

REFLEXIONES Y PROPUESTAS EN TORNO A LOS DESC

Lisandro FASTMAN

“En el momento en que pierdes la esperanza de lograr un cambio, entras en el peor de los mundos”

Fernando SAVATER ¹

I. Introducción

El contenido de esta breve ponencia ² condensa los resultados de una serie de trabajos anteriores de mi autoría -algunos publicados, otros no ³-, en los que, de una manera u otra, fui analizando ciertas cuestiones relativas a los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC). En la mayoría de aquéllos, me aboqué a problemáticas propias de lo que en ese momento se presentaba como novedoso, tal el caso de una serie de pronunciamientos judiciales que rompían el molde de la tesis clásica en la materia, y venían a receptor -con diversos matices- la doctrina que afirma la justiciabilidad de los DESC. Esos primeros estudios lo fueron, entonces, de la jurisprudencia que emanó tanto de tribunales nacionales, provinciales y -sobre todo- del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

Con el paso del tiempo que separó cada uno de esos artículos, notas y comentarios, sumado a una serie de causas que tramitaron

¹ “Los Siete Pecados Capitales. La ira”, Revista Ñ, 28 de agosto de 2005, disponible en <http://www.clarin.com/suplementos/cultura/2005/08/27/u-1041206.htm>

² Presentada en el 2º Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (20 y 21 de septiembre de 2007).

³ Remito a los trabajos publicados: *Los derechos sociales y su exigibilidad judicial en la República Argentina y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: la aplicación interna de los derechos internacionales*, publicado en el libro *Academy on human rights and humanitarian law: articles and essays analyzing justiciability of economic, social, and cultural rights: legal approaches and the contributions of case law*, cite 22 Am. U. Int'l L. Rev. 127 2006; “Los derechos sociales y el Poder Judicial”, LLGranCuyo 2005 (agosto), 788; “Emergencia social y respuesta de los estrados judiciales”, La Ley 2003-F, 317; “Jurisprudencia de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires en materia de derechos sociales”, volumen 1 de la revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo; “El derecho humano a la alimentación”, DJ 25/10/2006, 540.

en el fuero CAYT, fui repensando ciertas cuestiones, de modo que esta oportunidad se presenta como una buena ocasión para reformular algunos conceptos y, más que nada, proponer interrogantes que permitan enfocar los DESC de un modo diferente.

En este sentido, la distancia me permitió continuar ciertas líneas de análisis, confirmar algunas de las afirmaciones ya vertidas y, al mismo tiempo, modificar mi criterio sobre otras. Parte de todo este proceso de elaboración intentaré volcarlo del modo más conciso y claro posible en los párrafos que siguen.

II. Los DESC y la coyuntura, un obstáculo empedernido

El primer enunciado que haré es, a todas luces, *políticamente incorrecto*: hace un tiempo a esta época que los derechos humanos están de moda. Ello, para bien y para mal. Hay modas pasajeras y otras que logran permanecer en el tiempo. Pero el principal problema de las modas, es que acontecen con una fuerza tal que dificultan la reflexión simultánea sobre sí mismas y sobre los efectos que son capaces de generar. En la marea que provocan, cuesta esfuerzo aventurar si se está transitando por el sendero apropiado o si, por el contrario, se está agotando un recurso genuino y valioso de una manera irresponsable y atolondrada. Puede que también concorra un poco de ambas situaciones. Me costaría resumir aquí todas las razones -de diversa índole- que sustentan mi afirmación. Entiendo que hay de todo un poco: coyuntura política, ciclos sociales, vaivenes económicos, acuerdos regionales, etc. Quizá puede que también sea más una sensación personal que un enunciado empíricamente demostrable. En ese caso, asumo la responsabilidad de mis dichos.

III. Primer efecto negativo de la coyuntura: la mirada miope.

Me adelantaré a las posibles críticas y reconozco desde ya que yo mismo he prestado atención únicamente a ciertos DESC y no a otros; y que dediqué tiempo y páginas al tema, acrecentando la producción literaria sin decir grandes verdades y formando parte -consciente o inconscientemente- de ese aluvión de comentarios y críticas que arremetió sin pausa con los DESC y su nueva impronta en la justicia. Lo novedoso del acontecimiento hizo en parte irreflexivo el análisis y lo limitó a las cuestiones del día a día: el fallo del momento, según cada ocasión. Las primeras condenas judicia-

