

EL REDUCCIONISMO IUSFUNDAMENTAL DE LUIGI FERRAJOLI: Notas provisionales a propósito de los derechos prestacionales.

Alí Lozada Prado
Universidad de Alicante

En la literatura sobre derechos fundamentales al uso, se puede ver que con frecuencia los problemas atinentes a ellos suelen parcelarse en sendos capítulos relativos a su *concepto, fundamentación, estructura y exigibilidad*. Dejando de lado el primero, a cada uno de los últimos tres bloques de problemas cabe asociar, respectivamente, una determinada concepción reduccionista de tales derechos.

El reduccionismo relativo a la *fundamentación iusfundamental*¹, entiende los *derechos como bienes o títulos morales*. En esta línea, Jacques Maritain, escribía que “[l]a verdadera filosofía de los derechos humanos descansa [...] sobre la idea de la ley natural. [...] Esta ley,] que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales, y en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales” (Maritain, 2001, p. 70). En similar dirección, aunque no desde el *iusnaturalismo* del citado filósofo católico, sino desde su propia posición autodenominada *neoconstitucionalismo*, Alfonso García Figueroa sostiene que «la dicotomía regla/principio no es adecuada», porque a su entender «todas las normas jurídicas en el Estado constitucional son principios», y en consecuencia, «sobra la categoría de las reglas» (García Figueroa, 2009, p. 133); y sostiene que una parte privilegiada de esos principios, especialmente los constitucionales, vienen a ser las relativas a derechos fundamentales, a las que llama «criaturas jusfundamentales», y de las que afirma: «Puede que [...] sean por su origen criaturas del poder, pero una vez instaladas en el reino de la justificación (el único en que son inteligibles), sólo valen por su condición de criaturas de la moralidad»,

¹ «Iusfundamental» o «iusfundamentalmente» –términos, al parecer, introducidos por Robert Alexy- los usaré para hacer referencia a los derechos fundamentales, esperando así ganar en economía lingüística.

«las criaturas más bellas de nuestro ordenamiento» (García Figueroa, 2011, pp. 24-5).

El segundo reduccionismo, referido a la *estructura iusfundamental*, conceptúa a los *derechos como estructuras normativas*, como entidades lógico deónticas. Me parece que una ilustración geométrica de esta concepción es la que hace Enrico Pattaro (1985) a propósito de la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo, usando esta analogía: «el derecho objetivo puede compararse con la circunferencia de un círculo o el perímetro de una figura plana; el derecho subjetivo al círculo, a la superficie, al área circunscrita por la circunferencia o por un perímetro» (p. 42). Esta imagen capta uno de los (dos) elementos centrales (que aquí nos interesan) de la proverbial concepción de los derechos subjetivos de Hans Kelsen: En primer lugar, que «[e]l derecho subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo» (Kelsen, p. 94), vale decir, ambos no constituyen otra cosa que estructuras normativas que guardan entre sí una relación de la parte con el todo. El segundo elemento kelseniano es el de que «[c]uando el orden jurídico determina una forma de conducta a la cual cierto individuo está obligado, establece al mismo tiempo un comportamiento de otro, comportamiento al cual -como suele decirse- este último tiene derecho. En tal sentido, a cada obligación corresponde un derecho. “Derecho”, en el mismo sentido, no es otra cosa que el correlato de un deber jurídico» (Íd., p. 90).

Cabe constatar, finalmente, que en torno a la *exigibilidad iusfundamental* pueden identificarse dos tipos de reduccionismo. El primero, al que podríamos llamar *débil*, asume a los *derechos como acciones judiciales*; con esta concepción se corresponde el concepto kelseniano de «derecho subjetivo en sentido técnico», consistente en «la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción [imponible al transgresor del deber jurídico de que se trate] sea ejecutada» (Íd., 97); de manera que los carentes de este atributo no pasan de ser «*flatus vocis*», meros «derechos-proclama», pero no genuinos derechos. Esta versión débil de reduccionismo, sin embargo, bien podría reconducirse al reduccionismo de los derechos como estructuras normativas, ya que –en último análisis– no serían más que eso las acciones judiciales dirigidas a la imposición de sanciones. Hay, sin embargo, una versión *fuerte* de reduccionismo alusivo a la exigibilidad iusfundamental, de la que vendría

a ser un representante cabal Oliver Wendell Holmes, quien mira los *derechos como estados de cosas predecibles*, como hechos cuyo acontecer futuro está asegurado por «la [efectiva y predecible] incidencia de la fuerza pública a través de los tribunales de justicia». De acuerdo con esto, «[l]os principales derechos y deberes de que se ocupa la teoría del Derecho no son otra cosa que profecías»: «un deber jurídico no es sino una predicción de que si alguien hace u omite ciertas cosas experimentará de tal o cual manera el fallo dictado por un tribunal de justicia; y lo mismo cabe decir de un derecho subjetivo» (Holmes, 1897).

