

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Matías Pedernera Allende* (Argentina)

Los compromisos internacionales sobre derechos fundamentales y su influencia en la política económica. Reflexiones a partir del caso argentino**

RESUMEN

La constitucionalización de tratados de derechos humanos ha generado una multiplicidad de obligaciones en cabeza de los Estados parte. La política económica no es ajena a esas obligaciones. En este trabajo se tomará como punto de partida el caso argentino, desde el que se mostrará que los compromisos internacionales relativos a derechos fundamentales impactan el diseño económico de un Estado. Para ello, se señalarán las obligaciones genéricas del Estado frente a los derechos. Asimismo, se indicarán las implicancias conceptuales de los derechos en relación con la política económica. Finalmente, se analizará por qué dichas obligaciones reducen la discrecionalidad de los poderes públicos en el diseño económico del Estado.

Palabras clave: obligaciones iusfundamentales, política económica, reducción de discrecionalidad.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Konstitutionalisierung von Menschenrechtsverträgen hat den Unterzeichnerstaaten vielfältige vorrangige Verpflichtungen auferlegt, wovon auch die Wirtschaftspolitik nicht ausgenommen ist. Am Beispiel Argentiniens legt der Beitrag dar, wie die internationalen Verpflichtungen auf dem Gebiet der Menschenrechte die wirtschaftspolitische Ausrichtung eines Staates beeinflussen. Dazu wird zunächst auf die aus den Rechten erwachsenden allgemeinen Verpflichtungen des Staates eingegangen. Sodann werden die konzeptionellen Auswirkungen der Rechte auf die

* Abogado (UNC); maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) y en Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli studi di Genova). Profesor adscrito de las cátedras de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (UNC). m.pedernera.allende@gmail.com

** El autor agradece las valiosas sugerencias de los revisores anónimos del texto.

Wirtschaftspolitik dargelegt. Abschließend wird untersucht, inwiefern die genannten Verpflichtungen den Entscheidungsspielraum der staatlichen Stellen hinsichtlich der wirtschaftspolitischen Ausrichtung des Staates einschränken.

Schlagwörter: Grundrechtliche Verpflichtungen, Wirtschaftspolitik, Einschränkung des Entscheidungsspielraums.

SUMMARY

The constitutionalization of human rights treaties has generated a multiplicity of obligations of the State parties. Economic policy does not fall outside these obligations. This work will take the Argentine case as a starting point, from which it will be shown that international commitments related to fundamental rights have an impact on the economic design of a State. To this end, it will discuss the State's generic obligations vis-à-vis rights. It will also address the conceptual implications of rights in relation to economic policy. Finally, it will analyze why these obligations reduce the discretion of public powers in the economic design of the State.

Key words: Obligations related to fundamental rights, economic policy, reduction of discretion.

Introducción

La incorporación de tratados de derechos humanos a los sistemas constitucionales ha traído numerosas consecuencias. Uno de los efectos más fuertes de esa incorporación ha sido el de control jurisdiccional por parte de órganos supranacionales. Así, el reconocimiento de derechos a las personas que viven en la jurisdicción de los Estados adherentes les genera la posibilidad de exigir judicialmente su cumplimiento desde las instancias nacionales a las internacionales.

En ese contexto, podría afirmarse que otro efecto de la incorporación de tratados de derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales tiene que ver con el diseño económico de los Estados parte. Así, el compromiso del Estado a cumplir determinadas exigencias respecto de los derechos fundamentales necesariamente repercute en qué medidas de política económica se toman e incluso en cuáles no se toman. De algún modo, la discrecionalidad política en la configuración del plan económico se reduce.

Ello es así, por cuanto la asunción de los mencionados compromisos internacionales genera obligaciones para los Estados relativas al desarrollo progresivo de los derechos. Ciertamente, no todas las decisiones de política económica son idóneas para promover derechos. Y entre las idóneas, no todas son igualmente eficaces.

