

## Artículos seleccionados

# Derechos sociales, justiciabilidad y desigualdades sociales<sup>1</sup>

**Pilar Arcidiácono\* y Gustavo Gamallo\*\***

Fecha de recepción: 12 de agosto de 2016  
Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2016  
Correspondencia a: Pilar Arcidiácono  
Correo electrónico: Pilar.arcidiacono@gmail.com

- \*. Dra. En Cs. Sociales (UBA). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas. Profesora Adjunta de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Grupo de Trabajo Interdisciplinario "Derechos Sociales y Políticas Públicas" de la Universidad de Buenos Aires.
- \*\* Dr. en Cs. Sociales (UBA). Profesor Titular de la Universidad de Buenos Aires. Co-director del Grupo de Trabajo Interdisciplinario "Derechos Sociales y Políticas Públicas" de la Universidad de Buenos Aires.

### Resumen:

Los estudios que frecuentemente abordaron la temática de la justiciabilidad de derechos sociales desde el campo jurídico tendieron a soslayar el lugar de la política y de la economía de mercado. Los efectos de ese punto ciego han sido múltiples: entre ellos, una visión incompleta de los actores involucrados en las políticas sociales y de los conflictos que los atraviesan; y el dominio de una visión procesal y formalista de los derechos, que resulta familiar para los juristas pero que suele dejar de lado otros asuntos relevantes (en especial, los problemas de la provisión de bienes y servicios sociales). En ese sentido, este artículo tiene el propósito de abordar la forma compleja y cambiante de la relación entre las aspiraciones igualitarias de los derechos sociales y la intervención del poder judicial por un lado y los mecanismos de producción y reproducciones de las desigualdades sociales en sociedades de mercado por el otro. Para ello recuperamos tres perspectivas teóricas: i) los aportes provenientes de los estudios críticos del derecho que iluminan

1. Este trabajo forma parte de la tarea desarrollada en el marco de los proyectos UBACyT que integran los autores en el marco del Programa Interdisciplinario de la Universidad de Buenos Aires sobre Marginaciones Sociales (PIUBAMAS).

sobre el carácter ambiguo de los derechos como expresiones de luchas de poder y estructuradores de desigualdades a la vez que destacan su potencia transformadora; ii) los estudios que a través del abordaje de las formas históricas de expansión de la ciudadanía social como ideal de igualdad, comprendieron los arreglos institucionales productores de nuevas formas de desigualdad en las sociedades capitalistas; iii) los enfoques sobre la economía política del bienestar que introdujeron los conceptos de mercantilización y desmercantilización como dimensiones centrales de análisis para comprender los procesos políticos institucionales que dieron forma a la provisión de satisfactores de necesidades sociales, mediados conflictivamente por la lógica de los derechos.

**Palabras clave:** Derechos - Justiciabilidad - Desigualdades sociales.

### *Abstract*

*Studies frequently addressed the issue of justiciability of social rights from the legal field tended to overlook the place of politics and market economy. The effects of this blind spot have been many: among them, an incomplete view of the actors involved in social policies and conflicts that cross; and mastery of a procedural and formalistic view of rights, which is familiar to lawyers but often ignored other relevant issues (in particular, the problems of provision of social goods and services). In that sense, this article aims to address the complex and changing shape of the relationship between the egalitarian aspirations of social rights and the intervention of the judiciary on the one hand and the mechanisms of production and reproduction of social inequalities in societies market on the other. To do, we recover three theoretical perspectives: i) contributions from the critical legal studies that illuminate on the ambiguous nature of the rights as expressions of power struggles and structuring of inequalities while highlighting its transforming power; ii) studies through the approach of the historical forms of expansion of social citizenship as an ideal of equality, understood the producers of new forms of inequality in capitalist societies institutional arrangements; iii) approaches on the political economy of welfare that introduced the concepts of marketization and commodification as central dimensions of analysis to understand the institutional political processes that shaped the provision of satisfaction of social needs, mid conflictively by the logic of rights.*

*Key words:* Rights - justiciability - social inequalities.

## Introducción

América Latina estuvo a la cabeza de los procesos de justiciabilidad de derechos sociales. La expedición de sentencias fundamentales sobre derechos como la educación, la salud y la vivienda por parte de tribunales argentinos, costarricenses, brasileños y colombianos, por nombrar algunos, fue acompañada de una copiosa investigación académica

proveniente del campo del derecho sobre la actuación judicial en ese campo<sup>2</sup>.

Dicha tendencia se inscribe como otro componente de ese renovado protagonismo de los derechos, entendido como una mayor "juridización" de las relaciones sociales, es decir, una formalización legal de cuestiones que se encontraban reguladas de manera autónoma o informal. Esto

2. A nivel mundial, se encuentra la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India, que abordó temas sociales estructurales como el hambre y el analfabetismo, y que se ha acompañado de la creación de comisiones judiciales de consulta para hacerle seguimiento a la implementación de los fallos. También la Corte Constitucional sudafricana se ha convertido en un espacio institucional para la promoción de derechos como la vivienda y la salud, y también de presión para que el estado actúe en contra del legado económico y social del apartheid.

implica concebir el protagonismo de la intervención del poder judicial en el campo de los derechos sociales de manera inseparable del lugar creciente que ocuparon los derechos en el campo de las disputas políticas, atravesando los discursos invocados en manifestaciones públicas por los políticos y los funcionarios, las organizaciones de la sociedad civil, los organismos internacionales, incluso los de asistencia crediticia, que se expresaban con otras denominaciones y designaciones y hoy se encuentran enunciados mediante ese código. Sin dudas esto implicó en muchos casos transformaciones sustantivas, pero también la resignificación y actualización política de los discursos sobre “viejos problemas”, ahora relatados en “clave de derechos” (Smulovitz, 2008).