les en casos de vivienda y alimentación acapararon las miradas y las plumas de muchos, encorsetando toda la variada y amplia gama de los DESC sólo en algunos de ellos. Tan así, que puede observarse incluso en una serie de publicaciones, seminarios, congresos, etc. que bajo el título “DESC” en rigor no se abordaba sino solamente aquellas temáticas (por cierto, de suma validez e importancia, ese no es el punto). En sí mismo esto no es malo ni bueno: el peligro creo que está dado por el hecho de que quede o pueda quedar como única asociación la que indica que un “DESC es = a vivienda y alimentación”. El día a día tiene sus *pros* y sus *contras*, pero en materia de planificación de políticas públicas a largo plazo, huelga decir que resulta ser bastante pernicioso. La solución a las problemáticas involucradas en materia de DESC (pobreza, exclusión, marginalidad, analfabetismo, por citar sólo algunos de los verdaderos asuntos a debatir y que aquejan a la sociedad argentina en su conjunto) lejos están de encontrarse en uno o cien pronunciamientos judiciales; más allá de la noble y destacable tarea de los magistrados y de la sana tentación de muchos de creer en ése como el camino viable.

En oportunidad de anotar uno de los primeros fallos del fuero local (“Cerrado”), sostuve que la cuestión no radicaba en la cautelear dictada en el expediente, sino justamente en esas *cuestiones de fondo*, sus causas y orígenes.

Me permito entonces enmendar aquí cuanto antes uno de los asuntos pendientes mencionados más arriba, con una verdad de Perogrullo: los DESC son mucho más que los derechos a la alimentación y a la vivienda; basta para ello con repasar las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC). Incluso cabría poner el acento en las relaciones de los DESC entre sí y la virtual incidencia de unos sobre otros (vgr. a mayor y mejor educación, menor marginalidad y mayor probabilidad de inserción social).

Ahora bien, otro problema de un enfoque parcial, es el que viene dado por la circunstancia de que, más allá de las cuestiones de jurisdicción y competencia propias de la forma federal de gobierno adoptada por nuestro país (y que deberán dilucidarse en cada causa), lo cierto es que es el Estado Nacional quien comprometió internacionalmente su responsabilidad por el cumplimiento de las normas de los pactos. Es decir, que la articulación de medidas de gobierno en materia de DESC debe ser conjunta entre los poderes constituidos federales y locales.

IV. Una visión superadora

Uno de los principales problemas en materia de DESC es el que viene dado por la tajante polarización de posturas extremas y contrapuestas. Entre quienes pretenden supeditar exclusivamente la efectividad de los DESC a la existencia de partidas presupuestarias (en rigor, el más actual, sutil y elaborado argumento de los pretensos justificativos esbozados por los partidarios de la tesis negativa), y quienes abogan por políticas de asistencialismo total, debe buscarse un horizonte de racionalidad y razonabilidad, que posibilite arribar a la concreción de políticas de Estado serias y eficaces.

Hay que escaparle al falso dilema SÍ A LOS DESC / NO A LOS DESC, que pretende reeditar pujas político-ideológicas que no se condicen con la realidad del mapa político actual. En el Estado de derecho contemporáneo conviven obligaciones estatales típicamente liberales y sociales en forma simultánea. Ello puede provocar ciertas tensiones y discrepancias entre los actores políticos y sociales, mas no fisuras en el andamiaje de las instituciones estatales (sin con ello provocarlas en definitiva en la salud misma del Estado de Derecho).

A este respecto, se ha hecho notar con agudeza intelectual que la utilización de una diferencia teórica en torno a la operatividad o programatividad de las normas, no constituye sino un intento por no materializar el ejercicio de una importante serie de derechos humanos de gran valor para el desarrollo de los proyectos de vida de las personas. La circunstancia de que ciertas normas requieran del dictado de programas -normas reglamentarias que dispongan lo necesario para su implementación- no importa *per se* negar su carácter jurídico-obligatorio, que implica para el Estado el deber de realizar conductas positivas y concretas a fin de garantizar su efectividad (ABRAMOVICH-COURTIS).

En este sentido, a partir de la entrada en vigencia de los pactos, los DESC no están sujetos a la buena voluntad de las autoridades gubernamentales, no son más simples aspiraciones, sino derechos con todas sus implicancias lógicas. La reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 produjo una modificación sustancial en materia de derechos humanos en general y DESC en particular, al otorgar jerarquía constitucional a una cantidad expresa y determinada de Tratados internacionales de derechos humanos (entre estos, el PIDESC). Es decir, que todas las disposiciones consagradas en las normas internacionales de derechos humanos referidas

antes, están vigentes en la Argentina con el más alto rango normativo posible, lo cual no implica en definitiva sino la conformación de un verdadero y por completo nuevo orden jurídico. Además, la Argentina tiene reconocida -aun con anterioridad a la reforma de su Constitución- la competencia del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ⁴.