En este trabajo se mostrará, en un plano descriptivo, cómo impactan los compromisos internacionales relativos a derechos fundamentales en el diseño económico de un Estado, en particular del caso argentino. Para ello, en primer lugar, se señalarán

las obligaciones genéricas que el Estado tiene frente a los derechos. Luego, se indicarán las implicancias conceptuales que los derechos generan a nivel económico. Finalmente, se analizará por qué es posible afirmar que los compromisos señalados tienden a reducir la discrecionalidad de los poderes públicos en el diseño de la política económica. Si bien el punto de partida es el caso argentino, las conclusiones pueden ser aplicables a aquellos Estados que han adherido a ciertos compromisos internacionales de derechos humanos.

1. Compromisos iusfundamentales y obligaciones estatales

El punto de partida de este trabajo será un presupuesto fáctico del que se siguen consecuencias jurídicas. Este punto inicial tiene que ver con la asunción de compromisos por parte de los Estados en general y del argentino en particular. Que un Estado reconozca ciertos derechos mediante mecanismos institucionales para obligarse *ad intra* y *ad extra* del marco nacional, es un hecho generador de obligaciones para ese Estado y de la consecuente posibilidad de exigir derechos por parte de los ciudadanos.

La situación descrita es aplicable a Estados que han suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos y han aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales previstos por esos instrumentos. Uno de ellos es el Estado argentino. El caso de la República Argentina es particular por cuanto algunas de las convenciones señaladas gozan de estatus constitucional mediante su inclusión en la carta política en el conocido artículo 75, inciso 22. Así, texto constitucional y tratados internacionales han pasado a formar un todo normativo llamado “bloque de constitucionalidad federal”.¹

De ese modo, el señalado artículo atribuye jerarquía constitucional, entre otros, a los siguientes instrumentos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por ello, se ha dicho que el vértice de la estructura jurídica se extiende, y los órganos de control de constitucionalidad se multiplican. De ese modo, el sistema de fuentes crece de manera exponencial.² Sin lugar a dudas, en todos aquellos Estados donde se repite este esquema de protección intensa hay consecuencias de índole institucional, jurídica e incluso económica.

¹ Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 583-587.

² Cfr. Andrés Rossetti, “Globalización, derechos humanos y control de convencionalidad: efectos en el sistema jurídico argentino”, en Silvia Palacio de Caeiro (dir.), *Tratado de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 198.

En relación con las consecuencias jurídicas, se han precisado al menos tres obligaciones de tipo general que vinculan a los Estados parte de estos instrumentos internacionales.³ Se trata de (i) la obligación de adoptar medidas inmediatas, (ii) de garantizar niveles esenciales de derechos y (iii) de lograr progresivamente los derechos a los que se comprometió. El cumplimiento de estas obligaciones no solo debe verificarse ahora en el contexto del control de constitucionalidad, sino también como una exigencia del llamado control de “convencionalidad”.⁴

Una de las obligaciones que surge para el Estado adherente a las normas internacionales que consagran derechos fundamentales es la de *adoptar medidas inmediatas*. Esto quiere decir que, una vez asumidos los compromisos, el Estado

debe comenzar a “dar pasos”, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y que debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido.⁵

Uno de los principios fundamentales de la adopción de medidas inmediatas tiene que ver con la no discriminación.⁶ En efecto, el goce igualitario entre los miembros de una comunidad política no admite dilación alguna. Al respecto, se han señalado dos concepciones de igualdad que varían en intensidad. Una de ellas, la igualdad como no discriminación, hace referencia a la clásica igualdad ante la ley que excluye la arbitrariedad por parte del Estado. La otra, la igualdad como no sometimiento, se concentra en las situaciones de inequidad estructural y busca revertir situaciones de subordinación que la primera concepción puede no contemplar.⁷

La igualdad en el goce de los derechos sugiere la aplicación tanto de una como de otra concepción. En efecto, tal como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) respecto al derecho a la educación, “[l]a prohibición de discriminación no está supeditada ni a una implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos y se aplica plena e inmediatamente a todos los

³ Se seguirá el esquema propuesto por Víctor Abramovich y Christian Courtis en *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Trotta, 2002, *passim*). Si bien en la obra los autores hacen referencia a obligaciones emanadas de los derechos económicos, sociales y culturales, aquí se las tomará en sentido genérico, aplicándolas a los derechos fundamentales en general. En el apartado siguiente se hará referencia a la relatividad de la distinción que también estudian los autores referidos.