La “justiciabilidad” de los derechos sociales se presenta como la posibilidad de que un juez ordene que deba haber una reparación, tal como ocurre con la violación de un derecho civil o político, o bien de reclamar el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho (Artigas, 2005). Distintos factores se combinaron para explicar el incremento de los reclamos judiciales vinculados con la satisfacción de derechos sociales en la región: el proceso de democratización y la consecuente restauración del estado de derecho; el deterioro de las condiciones económicas y sociales como consecuencia del proceso denominado de “ajuste estructural” propio de los años noventa en la región; la existencia de bloqueos o “callejones sin salida” en los canales tradicionales de la democracia representativa; la ausencia de respuestas adecuadas de los poderes ejecutivo y legislativo<sup>3</sup>; reformas constitucionales que ampliaron el catálogo de derechos garantizados por el Estado e incluyeron nuevas herramientas para su protección. En tal escenario, aumentó la búsqueda de patrocinio y asesoramiento legal para el reclamo y la defensa de los derechos sociales, incrementando la demanda de servicios para acceder a la justicia; a la vez, surgieron sentencias innovadoras, de diferentes tribunales, fundamentadas en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (2008) afirman que los procesos de “movilización legal” fueron dirigidos desde arriba, mediante la acción de los actores de la élite, entre quienes se cuentan los tribunales y especialmente las cortes constitucionales; desde abajo, mediante la movilización de diversos grupos sociales; e incluso desde el extranjero, mediante distintas formas de activismo en tribunales internacionales o de terceros países. En este sentido, el litigio para promover la exigibilidad judicial de los derechos sociales coloca en el centro de la escena el problema de la “afiliación” de los individuos dado que el acceso a las redes de incidencia legal se encuentra desigualmente distribuido y es habitual que los grupos desaventajados presenten también problemas de acceso a la justicia debido a sus débiles vínculos con los grupos activos e informados capaces de apoyarlos en esa tarea. A la vez, esas redes de incidencia legal, capaces de patrocinar acciones judiciales vinculadas con derechos sociales están atravesadas por sus propias agendas que estructuran y condicionan la incorporación de un tema en tanto su calidad de “caso”, lo que entre otras cosas implica excluir a diversos actores y problemáticas. Eso se vincula con las formas de ejercicio profesional del derecho (que serán anatematizadas por los *Critical Legal Studies*). Se debe litigar contra organizaciones poderosas como agencias estatales, administradoras de seguros, empresas privadas de medicina, entre otros, que disponen de importantes recursos legales, frente a las cuales se alinean organizaciones sin fines de lucro, universidades, oficinas públicas de protección de derechos, *a priori* con una menor dotación disponible de recursos.

El litigio puede ser interpretado como una forma de participar en el juego político, un uso de la voz (en el sentido de Albert Hirschman, 1977) que intenta, a través de la acción sobre y desde uno de los poderes del Estado, incorporar demandas sociales en la agenda pública por otras vías. Es razonable pensar a la movilización legal como una pieza del repertorio de la movilización polí-

3. Si bien no será profundizado en este artículo, la justiciabilidad de los derechos sociales introduce la tensión entre la legitimidad electoral/mayoritaria y la legitimidad judicial o, en otros términos, el carácter de la justicia como poder contramayoritario y no electivo del Estado y, a la vez, con el tipo de asuntos sobre los cuales el poder judicial está autorizado a participar (Gargarella, 1996).

tica mediante los estandarizados procedimientos del reclamo jurídico: "[...] la invocación de derechos ante la Justicia ha sido leída como un recurso para el logro de resultados extralegales, como una vía <para hacer política por otros medios>" (Smulovitz, 2008).

Ahora bien, los litigios pueden acarrear consecuencias indirectas o no deseadas. En algunos casos, en lugar de influir virtuosamente en las decisiones de diseño promovieron la adopción de actitudes conservadoras por parte de los hacedores de la política al desconocer, incluso discursivamente, el enfoque de derechos estableciendo soluciones programáticas que evitaron las posibilidades de otorgar poderes a sus receptores. En otros casos, el acceso a la justicia generó nuevos mecanismos de segregación social exacerbando los conflictos al interior de una población en igual condición de riesgo no cubierta por la demanda judicial y aumentando el malestar de quienes no tuvieron acceso a las redes de patrocinio legal; se evidenciaron también falencias del poder judicial para abordar conflictos de carácter colectivo, que fueron procesados como conflictos privados entre partes en igualdad de condiciones.

Por lo pronto, la justiciabilidad se presenta como una estrategia política abierta, compleja, ambivalente y controvertida, en pleno desarrollo, enmarcada en una transformación de la esfera pública donde el discurso de los derechos se torna protagonista. La evidencia disponible indica que son comunes tanto los reclamos individuales como los colectivos; demandas por prestaciones que fueron interrumpidas o que excluyeron a un grupo; otras que aspiraron a la generación de nuevas prestaciones; demandas que implicaron erogaciones estatales y otras que no; presentaciones legales rechazadas por problemas de legitimación de los patrocinantes; sentencias favorables con diversos niveles de cumplimiento; litigios que abrieron canales de diálogo con otros actores, incluyendo otros poderes del Estado, y otros que generaron mayor nivel de tensión; casos individuales que resultaron beneficiosos para

los peticionantes pero que no implicaron transformaciones de mayor alcance en la política pública. En suma, las combinaciones son y fueron múltiples.<sup>4</sup>

Repasaremos a continuación los aportes provenientes de los estudios críticos que desde el campo jurídico iluminan sobre el carácter ambiguo de los derechos y la intervención judicial como expresiones de luchas de poder y estructuradores de desigualdades a la vez que destacan su potencia transformadora.