En el ámbito de la CABA, la posibilidad de exigir judicialmente la efectividad de los DESC es casi plena; esto es, el llevar con probabilidades de éxito ante los estrados judiciales una acción tendiente a hacer realidad la letra de las disposiciones contenidas en diversas normas DESC internacionales, nacionales y locales. El constituyente local optó por “*una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos...*”. La Constitución citadina se diferencia de su par nacional en que contiene una prolífica recepción de normas en materia de políticas públicas y sociales. La plataforma de derechos humanos que se consagró en los pactos internacionales fue ampliada y desarrollada en la norma máxima de los porteños al mejor estilo de las Constituciones forjadas a mitad de siglo XX en la Europa guiada por la cosmovisión del Estado de Bienestar, con los ajustes y modificaciones propios de la época en que fue sancionada, y la existencia de una serie de antecedentes normativos que no estaban presentes en aquel momento de la historia (como la CADH, por sólo nombrar uno de importancia).

El título segundo de la CCABA lleva por nombre el de *Políticas especiales* y, en lo que atañe a los asuntos descriptos en este trabajo, resulta oportuno destacar el siguiente articulado: en el artículo 11 se dice que la Ciudad “promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”. En el artículo 17 que la Ciudad “desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas (...)”. En el artículo 20 se garantiza el derecho a la salud integral “que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vi-

⁴ La Argentina aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 5 de septiembre de 1984.

vienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente (...) El gasto público en salud es una inversión social prioritaria”. En el artículo 21 se “reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado (...) [la Ciudad] [r]esuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”. Por su parte, el preámbulo fija las siguientes líneas directrices: promover el desarrollo humano y garantizar la dignidad e impulsar la prosperidad de sus habitantes. Asimismo, el artículo 10 consagra una disposición de trascendental importancia: “Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

Éste es, básicamente, el plexo normativo constitucional vigente en el ámbito de la Ciudad para algunos de los tantos DESC reconocidos, el que se completa con legislación y demás normas reglamentarias (son varios los decretos que ha dictado el ejecutivo local creando programas especiales, pero esta cuestión requeriría un estudio pormenorizado que escapa al objeto de esta ponencia). Las normas son muy claras. Ahora bien, como dice el cantante “puede que a ti te guste o puede que no”⁵, pero lo cierto es que éste es el diseño y la manda constitucional local en materia de DESC. Puede uno y cualquiera acordar o discrepar con la decisión de los constituyentes (ya sea por el contenido mismo de las normas, los valores en los que se inspiran, la extensión dada a ciertos derechos, el rol que se pretende asignar al Estado local y sus poderes constituidos, etc.), pero mientras no se modifique es ley vigente y como tal debe cumplirse. Esto es así de simple.

V. El máximo nivel que requiere el comportamiento estatal

De lo expuesto se deriva que los DESC deben estar incluidos en la agenda permanente del Estado (lo que comúnmente se denomina cuestión de Estado) y no constituir una variable de tipo político partidaria. Nuestro país se ha obligado jurídicamente en el plano internacional, mediante la suscripción voluntaria y soberana de una serie de Tratados de derechos humanos, a su respeto y promoción; y deben comprenderse las significancias jurídicas y los implicantes fácticos de dicha suscripción, en el sentido de que no cabe

5 SERRAT, Joan Manuel, *Te guste o no*.

confundir su realidad concreta, con la discursiva o retórica *políticamente correcta* que generalmente los circunda y publicita.

VI. Las prácticas a erradicar

Nos encontramos aquí con otro grave problema enquistado en lo más profundo de nuestra historia política. Gobiernos de distintas cepas han utilizado las herramientas disponibles para obtener fines distintos de aquellos contemplados en las normas DESC. Así, lo que suele guiar la “proximidad social” con los destinatarios de las normas, es la obtención de réditos electivos, prácticas de clientelismo, de control social, etc. En este aspecto, se requiere de un profundo cambio cultural, en todos los ángulos: participación ciudadana activa en la toma de decisiones públicas; en el control de los actos de gobierno; una revalorización del trabajo como propulsor del sustento de cada ciudadano; una modificación de la idiosincrasia de aquel que recibe la asistencia estatal (erradicar la idea de que es mejor cobrar sin trabajar que a la inversa). El asistencia-lismo estatal como única política pública destinada a paliar los bajísimos niveles de vida de vastos sectores de la población, no es eficaz en el logro de sus objetivos. Se ha llamado la atención sobre los perjuicios de la continuidad de ciertos planes sociales ⁶, la discrecionalidad con que son distribuidos y la manipulación política y el manejo clientelar a través de los mismos, lo que motivó incluso consecuencias negativas para el país en el ámbito internacional ⁷.