⁴ Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, *passim*.

⁵ Abramovich y Courtis, *op. cit.*, pp. 79-80.

⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 82.

⁷ Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 79.

aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”⁸

Bajo ese principio, Abramovich y Courtis han destacado al menos tres medidas que el Estado debe adoptar. Una de ellas tiene que ver con la adecuación del marco legal.⁹ Es decir, debe derogar o modificar todas aquellas normas que impidan el cumplimiento de sus obligaciones o resulten discriminatorias.¹⁰

Otra de las medidas que el Estado debe disponer en el marco del Pidesc, pero extensible a todos los derechos de jerarquía constitucional, tiene que ver con el relevamiento de información, vigilancia efectiva y diseño de planes de cumplimiento.¹¹ Una consecuencia de la adopción de medidas inmediatas es la verificación de la efectividad de los derechos. La producción de información es un presupuesto de la vigilancia, y esta debe estar disponible para asegurar el control. A su vez, la vigilancia debe ir acompañada de un plan de acción para asegurar el cumplimiento de dichos derechos.¹²

En el marco de las obligaciones inmediatas, el Estado debe además asegurar recursos judiciales efectivos. La efectividad del recurso tiene que ver, por una parte, con una estructura adecuada para el tipo de derecho que se trate.¹³ Esto es, que el diseño clásico de recursos para resguardar derechos civiles no debe dejar de lado a otros tipos de derechos. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la efectividad del recurso se sustenta en “el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable [...] Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”.¹⁴

Otra de las consecuencias jurídicas que emana de los referidos instrumentos internacionales de derechos humanos es la *garantía de niveles esenciales de los derechos*. Un concepto emanado del derecho constitucional que guarda estrecha relación con esta obligación es la garantía del contenido esencial de los derechos. Al respecto, se ha dicho que “el contenido esencial prescribe [...] que los órganos de gobierno del

⁸ CDESC, OG núm. 13, punto 31, citado en Christian Courtis, “Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, p. 37.

⁹ Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰ En el marco del sistema interamericano, ello constituye una consecuencia del control de convencionalidad, que –según lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gelman vs. Uruguay– incluye tanto la emisión como la aplicación de las normas.

¹¹ Cfr. Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 83.

¹² *Ibid.*, p. 84.

¹³ *Ibid.*, p. 87.

¹⁴ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, párrafos 64 y 66.

Estado desarrollen los derechos fundamentales, de manera que puedan ser realmente ejercidos por todos los ciudadanos. Esta propuesta hermenéutica implica, entre otras cosas, resaltar la faceta prestacional de los derechos fundamentales”¹⁵

Así, el cumplimiento de esta obligación puede implicar acciones de naturaleza positiva cuando los derechos no puedan ser realmente ejercidos por sus titulares, esto es, no alcancen los mínimos. O simplemente de conservación cuando esos mínimos se cumplan. Sobre ello, el CDESC ha señalado que “un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones”¹⁶

Finalmente, otra de las obligaciones generales que surge para el Estado es el logro progresivo de los derechos que se ha comprometido asegurar.¹⁷ Se trata de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad desarrollada específicamente en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el artículo 2 del PIDESC establece el compromiso de los Estados parte en la adopción de medidas “especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para *lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Se ha señalado que la progresividad presupone dos sentidos complementarios.¹⁸ Por un lado, la gradualidad. Esto es, que los derechos no pueden realizarse en un periodo corto de tiempo. Sin embargo, ello se inscribe en un contexto en el cual los Estados firmantes se han comprometido a una realización inmediata de los derechos.

El otro sentido de la progresividad consiste en la obligación del Estado de mejorar las condiciones de disfrute de los derechos. La contracara de esto es la prohibición de regresividad. Es decir, el Estado no debe adoptar políticas o normas que empeoren la situación de los derechos cuando se ha llegado a cierto nivel.

Sobre los parámetros de medición de la prohibición de regresividad, el CDESC ha señalado que

la prohibición de regresividad significa que cualquier medida adoptada por el Estado que suprima, restrinja o limite el contenido del derecho garantizado por la ley, constituye, *prima facie*, una violación del derecho en cuestión. Esto conlleva una comparación entre las legislaciones, regulaciones o prácticas

¹⁵ Juan Cianciardo, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 277.