### Críticas desde el interior del campo jurídico

Son conocidas las múltiples críticas a los derechos provenientes de campos del conocimiento ajenos a las ciencias jurídicas. Tal vez la más relevante haya sido la impugnación marxista, quien concibió a los derechos como puro enmascaramiento y mitificación de las relaciones capitalistas de producción, a la vez que como garantía de las condiciones de explotación de los trabajadores libres (cfr. Karl Marx, [1843] 2004). Sin embargo, no es la línea argumental que nos interesa discutir: por el contrario, se elige retomar elementos surgidos de escuelas críticas del campo del derecho, conocidas como la Teoría Crítica del Derecho (TCD), los *Critical Legal Studies* (CLS) y la perspectiva posmoderna. Vale decir, aportes que plantean el carácter ambiguo de los derechos, como cristalizadores de las luchas de poder y de las desigualdades, por un lado, pero a la vez rescatan su potencial transformador y su efecto performativo, por el otro. Esos elementos permiten, desde los propios estudios del campo jurídico, comprender las tensiones entre la promesa igualitaria de los derechos y su rol en la producción/reproducción de desigualdades sociales. Como punto de partida, un elemento común cuando se piensa en clave crítica sobre los derechos es la necesidad de no reducirlos a pura norma. Expresados en discursos por diferentes agentes y soportes (jueces, abogados, leyes, teorías) se presentan como elemento decisivo para

4. Para un mayor desarrollo sobre las combinaciones posibles de diferentes casos judiciales, para Argentina cfr. Abramovich y Pautassi (2009), CELS (2008); para otros países de la región cfr. Arcidiácono, Espejo y Rodríguez Garavito (2010), Sieder, Schjolden y Angell (2008).

la legitimación del poder político y la dominación social por su pretensión (y su eficacia) en definir el universo de lo que está y no está permitido. La TCD enfatiza el carácter conflictivo y falto de coherencia del derecho; su opacidad se explica en tanto demanda objetiva de la estructura del sistema que escamotea el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de dominación social (Cárcova, 1996 citado en Ruiz, 2001)<sup>5</sup>.

En tanto práctica discursiva que se encuentra en permanente construcción y no está previamente establecida, los derechos se asocian con la “obra de ficción”, que en clave hermenéutica adquiere significado al ser leído como texto (Martiniuk, 2001). Esa mirada resulta próxima a la metáfora de la cartografía, en la medida en que las leyes y el derecho se presentan como mapas que distorsionan, recortan, rediseñan y transforman la realidad (Santos, 1995).

La artificialidad que atraviesa la producción y permanente reconstrucción del derecho resulta central a la hora de captar la nueva discursividad de los derechos en la agenda pública, en especial en un contexto de multiplicación de demandas en materia de derechos sociales.

Sin ir más lejos, desde esa perspectiva es posible comprender las sentencias como procesos conflictivos de construcción de soluciones. Considera a los jueces como intérpretes y actores que despliegan una actitud recreativa y creadora que le otorga sentido a la norma legal, como parte de un proceso que se adelanta a los problemas: el contenido del derecho positivo más que un conjunto unívoco y estable de significados fijos es el resultado de un proceso incesante de atribución de sentido a las normas y principios, selección de reglas o principios aplicables de acuerdo a esa

atribución de sentido y otra multiplicidad de operaciones intelectuales en donde juegan factores ideológicos, valorativos y extra normativos. Esa artificialidad hace visible el potencial transformador del derecho.

Desde esa comprensión recreativa, los CLS señalaron que la comunidad jurídica ha utilizado de manera insuficiente ese margen de discrecionalidad para enfrentar y transformar las situaciones de inequidad (Gordon, 2001). El realismo jurídico de los CLS en Estados Unidos sostiene que en la mayoría de los casos se pueden encontrar precedentes para defender a ambas partes y que las decisiones jurídicas se apoyan más en las inclinaciones personales del juez, sus creencias y prejuicios que en las abstracciones de la ciencia jurídica.

Distintos factores contribuyeron a generar esa débil actividad recreativa y a reforzar la opacidad del derecho: la modalidad de enseñanza, el *habitus* de los miembros del campo jurídico<sup>6</sup> y la atribución del monopolio del conocimiento “jurídico” por parte de abogados, jueces y teóricos del derecho. La negación del contexto fue transformada en conquista científica por la ciencia jurídica y posibilitó la creación de un conocimiento técnico hiperespecializado dejando al resto de la población desarmada en su sentido común jurídico. Según la corriente posmoderna, dicha descontextualización operada por la ciencia jurídica se asienta en la conversión de la juridicidad en un espacio abstracto y en un tiempo abstracto, a su vez transformados en expresiones de universalidad (Santos, 2001: 292). Por lo tanto, esa perspectiva sostiene que el desafío no sólo es promover un uso “recreativo” del derecho y transformaciones en el marco de las estructuras de administración de justicia, de la enseñanza del derecho, sino también desvincular el derecho tanto de la ley y del Estado como de los abogados, jueces y juristas.

5. La Teoría Crítica del Derecho (TCD) surge entre los años sesenta y setenta como crítica al iuspositivismo (por su carácter ontologista) y al iusnaturalismo (normativista); la TCD capta la multi y transdisciplinariedad de la juridicidad (interacciones humanas) abordando la relación entre derecho y poder (Cárcova, 2001).

6. “La noción de campo pretende designar ese espacio relativamente autónomo, ese microcosmos provisto de sus propias leyes. Si bien está sometido, como el macrocosmos, a leyes sociales, éstas no son las mismas. Si bien nunca escapa del todo a las coacciones del macrocosmos, dispone de una autonomía parcial, más o menos marcada, con respecto a él” (Bourdieu, 2000:75/76). El concepto de *habitus*: “Los condicionamientos asociados a una clase particular de condiciones de existencia producen *habitus*, sistema de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones que pueden ser objetivamente adaptadas a su meta sin suponer el propósito consciente de ciertos fines ni el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos, objetivamente “reguladas” y “regulares” sin ser para nada producto de la obediencia a determinadas reglas y, por todo ello, colectivamente orquestadas sin ser el producto de la acción organizadora de un director de orquesta” (Bourdieu, 2007:86).