Ahora bien, podemos advertir con cierta facilidad que las parcelas de la fundamentación, estructura y exigibilidad de los derechos fundamentales se corresponden, *mutatis mutandis*, con aquellos elementos delineados por las teorías del Derecho «trialistas» o «tridimensionalistas», en sus múltiples variantes. La de Norberto Bobbio, por ejemplo, identifica –como se sabe– tres ejes problemáticos capitales, el de la «justicia», el de la «validez» y el de la «eficacia»: los tres son «independientes entre sí, en cuanto que la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez» (Bobbio, 1987, p. 20). No obstante, Bobbio sostiene que «esta distinción de problemas no se debe concebir como una separación de compartimentos estancos. Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos –escribe–, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a esas instituciones» (Íd., p. 26). La teoría bobbiana, sin embargo, si bien no incurre en ninguno de los reduccionismos *radicales* antes pergeñados, cae en cierto reduccionismo *moderado*, consistente en que –para él– la justicia, la validez y la eficacia se predicen de una categoría que para él es capital, la de «norma jurídica». De manera que, dicho más precisamente y en palabras del autor italiano, el primero de los problemas antes referidos versa sobre «la más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico» (Íd., p. 20); el problema de la *validez* alude a la «existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre su contenido de justicia» (Íd., p. 21); y el problema de la *eficacia* consiste en «si la norma es o no cumplida

por las personas a quienes se dirige [...] y en el caso de ser violada, [en] que se la haga valer con medios coercitivos»(Íd., p. 22).

El reduccionismo bobbiano deriva de un tipo determinado de concepción del Derecho, el positivismo normativista. Luigi Ferrajoli es, actualmente, uno de los más conspicuos representantes de tal concepción y es también, con su autodenominado “constitucionalismo normativo”, quien ha proyectado el reduccionismo normativista al plano de los derechos fundamentales: no niega la relevancia de la *fundamentación* y de la *exigibilidad* de tales derechos, pero los concibe exclusivamente como *estructuras normativas*. El reduccionismo ferrajoliano, para decirlo en una palabra, entonces, está su concepción de los derechos como normas, en el sentido de meros constructos lógico deónticos.

En lo que sigue, utilizaré un caso judicial argentino, relativo al derecho a la vivienda, a partir del cual intentaré mostrar de qué manera el reduccionismo (nosmativismo) ferrajoliano puede afectar distorsionar la teorización y la práctica en torno a la que llamaré *cuestión prestacional* de los derechos, respecto de la cual conviene hacer algunas precisiones.

Como sabemos, buena parte de la literatura sobre «derechos sociales» ha buscado reivindicarlos lanzando una potente batería crítica en contra de la tradicional distinción entre derechos negativos y positivos, dicotomía que frecuentemente ha servido como uno de los cimientos del escepticismo frente a los derechos sociales: se ha postulado la superioridad –normativa, deóntica o financiera- de los derechos *negativos* frente a los derechos *positivos*, identificando a los primeros con los «derechos civiles y políticos», y a los segundos, con los «derechos sociales». Con diversos argumentos, muchos teóricos de los derechos sociales, entre ellos Henry Shue (1980), G. J. H. van Hoof (1984), Cecile Fabre (2000), Holmes y Sunstein (2000), o Christian Curtis y Víctor Abramovich (2002), han sostenido convincentemente la tesis de que esa asimetría entre clases de derechos es errada, porque, tanto en la esfera de los derechos sociales, como en la de los civiles y políticos –aunque en distinta medida- hay derechos positivos, así como negativos. Y, por tanto, una y otra de aquellas clases son, en determinados aspectos, costosas, porque muchas veces implican la existencia de obligaciones prestacionales por parte del Estado. Estas objeciones, ciertamente, han sido muy exitosas a la hora de denunciar el carácter ideológico de las consabidas posturas

adversas a los derechos sociales; sin embargo, quedan incólumes serias críticas en contra de la dimensión prestacional que surge de los derechos positivos. Dicho de otro modo, lo único que aquellas críticas han dejado en claro –lo que, por cierto, no es poco– es que, ahora, la *cuestión prestacional* de los derechos fundamentales afecta a todas sus clases, y no solamente a los etiquetados como «sociales». Esta cuestión entraña tal grado de complejidad que resulta útil usarla como piedra de toque para testear cualquier teoría de los derechos.