¹⁶ CDESC, OG núm. 3, punto 10, citado en Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 89.

¹⁷ Cfr. Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 93.

¹⁸ *Idem*.

previamente existentes y la aprobada posteriormente, con el fin de evaluar su carácter regresivo.¹⁹

La somera descripción precedente de las obligaciones estatales frente a los derechos fundamentales emanados de convenciones internacionales muestra que el Estado se halla fuertemente vinculado. Tiene obligaciones de diversa índole, respecto de las cuales debe tomar diversas medidas institucionales que se extienden desde el campo legal al campo del diseño de políticas públicas, todo ello sujeto al control judicial.

2. Implicancias económicas de la normatividad de los derechos

En el apartado anterior se ha mostrado de manera genérica cómo el Estado que asume compromisos respecto a los derechos fundamentales se halla fuertemente vinculado. Ahora bien, las obligaciones del Estado deben realizarse a través de diversos medios. Uno de esos medios fundamentales tiene que ver con los recursos económicos. En otras palabras, el goce de los derechos depende de los recursos económicos. En este apartado se abordará la cuestión relativa a la proyección económica de los derechos fundamentales desde un punto de vista conceptual.

La presencia del elemento conceptual “derechos fundamentales” implica la idea de normatividad. Como contrapartida, ello supone la idea de deberes: afirmar que alguien tiene un derecho a algo supone afirmar conjuntamente que alguien tiene un deber correlativo con respecto al mismo objeto del derecho.²⁰ Así se ha mostrado en el apartado precedente: el Estado que ha suscrito convenios internacionales tiene fuertes deberes respecto a los derechos.

Ahora, si bien cada derecho tiene formas de cumplimiento específico, podría afirmarse que desde el punto de vista de los recursos económicos hay cierta unidad entre los derechos. Goza de cierta difusión aquella distinción que señala que para el cumplimiento de los derechos civiles es preciso una abstención del Estado, mientras que para satisfacer derechos sociales es necesaria la acción estatal. No obstante, desde la óptica económica, todos los derechos precisan de una estructura económica que los respalde.

¹⁹ Comisión Internacional de Juristas, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, trad. de Cristina Fangmann, Ginebra, CIJ, 2010, p. 34.

²⁰ Desde la óptica moral de los derechos, es decir, no necesariamente positiva, se ha señalado que aquello que se debe moralmente no coincide por completo con los deberes u obligaciones morales sino que tiene un contenido más amplio. Así, una adecuada comprensión de los derechos no solo tiene una dimensión deóntica sino también una dimensión valorativa: el objeto del derecho es un *bien* para los miembros de la clase a la que se adscribe el derecho (Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 37-38).

En efecto, se ha dicho que todo derecho que goce de protección legal es necesariamente positivo, en el sentido de que requiere la acción del Estado. Así, “si los derechos fueran meras inmunidades a la interferencia pública, la virtud suprema del Gobierno (en relación con el ejercicio de los derechos) sería la parálisis o la invalidez. Pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera las que parecen totalmente ‘negativas’, como el derecho a no ser torturado”.²¹

Esto quiere decir que como mínimo es necesaria una maquinaria estatal eficiente para asegurar el cumplimiento de los derechos, aun de aquellos que en apariencia no requieran gran actividad. La contrapartida de esta afirmación es aquel argumento que señala que el Estado debería limitarse solamente a la protección de la propiedad o la libertad individual y no asumir compromisos de tipo social. Sin embargo, aun cuando de hecho ello no sea posible mientras subsista la vigencia de instrumentos internacionales de protección de derechos, tampoco sería cierto a nivel conceptual. Ello por cuanto incluso la libertad privada depende de la calidad de las instituciones públicas.²²

De allí, en consecuencia, el común denominador entre derechos civiles y derechos sociales:

A los derechos sociales les sucede en cierta medida algo semejante a lo que acaece respecto de los derechos de libertad, que [...] se basan en recursos sociales, públicos. Estos recursos no solo son necesarios para el mantenimiento del poder coercitivo del Estado, sino que sirven además para dotar a los individuos de las condiciones materiales y espirituales de vida necesarias que aseguren su favorable disposición a la aceptación y al respeto de los derechos de los demás.²³

La realización de los derechos fundamentales tiene un costo económico. Pero, para que esa satisfacción resulte posible es necesario contar con mecanismos de control. Existen varios frentes de protección de los derechos; sin embargo, uno de índole económica particular es el presupuesto. Se lo ha catalogado como una garantía institucional para la realización de derechos.