En apretada síntesis, estas aproximaciones críticas ayudan a comprender de qué manera los derechos contribuyeron como discursos orientados a perpetuar o delinear situaciones de desigualdad y cómo algunos actores se arrogaron el monopolio de su uso. En ese sentido, conflictos y disputas, correlaciones de fuerzas, incoherencias y contradicciones, incumplimientos diversos, no son situaciones desviadas del "deber ser" sino más bien la esencia misma de las diversas manifestaciones de los derechos. A la vez, esos aportes resultan útiles a la hora de pensar el nuevo protagonismo de los derechos en los reclamos de la ciudadanía, en los diseños de las políticas sociales y en los procesos de justiciabilidad como potenciales intentos recreativos y movilizadores en la arena pública de cuestiones sociales marginadas y potencialmente transformadoras del *statu quo*.

Como se verá a continuación, fueron los teóricos de la ciudadanía moderna quienes problematizaron más acabadamente esa relación, en especial al hacer claramente presente el conflictivo vínculo histórico entre las promesas igualitarias de la ciudadanía y las realidades del desarrollo de las sociedades de mercado.

### **Tensiones en el desarrollo de la ciudadanía social**

Desde una perspectiva sociopolítica, los elementos esenciales del estatus de ciudadanía no han variado en la historia de Occidente. En cambio, se han transformado las modalidades a través de las cuales han actuado esas fronteras, esas jerarquías, esas definiciones del espacio común, esos argumentos de legitimación. Así la ciudadanía no es per se ni democrática, ni igualitaria y al mismo tiempo supone la existencia de un régimen político, de un sistema estratificado de privilegios y responsabilidades (derechos y deberes). T. H. Marshall ([1950] 2005), referente del modelo tri-cotómico de la ciudadanía, la define como plena pertenencia a la comunidad, que en definitiva implica participación de los individuos en la determinación de las condiciones de su propia asociación. Ello comporta un principio de definición del espacio común y de la relación de los individuos con ese espacio (la ley), así como

un modo de legitimación de la estructura institucional respectiva. La noción de ciudadanía se opone a la idea de "sujeción" (según la cual los individuos no tienen derechos sobre la autoridad política sino que sólo están sujetos a obligaciones y órdenes).

Marshall sostuvo que mientras la clase social es un principio de desigualdad derivado de la economía de mercado, el principio de la ciudadanía era una medida de promoción de una mayor igualdad; a diferencia de Marx, quien consideraba a esos principios como antagonicos e irreconciliables, Marshall creía que la desigualdad del sistema de clases podía ser aceptada siempre que se reconociera la igualdad de ciudadanía. En tal caso, la dinámica de las desigualdades económicas podía ser moderada mediante el desarrollo exitoso de los derechos de la ciudadanía democrática. Se apartaba de una definición cuantitativa de los bienes que se consumen y de los servicios que se disfrutaban para aproximarse a una evaluación cualitativa de la vida en su totalidad, en términos de los elementos esenciales de la civilización o la cultura; esa condición exigía la invitación a compartir el patrimonio social, lo que significaba la aceptación como miembros plenos de derechos en la sociedad.

Marshall distinguió entre igualdad de rentas e igualdad de condición: cuando se universaliza la cobertura de un servicio social desde una proporción pequeña de la población hacia el conjunto, se mejora el ingreso disponible de quienes no estaban siendo atendidos. De ese modo, entiende que los derechos sociales contribuyen a establecer un patrón de desigualdad social. La libertad justifica rentas e ingresos desiguales, mientras los derechos sociales ofrecen la condición para establecer medidas de igualdad de estatus (entendido como una construcción cultural con límites históricos), es decir, permiten incrementar la desigualdad a la vez que promueven la igualdad de estatus. Es en ese sentido que Zolo (1997) entiende a la ciudadanía como el "arquitecto de la desigualdad legítima", al hacer posible y socialmente tolerable la desigualdad propia de las sociedades de mercado. Agrega el mencionado autor que una de las tensiones internas de la



ciudadanía democrática está dada por el abierto conflicto en que se encuentran la libertad y la igualdad; mientras los derechos civiles postulan la libertad de los individuos, son a la vez derechos adquisitivos que permiten incrementar el poder económico de alguno miembros de la comunidad, lo que introduce una lógica anti-igualitaria.

Entre otros, Gino Germani destacó que el desarrollo histórico de la ciudadanía en América Latina tuvo una secuencia diferente a la establecida por Marshall, es decir, desde el Estado Liberal a la Democracia Representativa y finalmente hacia el Estado Social de Derecho (Portantiero, 2000). Del brazo de los llamados movimientos “nacional-populares” y de las formas particulares de articulación entre movilización social y representación política se implantaron condiciones ampliadas de ciudadanía mediante el desarrollo de los derechos sociales; vale decir, mientras se ampliaba su capacidad de inclusión social se reducían los componentes liberales. Al reposar la ciudadanía sobre los derechos sociales entraron en ocasiones en contradicción con los derechos civiles y políticos, generando un desequilibrio que favoreció las intervenciones autoritarias estatales en desmedro de la participación ciudadana. Autores latinoamericanos, a la luz del doble proceso regional de democratización y de deterioro de los condiciones materiales de vida de amplios grupos sociales en las últimas décadas del siglo veinte, definieron los procesos de exclusión social como formas de privación de ciudadanía conectando la idea de la “desafiliación social” con la falta de titularidad de derechos, resignificando los históricos problemas de desigualdad de las sociedades latinoamericanas. Dentro de ese eje se puede encontrar a O’Donnell (1993), Jaime Marques Pereira (1996) y Fleury (1998).

