor ABRAMOVICH, María José AÑÓN y Christian COURTIS (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, ps. 385-411; Rubén Lo VUOLO (comp.), *Contra la exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano*, CIEPP/Miño y Dávila, Buenos Aires, 1995; Robert VAN DER VEEN, Loek GROOT y Rubén Lo VUOLO (comps.), *La renta básica en la agenda: Objetivos y posibilidades del ingreso ciudadano*, CIEPP/Miño y Dávila/Red Renta Básica, Buenos Aires 2002; Daniel RAVENTÓS, *El derecho a la existencia La propuesta del subsidio universal garantizado*, Ariel, Barcelona, 1999 y *La Renta Básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Ariel, Barcelona, 2001.

Capítulo II

¿A qué se obliga el Estado cuando reconoce derechos sociales?

A la luz de lo dicho, analizaremos algunas de las obligaciones genéricas de los Estados en relación a la totalidad de los derechos sociales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional³⁷. Dada la escasa elaboración doctrinaria sobre la materia —con excepción de los derechos laborales y previsionales— la fuente más importante a emplear es la labor interpretativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸ (en adelante Pacto o PIDESC).

³⁷ Para un análisis más detallado de estas obligaciones, ver Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, Capítulo 2; Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003.

³⁸ Para supervisar el cumplimiento de las obligaciones que emanan del PIDESC, el tratado requiere que los Estados presenten informes periódicos. Desde 1985, el órgano que revisa los informes estatales es un Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —compuesto de 18 expertos elegidos a título personal y considerando una distribución geográfica equitativa—. Desde su segunda sesión, el Comité asumió la práctica de emitir documentos denominados Observaciones Generales, que procuran definir con mayor precisión las principales obligaciones de los Estados en relación con el Pacto y el contenido de los derechos incluidos en él.

De conformidad con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del texto de la Constitución argentina reformada en 1994, los tribunales argentinos, cuando tienen que resolver sobre materias incluidas en tratados de derechos humanos, deben tomar en consideración la normativa internacional y su interpretación jurisprudencial desarrollada por los organismos internacionales de aplicación, entre ellos la del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.