Reconstruiré ahora –siguiendo con cierta libertad el método propuesto por Atienza (2009)– la argumentación de una de las decisiones judiciales dictadas dentro del conocido como caso *Quisberth Castro*, para ejemplificar con ella la plasmación del reduccionismo normativista ferrajoliano en cuestiones iusfundamentales de carácter prestacional.

Una nota publicada el 26 de abril de 2012, en el periódico *Tiempo Argentino* (Álvarez, 2012), cuenta que la señora Sonia Quisberth Castro se radicó en Buenos Aires en el año 2000. «En Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, había escuchado que la Argentina era “un país lindo, donde se ganaba bien. Decidió dejarlo todo y venirse sola. Terminó en un taller de costura, trabajando 16 horas por día, durante casi cuatro años. Tras su renuncia, se puso en pareja y quedó embarazada de un hombre que la abandonaría tras el parto, y la acusaría de los problemas del bebé al nacer. Jordi, quien hoy tiene seis años, padece una encefalopatía congénita no evolutiva, que le afecta la visión, la audición y la motricidad. Los cuidados son múltiples y para poder acompañarlo a cada uno de los especialistas que se encargan de su caso –un psiquiatra, un traumatólogo, un otorrino, un neurólogo, un endocrinólogo y un alergista–, Sonia renunció a conseguir un trabajo y una vivienda digna. Desde entonces, pasan sus días en paradores, hoteles, casillas, o simplemente en la calle, y dependen de un subsidio habitacional de la Ciudad de Buenos Aires, con límites temporales y no renovables»: se trata del subsidio otorgado por el Programa “Atención para Familias en Situación de Calle” (en adelante, el “Programa Prestacional”) establecido mediante el decreto 690/06, posteriormente reformado por el 960/08.

Con el respaldo de la Defensoría General de la Ciudad, Sonia formuló una acción de amparo en contra del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, «el Gobierno»). Solicitaba una solución que les permitiera, a ella y a su

hijo, acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose su integridad familiar. «Aclaró que, en el caso de que se decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el Programa Prestacional no garantizaban adecuadamente sus derechos. Así lo estimó [la Sra. Quisberth] porque, por un lado, estaban sujetos “a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda” y, por otra parte, eran parciales y limitados a seis cuotas de 450 pesos, a cuyo término sólo podía solicitarse el pago de cuatro cuotas adicionales, a criterio de la autoridad de aplicación, aún cuando los peticionarios demostraran que subsistía su situación de desamparo». Sonia Quisberth solicitó, además, como medida cautelar, que se ordenase al Gobierno que los incluyera en los programas de emergencia habitacional, lo que le fue concedido mientras durase la tramitación del amparo. Más adelante, «la Jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo. La Sala II de la cámara del mismo fuero confirmó lo decidido y resolvió que “frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido [por el Programa Prestacional...] podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado...la demandada deberá proveer...un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”».

Sin embargo, el Gobierno presentó recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante “el Tribunal Superior”). El que resolvió aceptar el recurso y, en consecuencia, revocó la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones; además, decidió reenviar la causa a dicha Sala para que dictara un nuevo fallo de conformidad con los lineamientos fijados en su decisión. Como fundamento de su fallo, el Tribunal Superior «sostuvo que las cuestiones discutidas en este expediente guardaban sustancial analogía con las debatidas y resueltas por ese Tribunal en la causa “Alba Quintana”, del 12 de mayo de 2010, a cuyos argumentos y conclusiones remitió».

Aquel caso guardaba cosas en común con el de Sonia Quisberth: versaba sobre el señor Pablo Alba Quintana, quien tenía 41 años de edad, vivía sin compañía en la ciudad de Buenos Aires, recibía alimentación en el comedor «San Vicente» de la calle Constitución, y sus únicos ingresos provenían de eventuales «changas»² que podía conseguir, pero que no le alcanzaban para asegurarse el sustento. Había sido intervenido quirúrgicamente y estaba siendo tratado por una afección cardíaca. Fue beneficiario del subsidio habitacional del Programa Prestacional, dinero con el que abonó la habitación de hotel en que moraba. Tras haber percibido el monto máximo del subsidio previsto en aquellos decretos, el beneficiario solicitó que se extendiera dicha prestación, pero la respuesta fue negativa. Por lo que interpuso acción de amparo contra el Gobierno, con la que –principalmente– pretendía: *a)* que se lo (re)incorporara en el Programa Prestacional; *b)* que si le otorgasen un subsidio, su monto sea suficiente para abonar íntegramente el costo del lugar en el cual se aloje. El juez de primera instancia dispuso al accionante una medida cautelar, previamente solicitada, que ordenaba su inclusión en los programas de emergencia habitacional. Llegado el momento, ese mismo juez concedió el recurso de amparo y ordenó al Gobierno que *«...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna..., hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron su asistencia...»*. Posteriormente, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario ratificó el fallo del inferior y ordenó a la demandada *«...la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado...»*. La Cámara argumentó que *«... es claro que el modo en que concretamente corresponde asistir al actor es resorte exclusivo de la Administración. Sin embargo ello no impide a que, frente a la omisión estatal, el Tribunal ordene la debida asistencia, con las exigencias normativas transcriptas...»*. Consideró, además, que la circunstancia de que en la actualidad el actor percibiera una ayuda asistencial legalmente prevista no implicaba que la situación de emergencia por él denunciada —y no desconocida por la contraria— hubiese cesado o pudiera cesar, sino que únicamente de manera