En primer lugar, O’Donnell (1993) buscó comprender las nuevas democracias latinoamericanas luego del derrumbe de los sistemas autoritarios durante los años ochenta. Para O’Donnell hacia el interior de las democracias latinoamericanas se genera una “ciudadanía de baja intensidad” dado

que el ideal de la ciudadanía (en términos de Marshall) no puede desplegarse debido a la existencia de lo que denomina “zonas marrones”, áreas del territorio donde impera una legalidad intermitente y sesgada en términos de un Estado de derecho apenas efectivo, y donde operan variaciones diversas de legalidad, ya sean de tipo patrimonialista, personalista o mafiosa. En esas “zonas marrones” se respetan los derechos participativos y democráticos de la poliarquía, pero se viola el componente liberal de la democracia. O’Donnell remarca que en la región se ha dado un doble proceso: de inclusión, con el retorno a la democracia y la vigencia de los derechos políticos; y de exclusión respecto de otros derechos de amplios sectores sociales.

En esa misma línea se enmarca el concepto de “ciudadanía de geometría variable”, acuñado por Marques Pereira (1996): la legitimidad del Estado en América Latina reposa en la complementariedad y la interpenetración entre instituciones sociales universales, propias de la esfera pública, y el clientelismo, propio de la esfera privada; aquello que el derecho excluye es reintegrado por normas paralelas, estableciendo una dinámica de inclusión y exclusión con una diferente racionalidad y patrón de integración.

Por su parte, Fleury (1998) trata a la exclusión como negación de la ciudadanía, como el impedimento para gozar de los derechos civiles, políticos y sociales vinculados a la pauta de derechos y deberes que condiciona legalmente la inclusión en la comunidad sociopolítica nacional: además del componente socio económico, la exclusión tiene un fundamento político que se expresa en la no pertenencia a la comunidad política entendida como una comunidad de derechos.<sup>7</sup>

En suma, el debate sobre el desarrollo histórico de la ciudadanía incorporó la comprensión respecto del tipo de igualdad social al que aspiran las desiguales sociedades de mercado señalando los límites y alcances del lenguaje de los derechos. A la vez que permite concebir la desigualdad como

7. La genealogía de esta concepción puede rastrearse en el célebre trabajo de Hannah Arendt (1974) sobre el totalitarismo y en los recientes de Giorgio Agamben (1998) sobre el poder soberano.

una forma de exclusión de ciudadanía haciendo referencia al establecimiento de una normatividad social que separa a los individuos y grupos sociales, reforzando las diferencias propias de la acción de los mercados. Por último, veamos con mayor detenimiento la forma de operación de los derechos sociales en la provisión de bienestar.

### **Bienestar, derechos sociales, satisfactores y mercado**

Las necesidades reconocidas jurídicamente como derechos sociales comportan un mecanismo de protección legal de una mercancía ficticia llamada "trabajo". El alcance de los derechos sociales se vinculó con la intensidad de la disputa política y la lucha social, en dos órdenes: en términos de las necesidades cubiertas, esto es, del tipo de riesgos sociales a los cuales se ve expuesta la población (vejez, enfermedad, desempleo, etc.) y respecto de los sujetos de esos derechos (pobres e indigentes, trabajadores, minorías étnicas, ciudadanos, etc.). "Desmercantilización" aparece como un concepto central en esta discusión. Implica la extracción de una relación social del circuito mercantil y su adscripción a la regulación estatal.

Stephen Holmes y Cass Sunstein (2011:34) definen pragmáticamente a los "derechos" como "intereses importantes que individuos o grupos pueden confiabilmente proteger con los instrumentos del gobierno" entendiéndolo a los derechos legales como aquellos que tienen el respaldo presupuestario del Estado para ponerlos en vigencia. Ahora bien: ¿por qué ciertas necesidades son definidas, tratadas, transformadas o convertidas en derechos? Evidentemente existen en una sociedad necesidades infinitas, sin embargo, no todas ellas alcanzan ese estatuto. A la vez, se puede especular que existen necesidades que pueden ser consideradas básicas y otras que no aceptan con facilidad esa denominación. Agnes Heller (1996) afirma que las necesidades son siempre individuales; sin embargo establece una relación social atributiva de las necesidades y, de ese modo, se convierten en abstracciones con relación a los deseos de cada individuo. A su vez, los satisfactores de esas necesidades son también abstracciones, y ambas abstracciones (necesida-

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

La esfera estatal supone entonces la existencia de mecanismos públicos y colectivos de redistribución de los satisfactores. Heller (1996) entiende a los derechos como "permisos": en la medida en que las necesidades son atribuidas y legalmente codificadas, pueden ser reclamadas. La característica de la sociedad moderna (de mercado) es que los satisfactores de esas necesidades se encuentren cuantificados, "monetizados", y constituye la paradoja del efecto "liberador" del mercado, pues mientras elimina la adscripción a cualquier otra determinación acentúa el problema de la distribución. En ese punto, bajo el supuesto de que todos los satisfactores pueden ser comprados y vendidos, la garantía de acceso a ese satisfactor se reduce a asignar un poder de consumo a quien no puede asumir el coste por sí mismo, es decir, a reconocer ese satisfactor como un derecho social. En otras palabras, a "desmercantilizar" el acceso a ese satisfactor.

La historia de la política social en los últimos dos siglos ilustra respecto del incremento decisivo de la participación estatal en la producción de satisfactores, como expresión del creciente proceso de desmercantilización de la posición de las familias. Dicho proceso refiere al reconocimiento de niveles de inmunidad de los individuos frente al mercado a través de la provisión extra mercantil



de satisfactores. El proceso de desmercantilización significa poner bajo la responsabilidad del Estado la provisión de determinados bienes o recursos, normalmente definidos como derechos sociales (Adelantado *et. al*, 1998).<sup>8</sup>