Al respecto, se ha destacado que “el presupuesto es el instrumento legislativo que marca en gran medida la política pública que lleve a cabo la Administración en materia de derechos”.²⁴ Mediante este instrumento legislativo es posible verificar la deferencia del Estado hacia los derechos fundamentales, observando de qué modo las partidas presupuestarias respaldan los planes de acción para la satisfacción de

²¹ Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los derechos*, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 64.

²² *Ibid.*, p. 137.

²³ Gianluigi Palombella, *La autoridad de los derechos*, trad. de José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Madrid, Trotta, 2006, pp. 55-56.

²⁴ Courtis, *op. cit.*, p. 140.

derechos. En este sentido, la idea de control se hace presente en torno a la discusión del presupuesto. Tanto las agencias oficiales como las organizaciones de derechos humanos y los ciudadanos en general debieran poder verificar que el presupuesto acompañe los compromisos iusfundamentales. Apuntalan este control, el acceso a la información pública y el combate a la corrupción.²⁵

Ahora bien, el fuerte compromiso que demandan los derechos fundamentales, de alguna manera debilita la libertad de configuración que el legislador tiene sobre el presupuesto. Tal como ha afirmado Alexy, “todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo, lo hacen de una manera incómoda para este y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria”.²⁶

Resulta ilustrativo en este punto traer a colación un caso resuelto por la Corte Suprema argentina²⁷ sobre derecho a la vivienda. Allí, uno de los argumentos de la parte demandada (Ciudad de Buenos Aires) fue que los cursos de acción del Estado se encontraban atados a una limitación presupuestaria generada por un presupuesto inelástico. Al respecto, los jueces determinaron que la asignación de los recursos presupuestarios por parte del Estado subnacional, no puede prescindir de la obligación primera a la que se comprometió el Estado argentino: dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos. De ese objetivo depende el argumento de la utilización del máximo de los recursos disponibles.²⁸

El mismo tribunal argentino ha advertido la gravedad de la situación en la que “los derechos de los habitantes se [encontrasen] a merced de la discrecionalidad con que el poder público resolviese llevar su política económica”.²⁹ De este modo, puede afirmarse que los derechos “configuran los límites exteriores de la competencia legal de las instituciones políticas” y ayudan “a definir lo que está bien o mal que el Gobierno haga”.³⁰ Y ello es también aplicable al diseño de la política económica y la asignación de recursos presupuestarios.

Ciertamente, los instrumentos que consagran derechos no son planes de tipo económico. Sin embargo, dado que todo derecho implica un costo, y que las obligaciones estatales adquieren una fuerte vigencia en el momento de configurar el presupuesto, dichos instrumentos marcan el rumbo económico de un Estado de

²⁵ *Ibid.*, p. 141.

²⁶ Robert Alexy, “Derechos sociales fundamentales”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 80. Disponible en: <http://www.biblio-juridica.org/libros/4/1658/4.pdf>.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Q. C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

²⁸ *Ibid.*, considerando 14.º del voto mayoritario.

²⁹ CSJN, Tobar, Leónidas c/ E.N. Mro. Defensa Contaduría General del Ejército, Ley 25.453 s/ amparo, Ley 16.986.

³⁰ Fernando Atria, “Legalismo, derechos y política”, en Roberto Saba (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 108.

una manera bien clara. Los derechos fundamentales se erigen en límites fuertes a la configuración de la política económica. En consecuencia, ello reduce la discrecionalidad de las agencias ejecutivas y legislativas en la creatividad del diseño económico.