6 Ver Centro de Estudios Legales y Sociales, “Plan Jefes y Jefas: ¿Derecho Social o Beneficio sin Derechos?”, 3, 42, 46-47 (2003). En este informe se indica que el plan nació “principalmente como instrumento para apaciguar un conflicto social de características inéditas que ponía en juego la continuidad del sistema político institucional”, pero que se “debe evitar el accionar asistencial-cortoplacista que, usualmente, reproduce la exclusión menguando las condiciones más extremas de la pobreza estructural... y facilita el manejo discrecional por parte de los funcionarios estatales”. Id. en 3, 42, 46. “El plan sólo representa un paliativo asistencial destinado a controlar y apaciguar potenciales situaciones de violencia social... y no con una verdadera vocación de instrumentar un sistema de redistribución de ingresos que garantice el derecho a un nivel de vida digno a toda la población”. Id. en 47.

7 La Oficina de Integridad del Banco Mundial ha llevado adelante una investigación por irregularidades detectadas en el Programa Jefas y Jefes de Hogar. Ver Ana BARÓN, “El Banco Mundial también frenó créditos para el Plan Jefas y Jefes”, Diario Clarín, 28 de noviembre de 2005 (Arg.), disponible en <http://www.clarin.com/diario/2005/11/28/elpais/p-00401.htm>. Así, un crédito por 350 millones de dólares para dicho Plan habría sido frenado hace casi un año por el propio presidente del Banco Mundial Paul Wolfowitz, debido a que la entidad

Por otra parte, la Argentina ya ha salido de la gravísima situación de crisis económica (y social) que tuvo su momento de explosión a fines del año 2001⁸, lo que importa con mayor razón aun la imperiosa necesidad de redefinir el asistencialismo como la única herramienta para combatir los persistentes y tristemente arraigados problemas sociales mas extremos.

VII. Conclusiones

1. Razonabilidad en la construcción de políticas públicas e institutos sólidos y eficaces para el logro de los fines consignados en las normas DESC.

2. Existe un amplio elenco de DESC producto del sistema jurídico vigente.

3. Hay más obligaciones específicas para los poderes constituidos⁹ y, particularmente en el régimen jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, la presión normativa es mayor.

4. La “judicialización” (bien entendida¹⁰) de los DESC es un logro para el Estado de derecho. En efecto, de poco sirven los amplios reconocimientos que terminan en la propia letra de las normas que los fijan, y no son aptos para ser llevados a conocimiento

detectó problemas de corrupción en su instrumentación, sospechando de prácticas de clientelismo y favoritismo por razones electorales. Aparentemente, ahora, debido a los progresos del Ministerio de Trabajo en la implementación y transparencia del programa, en marzo próximo el crédito sería destrabado por el Directorio del Banco Mundial. Ver Ana BARÓN, “Sería aprobado en marzo por el Directorio: el Banco Mundial destraba un crédito que fue bloqueado por irregularidades”, Diario Clarín, 16 de enero de 2006 (Arg.), disponible en <http://www.clarin.com/diario/2006/01/16/elpais/p-00501.htm>.

8 La economía ha venido creciendo en los últimos años a niveles muy altos, promediando el 8 % y las reservas del Banco Central aumentaron considerablemente; hechos ambos, entre otros, que motivaron la cancelación en efectivo de la deuda externa que el país tenía con el Fondo Monetario Internacional, de más de 9 mil millones de dólares. Ver Isidoro GILBERT, “Canceló ayer su deuda con el FMI”, La República, 4 de enero de 2006 (Arg.), disponible en http://www.reluita.org/internacional/argentina_deuda_fmi.htm.

9 Const. Arg. art. 14. Se ha dicho con acierto, a su vez, que la educación “es una obligación sustantiva del Estado liberal y social de derecho tal como lo establecen los Tratados de Derechos Humanos ... después de la reforma constitucional de 1994 las obligaciones en materia educativa aumentaron”, GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 110 (2006).

10 Esto es, el inicio de una causa judicial frente a la afectación concreta de un derecho y no el Poder Judicial entendido como el órgano estatal capaz de fijar una política pública.

de los jueces; o, incluso, aun en los supuestos en que esté garantizado el acceso judicial, si luego existen parámetros de sistemáticos rechazos a los planteos formulados, sin efectuar siquiera una mínima consideración del asunto. Debe existir acceso garantizado al Servicio de Justicia y éste no ser puramente formal.

5. La situación ideal es aquella que indica que no resulte necesario acudir a ningún juez para ejercer plenamente un derecho (cualquiera sea su tipo y amplitud normativa reconocida).

6. La *emergencia económica* que otrora permitió mayores limitaciones y restricciones a los derechos individuales de carácter patrimonial, en su corolario de *emergencia social*, operó como fundamento para robustecer y efectivizar los derechos individuales de carácter personal o personalísimo.

7. Superada -con matices- la crisis del año 2001, se impone repensar el sistema de DESC vigente.