La presencia de los mercados en la regulación social es el hecho distintivo de nuestras sociedades como tipo histórico y constituye el medio de socialización característico de la modernidad basada en la emergencia (ficticia) de individuos libres y autónomos. Los satisfactores protegidos como derechos sociales suponen entonces un tipo de relación de los individuos y los grupos sociales con el mercado, específicamente una relación de inmunidad, dado que lo que aparece en tensión es la capacidad de satisfacer ciertas necesidades básicas adscriptas -en el sentido que define Heller, es decir, necesidades atributivas- más allá del nivel de participación de cada individuo en el mercado. El punto es central: siguiendo a Polanyi (1992), una economía de mercado es un sistema económico regido, regulado y orientado por los mercados. El orden de la producción y distribución es confiado a ese mecanismo autorregulador y se espera que los individuos se comporten de modo tal que pretendan ganar siempre más dinero. Dicha economía supone la existencia de mercados donde la oferta disponible de bienes a un precio determinado será equivalente a una demanda a igual precio, y supone la presencia de dinero que funciona como poder adquisitivo. Tanto la producción y la distribución quedan aseguradas por los precios. Gracias a los precios, los bienes son distribuidos en la sociedad. La autorregulación supone que toda la producción está destinada a la venta en el mercado y que todos los ingresos provienen de ella. En consecuencia, existen mercados no solamente para los elementos de la industria sino para la tierra, el dinero y, fundamentalmente, para el trabajo. Todos los ingresos provienen así de ventas realizadas en el mercado y son suficientes para comprar todos los bienes producidos. En otras palabras, cuando Heller define a las necesidades como cuantificables y monetizadas, es decir, asumiendo que

esos satisfactores son mercancías potencialmente disponibles para todos, el problema se reserva a la capacidad adquisitiva de cada individuo para satisfacer sus necesidades en el mercado.

En el contexto de la presente discusión, ello tiene al menos dos implicancias: por un lado, es necesario que todos los satisfactores se encuentren disponible en el mercado, es decir, que puedan ser comprados y vendidos; sin embargo, la evidencia histórica contradice esa afirmación provisoria y obliga a una intervención sistémica de carácter político para asegurar su producción en cantidad y calidad, de modo tal de asegurar la reproducción de la “mercancía ficticia” llamada trabajo. Por otro lado, dada la característica biológica de esa “mercancía ficticia”, es imprescindible establecer áreas de producción de satisfactores extrañas al mercado, que suministren esos “bienes de uso” de modo tal que moderen y reduzcan las condiciones de explotación de esa “mercancía” bajo el contrato salarial que, de lo contrario, llevarían a la desaparición física de sus soportes (los individuos): de eso se ocupan los derechos sociales, de atribuir a los individuos y grupos sociales esa garantía, a través de la distorsión del mercado, es decir, de la incorporación de una lógica extra mercantil para asegurar el acceso a esos satisfactores permitiendo la reproducción agregada y continua del trabajo (estrictamente de la relación social salarial). La definición entre la esfera de responsabilidad de cada individuo y la responsabilidad colectiva, entre lo que es una mercancía y entre lo que corresponde proteger como un derecho estructura las nociones vigentes respecto de la justicia social, es uno de los ejes principales de la lucha política y social y encarna el nivel de autonomía que los individuos y grupos sociales logran establecer respecto de la dependencia del mercado.

La garantía de los derechos sociales hace presente el problema de la producción de los satisfactores, tanto de su costo económico —una restricción— como de la creciente complejidad burocrático administrativa: de allí la emergen-

8. En rigor, debe incorporarse también a la esfera de la familia como fuente productora de bienestar (cfr. Esping Andersen, 2000 y Adelantado *et. al*, 1998). El último trabajo mencionado distingue también a la esfera voluntaria como una cuarta fuente de producción de bienestar. Sin embargo, se puede suspender la referencia a éstas para el desarrollo de la argumentación.

cia, maduración y consolidación de los estados de bienestar durante el siglo veinte. Sin embargo, no hay derechos gratis dado que todos los derechos le piden respaldo al erario público (Holmes y Sunstein, 2011). Pero en el caso de los derechos sociales aparece siempre la necesidad de producir un satisfactor material. Las obligaciones positivas del Estado con los derechos sociales adquieren un compromiso decisivo para asegurar su disfrute como tal (la satisfacción de la necesidad). En otras palabras, sin satisfactor no hay derecho.

Cobra sentido la idea de Heller respecto de la condición de los satisfactores como "mercancías escasas" y su denominación genérica como "derechos - prestación". La oposición entre derechos que entrañan obligaciones del Estado y aquellos que no lo hacen puede descartarse; siempre hay obligaciones estatales, los derechos y libertades individuales dependen fundamentalmente de la acción vigorosa del Estado (Holmes y Sunstein, 2011). Pero si la posición en relación al sitio de los derechos sociales como "desmercantizadores" de la fuerza de trabajo es acertada, las obligaciones positivas (proteger, asegurar y promover) son decisivas.

En síntesis, la aproximación a la especificidad de los derechos sociales desde los estudios provenientes del campo de bienestar incorpora el problema de la mercantilización de la fuerza de trabajo para comprender su sentido histórico en las sociedades de mercado. En el marco del debate actual sobre los convenios de derechos y el rol de la justicia, este tema se reactualiza en sociedades latinoamericanas estructuralmente heterogéneas<sup>9</sup>, es decir desigualmente mercantilizadas y, en consecuencia, desigualmente desmercantilizadas. Se trata de sociedades capitalistas donde sobreviven con extensión variable formas cuasi capitalistas de producción, donde la segmentación y dualidad de los mercados de trabajo combina poblaciones plenamente integradas al

sistema económico dinámico con sectores económicamente marginales al modelo de acumulación dominante. Estas características refuerzan la tensión con el ideal normativo establecido por las aspiraciones igualitarias de los derechos sobre todo en los países de la región en los que históricamente el acceso al bienestar se sostuvo en la fortaleza simbólica e institucional del sistema de seguridad social organizado a partir de la relación salarial formal del cual quedan privados grandes sectores de la población que no acceden al tradicional trabajo formal asalariado<sup>10</sup>.

## Reflexiones finales

El incremento de la justiciabilidad en materia de derechos sociales y la incorporación de los derechos en las demandas ciudadanas en la escena pública y en el vocabulario de las políticas públicas que se encontraban ajenas a estos discursos constituyen una novedad propia de las últimas dos décadas a nivel regional.