3. Derechos, política económica y reducción de la discrecionalidad

Como se ha indicado, la fuerte protección constitucional de los derechos fundamentales ha hecho que la discrecionalidad de los poderes políticos se reduzca también en materia económica. La existencia de textos constitucionales normativos “genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles”,³¹ de manera que ya no es imprescindible la mediación del legislador para que los mandatos constitucionales resulten efectivos.³² En otras palabras, la normatividad de los derechos constitucionales se define “por la viabilidad de hacer obligatorio su cumplimiento, de darle aplicación sin necesidad ineludible de intermediarios, de obtener sanción o remedio al incumplimiento o a la violación”.³³ En este punto se aprecia la relevancia del control judicial.

Una de las llamadas “doctrinas evasivas” del control de constitucionalidad es la de las cuestiones políticas no justiciables. El fundamento de esta doctrina tiene que ver con el respeto a las competencias privativas de cada uno de los poderes del Estado o con su alto contenido político. Tanto un caso como el otro quedarían exentos del control de los jueces.³⁴ Así, la propia Corte Suprema argentina ha dicho que “la misión más delicada de la Justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones”.³⁵

Así, una premisa clásica de la idea de división de poderes ha sido la señalada por Alexander Hamilton en la lectura LXVIII de *El Federalista*, en cuanto a que al poder ejecutivo le corresponde la espada, al poder legislativo el control de la bolsa, y, por tanto, el poder judicial es el más débil de los tres. Que el poder legislativo controle la bolsa quiere decir que la fijación y el diseño de la política económica son privativos de este.³⁶

³¹ Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *AFDUAM*, núm. 5, 2001, p. 205.

³² *Ibid.*, p. 206.

³³ Germán Bidart Campos, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 29.

³⁴ Alfonso Santiago, *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 175.

³⁵ CSJN, “Ricardo Bonevo”, *Fallos* 155:248.

³⁶ Ciertamente, la distinción es histórica; sin embargo, es relevante considerar el papel del Poder Judicial en los inicios del constitucionalismo moderno, ajeno a las cuestiones económicas.

Sin embargo, tal como se ha visto, cada vez más cuestiones de índole económica, esto es, de recursos necesarios para la satisfacción de derechos, son objeto de control jurisdiccional. Es que, como se ha explicado, el sistema constitucional contemporáneo tiende a distinguir “entre lo que es propiamente cuestión política, es decir, la facultad privativa y discrecional de los poderes no revisable judicialmente, y lo que es cuestión constitucional, cuyo examen sí están habilitados a realizar los jueces”.³⁷

Podría afirmarse que aquella tendencia tiene al menos una condición y una consecuencia. La condición es la llamada “dimensión prestacional” de los derechos. La expresión tiene su origen en el marco de la doctrina constitucionalista española. Así, el artículo 9.2 de la Constitución de España de 1978 dispone: “Corresponde a los poderes públicos *promover las condiciones* para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; *remover* los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

Así, se ha dicho que promover la libertad y la igualdad significa promover los derechos fundamentales. En el contexto de un Estado social de derecho, ello requiere un papel activo del Estado. De ese modo, las prestaciones constitucionales pueden consistir en actividades de dar o de hacer. En cuanto a las obligaciones de “dar”, ellas se concretan en prestaciones de naturaleza económica. Es decir, se trata de asegurar las condiciones materiales para que los ciudadanos hallen satisfechos sus derechos. En cuanto a las obligaciones de “hacer”, ellas constituyen medidas de facilitación que generan las condiciones para el desarrollo de los derechos.³⁸

En consecuencia, este esquema básico que demanda un papel fuerte por parte del Estado, no es sino la simplificación del esquema de protección de derechos que surge de los instrumentos internacionales que demandan derechos. Su premisa básica es que la simple abstención del Estado como modo de respetar derechos ha quedado en el pasado.

La consecuencia de este esquema prestacional en el marco de un Estado de derecho tiene que ver con el control de constitucionalidad. En efecto, se ha hecho referencia a las tensiones generadas por la consagración de los derechos y la discrecionalidad de los poderes políticos en el diseño del plan económico. Así, frente a esta órbita antes ajena al control judicial, ahora resulta actual y necesario un “control de razonabilidad” de las políticas públicas.³⁹

De esta manera, una medida de gobierno –en particular, una de política económica– quedará bajo escrutinio del poder judicial cuando afecte derechos

³⁷ Santiago, *op. cit.*, p. 176.