Se desplegaron estrategias de movilización legal de distintos actores sociales buscando en los tribunales aquello que, por acción u omisión, tendió a ser negado o desatendido por los canales tradicionales de la democracia representativa. Los jueces se convirtieron en actores relevantes dentro del proceso de formación de la política pública, con un peso institucional extraordinario en la agenda, en especial cuando promueven y facilitan la interrelación con los otros poderes del Estado. Si bien la dinámica institucional generada a partir de las sentencias merece mayores esfuerzos de investigación empírica, los fallos que ofrecen resultados políticamente sostenibles parecen ser aquellos que se propusieron establecer canales de diálogo entre los poderes del Estado, es decir, que buscaron nutrir una agenda más sensible a través de alimentar las vías tradicionales de formación de la política pública.

9. Salvía (2012) actualiza el debate histórico y teórico respecto de la "tesis de la heterogeneidad estructural" en las sociedades latinoamericanas.

10. En estas sociedades el acceso al goce de los derechos sociales - servicios de atención a la salud, transferencias monetarias a las familias y seguros por vejez y discapacidad- estuvo asociada principalmente a las relaciones asalariadas formales en la que habitualmente participaba el varón cabeza de familia. Este arreglo institucional pierde fuerza en los países de América Central donde históricamente los mercados laborales han generado empleo insuficiente, precario, y con actores con frágiles identidades laborales. Para mayor información sobre las particularidades regionales Fernando Filgueira (1998) presenta una tipología de los regímenes de bienestar en la región. En apretada síntesis, en primer lugar se encuentran Uruguay, Argentina, Chile y Costa Rica, caracterizados por un universalismo estatificado, es decir, por políticas extendidas pero segmentadas según inserción ocupacional (asalariada o no y según ocupaciones). En segundo lugar identifica países excluyentes, con Estados mínimos y casi nula asignación autorizada de recursos. Ejemplos son El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana. En tercer lugar identifica países duales, en los cuales el universalismo estatificado y el Estado mínimo coexiste en los sectores urbanos y rurales, respectivamente donde se encuentran Brasil y México.

Un tópico de la teoría liberal es la ficción de la sociedad atomizada, constituida por individuos libres y autónomos, asociados en un plano de igualdad de derechos. Esa ficción ordenó la producción del derecho regulando relaciones verticales y horizontales y estableciendo habilitaciones diversas como si todos compartieran realmente ese plano idealizado. Ese imaginario de lo social, que puede ser entendido como un modo de “hacer sociedad” a través del derecho, es doblemente puesto en entredicho. Por un lado, desde las aproximaciones críticas del campo jurídico se conciben a los derechos como construcciones artificiales, prácticas discursivas atravesadas por ambigüedades y contradicciones, que se encuentran en permanente redefinición y carentes de neutralidad al producir y reproducir distintos tipos de conflictos y luchas por la distribución de poder. Permiten comprender, en primer lugar, los procesos por los cuales se define qué se entiende por derecho y qué no, ampliando la idea de qué necesidad adquiere tal jerarquía. En segundo lugar, la idea de conflicto y falta de coherencia hace comprensible y no paradójicos los llamados “incumplimientos” o “vulneración” de los derechos o los mecanismos a través de los cuales los derechos pueden generar o al menos mantener y reproducir distintas situaciones de desigualdad y marginación social. Los derechos legales “tienen dientes” (Holmes y Sunstein, 2011), no son ni pura retórica ni simple enmascaramiento, defienden y garantizan intereses, a la vez que someten y subordinan otros. En ese sentido, la afirmación del discurso de los derechos produce fronteras y umbrales entre lo que ordenan y jerarquizan, que es producto de una confrontación de intereses resueltos por el juego de la política, con límites establecidos por los propios ordenamientos legales.

Por otro lado, la confrontación de dicha ficción con las formaciones sociales históricamente determinadas, con sus rasgos propios y particulares, la alejan con distancias variables de esas formalizaciones establecidas en el plano normativo por la adscripción legal de aspiraciones. La especificidad conceptual de los derechos sociales requiere de una cercana consideración de los problemas asociados al nivel de mercantilización de la fuerza

de trabajo ya que como se señaló, uno de los principales rasgos que definen la heterogeneidad estructural de nuestras sociedades es la sobrevivencia de poblaciones plenamente integradas con poblaciones débilmente incluidas o marginadas del régimen de acumulación dominante: en la medida en que el desarrollo de los arreglos institucionales predominantes que garantizan la vigencia de los derechos sociales tendió a proteger la relación social asalariada y a reposar sobre ella, la articulación entre ambas cuestiones, esto es, el formato que asume la ciudadanía social es parte del problema.

En esa línea de razonamiento, el desarrollo de la ciudadanía social implicó un reconocimiento formal de la titularidad de derechos y una condición de posibilidad para el desarrollo del capitalismo. El dilema “legitimidad versus acumulación”, que sintetiza la relación ciudadanía-democracia-capitalismo, expresó momentos de mayor reconciliación, durante el período de expansión del Estado de Bienestar o de mayor nivel de tensión durante el período de “ajuste estructural”. El Estado aparece tensionado por relaciones contradictorias: el principio de producir bienestar entra en conflicto con la capacidad para disponer de parte de los ahorros y de las rentas de los individuos “privados” para ese fin. Si se consideran las políticas sociales del lado de los ingresos fiscales en vez del lado de los gastos, aparece con claridad esa cuestión. Es, en última instancia, el límite político al proceso de desmercantilización que debe enfrentar la satisfacción de los derechos sociales. Vale decir, esa orientación de principios generales formuladas como derechos nos hace subir un escalón en el debate respecto del “deber ser” pero nos devuelve siempre al problemático escenario de la formulación de las políticas estatales de provisión de satisfactores, vale decir, el juego de la argumentación y del debate democrático como forma de establecimiento de las prioridades políticas y presupuestarias en contextos de escasez. Si bien se establecen principios en el plano ético normativo, no alcanza para eludir los siempre problemáticos asuntos respecto de a quién se le cobran los impuestos que financian las prestaciones colectivas, quiénes son los destinatarios de las acciones públicas de esos satisfactores suminis-

trados, qué cosa se supone que hace la burocracia estatal o los proveedores autorizados para suministrarlos. En suma, el reconocimiento de los derechos sociales como mecanismos de protección de satisfactores "desmercantilizadores" de las necesidades sociales refiere al problema estructural de las sociedades modernas: de qué modo se debilita la dependencia de los individuos y grupo sociales respecto de los mercados.

En conclusión, la revisión conceptual desarrollada a lo largo de las páginas previas pretendió

aportar desde un enfoque interdisciplinario a la comprensión de procesos que, por un lado, aluden a condiciones de carácter estructural y que, por el otro, hacen referencia a dinámicas de acción estratégica que, en su conjunto, confluyen en la producción y reproducción de las desigualdades sociales. En la intersección de esa dialéctica de estructuras y estrategias se intentó presentar un punto de reflexión que aporte a una mayor comprensión de las potencialidades y restricciones del discurso de los derechos y el rol del poder judicial en la escena pública.

## Bibliografía

- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2009). *El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales*. En V. Abramovich y L. Pautassi (Comps). La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos. (pp.279-341), Buenos Aires: Del Puerto.
- Adelantado, J.; Noguera, J.; Rambla, X. y Saez, L. (1998) *Las relaciones entre estructura y políticas sociales: una propuesta teórica*. Revista Mexicana de Sociología 3/98, México, Universidad Autónoma de México, Año LX, 3, 133-165.
- Agamben, G. (1998) *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pretextos: Valencia.
- Arcidiácono, P., Espejo Yaksic, N. y Rodríguez Garavito, C. (coord.) (2010). *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá: Siglo del Hombre Eds.
- Arendt, H (1974) *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Taurus.
- Artigas, C. (2005). *Una mirada a la protección social desde los derechos humanos y otros contextos internacionales*. Serie Políticas Sociales N° 110, Santiago de Chile: CEPAL.
- Bourdieu, P. (2007) *El sentido práctico*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bourdieu, P. (2000) *Los usos sociales de la ciencia*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.
- Cárcova, C (2001). *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*. En C. Courtis (comp.) Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho, (pp. 67-92), Buenos Aires: Eudeba.
- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales). (2008) *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Esping Andersen, G. (2000) *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Barcelona: Ariel.
- Filgueira, F. (1998). *El nuevo modelo de prestaciones sociales en América Latina: Residualismo y Ciudadanía Estratificada*. Ciudadanía y política social, (pp. 71-116) San José: FLACSO/SSRC.
- Fleury, S (1998). *Política social, exclusión y equidad en América Latina en los años noventa*. Nueva Sociedad, Caracas: Konrad Adenauer Stiftung, (156), 58-93.
- Gargarella, R. (1996). *John Ely y la función judicial*. En La justicia frente al gobierno. (pp.120-145) Barcelona: Ariel.
- Gordon, R. (2001). *Cómo “descongelar” la realidad legal*. Una aproximación crítica al derecho. En C. Courtis (comp.) *Desde otra mirada*. Textos de teoría crítica del Derecho, (pp. 93-119), Buenos Aires: Eudeba.
- Heller, A. (1996) *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Barcelona: Paidós.
- Hirschman, A. (1977) *Salida, voz y lealtad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Holmes, S. y Sunstein, C. (2011) *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Marques Pereira, J. (1996). *Les limites de l'État en Amérique latine*. Citoyenneté, intervention sociale et croissance économique. Cahiers des Amériques Latines (14), 45-62.
- Marshall, T. (2005). *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires: Losada.
- Martiniuk, C. (2001). Sobre la narración hermenéutica de la normatividad: tesis sobre la hermenéutica, la novela del derecho y la retórica. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada*. Textos de teoría crítica del Derecho, (pp.98-125) Buenos Aires: Eudeba.
- Marx, K. [1843] (2004). *Sobre la cuestión judía*, Buenos Aires: Prometeo Libros.
- O'Donnell, G. (1993). *Acerca del estado, la democratización y algunos problemas conceptuales*. Una perspectiva latinoamericana con referencia a países poscomunistas. Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales, Buenos Aires, IDES, (130), 55-72.
- Polanyi, K. ([1944] 1992) *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*. Madrid: La Piqueta.

- Portantiero, J. C. (2000) *El tiempo de la política. Construcción de mayorías en la evolución de la democracia argentina 1983-2000*, Buenos Aires: Temas Grupo Editorial.
- Ruiz, A. (2001). *Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo*. En C. Courtis (comp) *Desde otra mirada*. Textos de teoría crítica del Derecho, (pp. 245-265), Buenos Aires: Eudeba.
- Salvia, A. (2012). *La trampa neoliberal*. Un estudio sobre los cambios en la heterogeneidad estructural y la distribución del ingreso en argentina 1990-2003, Buenos Aires: Eudeba.
- Santos, B. (2001). *El Estado y el derecho en la transición posmoderna: para un nuevo sentido común entre el poder y el derecho*. En C. Courtis (comp). *Desde otra mirada*. Textos de teoría crítica del Derecho, (pp. 130-148), Buenos Aires: Eudeba.
- Santos, B. (1995). *Toward a new common sense law, Science and Politics in the paradigmatic transition*, Nueva York: Routledge.
- Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A (Eds). (2008). Introducción. En *La judicialización de la política en América Latina* (pp.11-37). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Smulovitz, C. (2008). *Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina*. En R. Sieder, L. Schojolden, y A. Angell (Eds). *La judicialización de la política en América Latina*. (pp.193-223). Bogotá; Universidad Externado de Colombia.
- Zolo, D. (1997) *La ciudadanía en una era poscomunista*. *Ágora*. Cuaderno de Estudios Políticos, Buenos Aires, 7, 99-115.