³⁸ Antonio Martínez Pujalte, “Dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión”, en Antonio Martínez Pujalte y Tomás de Domingo, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Granada, Comares, 2011, pp. 146-147.

³⁹ Sobre el control de la razonabilidad de las políticas públicas, ver Alfonso Santiago, “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”, en Christian Steiner (ed.), *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2014*, Bogotá, KAS, 2014.

fundamentales. El control judicial deberá verificar la razonabilidad de la medida en dos pasos: considerando su razonabilidad, entendida como balance entre costos y beneficios, y teniendo en cuenta la razonabilidad como no alteración de los derechos en cuestión.⁴⁰ Por ello se ha afirmado que “la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestacional”.⁴¹

En consecuencia, las decisiones de gobierno en materia de política económica deben transitar por el cauce trazado por la razonabilidad. Por un lado, deberán ser adecuadas, necesarias y guardar una relación razonable con los fines establecidos en la Constitución. Por otro lado, no deberán alterar (por acción u omisión) los derechos fundamentales consagrados en la misma.

Como puede observarse, la discrecionalidad de las agencias ejecutivas o legislativas se reduce a la hora de adoptar decisiones en materia económica. La jurisprudencia de la Corte argentina ha señalado este hecho al destacar que

las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación [...] No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución.⁴²

Ronald Dworkin ha estudiado los sentidos de la discrecionalidad en el ámbito judicial. Sin embargo, dada la claridad y la utilidad práctica de la distinción, aquí se hará uso de la misma para verificar en qué medida puede afirmarse que los funcionarios políticos conservan potestades discrecionales para adoptar decisiones de política económica.⁴³

Un primer sentido de discreción tiene que ver con la imposibilidad de aplicación mecánica de una regla (por ejemplo: satisfacer el derecho x de manera progresiva). Así, el empleo de la norma por parte del funcionario requiere discernimiento, puesto que la información necesaria a tal fin es limitada. De ese modo, se dice que hay discrecionalidad, ya que los estándares que guían la adopción de la decisión pueden ser razonablemente interpretados de maneras diversas por personas diferentes.

Un segundo sentido de discreción hace referencia a la ausencia de controles desde una autoridad superior respecto de quien aplica la regla. En este sentido, se dice

⁴⁰ Cfr. Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad, del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009, pp. 112-113.

⁴¹ *Ibid.*, p. 114.

⁴² CSJN, “Verbitsky”, *Fallos* 328:1146, citado en Santiago, 1999, *op. cit.*, p. 310.

⁴³ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Madrid, Ariel, 1989, pp. 83 y ss.

que la decisión es no revisable y que la autoridad del aplicador es final, por tanto, hay una libertad a la hora de resolver.

Finalmente, en tercer lugar, es posible hablar de un sentido fuerte de discreción. Este sentido supone que el agente de la decisión no está limitado por estándar alguno. En otras palabras, aunque la actividad esté rodeada de deberes, este tercer sentido implica que no hay un deber concreto que oriente hacia una decisión determinada.

A partir de todo lo expuesto puede verse cómo en relación con los tres sentidos precedentes, la discrecionalidad política se reduce. Por un lado, porque aun cuando hay diversas maneras razonables de llevar a cabo una política de derechos fundamentales, los cursos de acción están fuertemente orientados hacia la satisfacción de los mismos y asegurados mediante las exigencias de inmediatez, no discriminación, progresividad, etc. La discrecionalidad es, entonces, débil.

Por otro lado, porque al haberse erosionado la idea de cuestión política no justificable, los poderes políticos tienen frente a sí un poder controlador que tiene el deber constitucional de verificar la razonabilidad de la decisiones que tome.

Finalmente, es evidente que las decisiones políticas que afectan derechos fundamentales se hallan rodeadas de estándares legales que van desde directivas genéricas, como las mencionadas, exigencias específicas propias de cada derecho, y el control de razonabilidad que exige los tres subprincipios nombrados *supra*. Es decir, claramente, tanto el poder ejecutivo como el poder legislativo carecen de discrecionalidad en sentido fuerte a la hora de diseñar la política económica.

4. Conclusiones

La asunción de compromisos internacionales relativos a derechos humanos por parte de un Estado genera para este una multiplicidad de obligaciones. Ciertamente, estas dependen de cada derecho en particular. Pero, a su vez, es posible identificar al menos tres obligaciones genéricas comunes a todos los derechos fundamentales: la obligación de adoptar medidas inmediatas, la de garantizar niveles esenciales de derechos y la de lograr progresivamente los derechos a los que se comprometió.

Una razón para agrupar todos los derechos sin distinción sobre su carácter civil o social tiene que ver con el accionar positivo del Estado para su efectividad. En efecto, todos los derechos precisan de un Estado fuerte con capacidad para satisfacerlos. Esa capacidad depende en gran medida de los recursos económicos. Sin recursos no es posible satisfacer derechos. Por ello, todos los derechos requieren de una maquinaria estatal –jurídica, económica e institucional– para su realización, incluso aquellos que *prima facie* se satisfacen mediante aparentes abstenciones del Estado.

Un valioso instrumento para controlar cómo el Estado cumple sus obligaciones en materia de derechos fundamentales es el presupuesto. A través suyo, es posible cotejar de qué modo los poderes públicos cumplen con los estándares de satisfacción

de derechos. La presencia de estos estándares, a su vez, limita la libertad de configuración presupuestaria del legislador. Ciertamente, la discrecionalidad del legislador no puede presuponer discrecionalidad respecto de la satisfacción de derechos reconocidos constitucionalmente.

En este sentido, si una política pública afecta un derecho fundamental, queda habilitado el control judicial. Ello de algún modo limita la idea de “cuestiones políticas no justiciables” sostenida por la Corte argentina. Así, si bien los jueces no podrán pronunciarse sobre la conveniencia de adoptar determinada política, sí deberán determinar si esta es o no razonable. Donde lo razonable implica efectuar un balance entre costos y beneficios que la medida de gobierno supone, y la alteración o no de derechos fundamentales.

Finalmente, es posible afirmar que en la situación actual de constitucionalización de derechos protegidos internacionalmente, los poderes políticos poseen una discrecionalidad débil para configurar la política económica. Ello, por un lado, porque no tienen demasiado margen de interpretación de los estándares que deben guiar a la política económica: hay un claro sentido de deferencia hacia los derechos. Por otro lado, porque todas aquellas decisiones que afecten derechos son controlables judicialmente. Finalmente, la presencia de reglas en orden a la satisfacción de derechos –obligaciones genéricas– hace que las agencias estatales carezcan de una libertad total a la hora de tomar decisiones que atañen al diseño económico del Estado.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, Víctor y Laura PAUTASSI (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- ALEXY, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en Miguel CARBONELL, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- ATRIA, Fernando, “Legalismo, derechos y política”, en Roberto SABA (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- BAZÁN, Víctor y Claudio NASH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- _____, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- CARBONELL, Miguel, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

- CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- _____, *El principio de razonabilidad, del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009.
- CIANCIARDO, Juan y Pilar ZAMBRANO, “Los a priori de la cultura de derechos”, *Cuestiones constitucionales*, vol. 1, núm. 34, 2016, pp. 103-142.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justicia-bilidad*, trad. de Cristina Fangmann, Ginebra, CIJ, 2010.
- COURTIS, Christian, “Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista”, en Víctor ABRAMOVICH y Laura PAUTASSI (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Madrid, Ariel, 1989.
- HOLMES, Stephen y Cass SUNSTEIN, *El costo de los derechos*, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio, “Dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión”, en Antonio MARTÍNEZ PUJALTE y Tomás DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Granada, Comares, 2011.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio y Tomás DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Granada, Comares, 2011.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia (dir.), *Tratado de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PALOMBELLA, Gianluigi, *La autoridad de los derechos*, trad. de José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Madrid, Trotta, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 201-227.
- ROSSETTI, Andrés, “Globalización, derechos humanos y control de convencionalidad: efectos en el sistema jurídico argentino”, en Silvia PALACIO DE CAEIRO (dir.), *Tratado de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- SABA, Roberto (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.
- _____, “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”, en Christian STEINER (ed.), *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2014*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- STEINER, Christian (ed.), *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2014*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.