² «Ocupación transitoria, por lo común en tareas menores» (Diccionario de la Lengua Española, 22.^a edición).

provisoria el derecho vulnerado se encontraba asistencialmente protegido. Finalmente, entendió que nada correspondía resolver con relación a la inconstitucionalidad de los plazos establecidos en el decreto 690/06 porque, a su juicio, la modificación que introdujo el decreto 960/08, la dispensaba de tratar esa cuestión. Respecto de este último, concluyó que *“...fundamentalmente a partir del concepto de no regresividad ... la demandada deberá proveer un subsidio que asegure a la parte actora un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad ... que le permita al demandante abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”*». A continuación, el Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad en contra de este fallo para ante el Tribunal Superior. El que decidió revocar la sentencia de la Cámara de Apelaciones, por lo que las actuaciones fueron reenviadas a ella para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a los lineamientos establecidos en la resolución del Tribunal Superior.

En lo que sigue, reconstruiré –empleando el método de Atienza (2009) para el análisis de argumentaciones- el razonamiento seguido por el Tribunal Superior en el caso Quisberth Castro; idéntica, como se ha dicho, a la del caso Alba Quintana. En tal argumentación podemos distinguir dos problemas centrales:

1. El primero es el de si el decreto 960/08 (reformatorio, como antes dijimos, del decreto 690/06), relativo al Programa Prestacional, es inconstitucional en cuanto al «carácter temporal del subsidio» y a la «existencia de topes en los importes acordados». La respuesta (1'), que según hemos dicho fue negativa -lo que implicó la revocatoria del fallo recurrido-, dependía, a su vez, de la cuestión siguiente:
 - 1.1. ¿Cuáles es el «bloque normativo aplicable» al caso? A lo que se responde (1.1') que dicho bloque está compuesto por el «Art. 31³ de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires», que «se enmarca en el contexto normativo

³ «Art. 31. La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:
1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.
2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.
3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

de la CN [Constitución de la Nación Argentina] y particularmente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, elevado a la jerarquía de regla constitucional, e interpretado mediante las «observaciones generales» aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU»?

1.2. La siguiente cuestión es la de cuáles son las obligaciones estatales derivadas del antedicho bloque. A esta interrogante, el Tribunal Superior responde que del «bloque normativo que regula el derecho a la vivienda» se extraen la siguientes «reglas»:

1.2'.a «No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional», por tanto, aquella «no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles».

En particular, los subsidios previstos en el Programa Prestacional «no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la CCABA, según ya ha sido explicado. Sin embargo, forman parte de ella, disponiendo medidas transitorias tendientes a paliar la urgente

⁴ «Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, 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.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.»

«Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento...»

necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir. En ese marco, el derecho que generan a posibles beneficiarios, es un derecho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable (art. 31 CCBA y PIDESC); por otro lado, «frente a un pedido de parte legitimada, de que corresponde que sea entregado o renovado el subsidio que se reclama, ello no implica que corresponda apartarse de los montos dispuestos en el decreto 960/08, toda vez que, conforme quedó expuesto, la CCBA no garantiza el derecho a percibir un importe que, por sí sólo, sea suficiente para pagar una vivienda digna». Para sostener esto, el Tribunal Superior se basa en lo siguiente: Las obligaciones estatales determinadas en el Art. 31 cit., relativas a la «vivienda digna» y al «habitar adecuado» «deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas, sin que ello signifique que la administración no deba contribuir al cumplimiento —art. 2 (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. Son razones esenciales, para esta prelación de las medidas legislativas», en primer lugar, «la necesidad de garantizar la igualdad en la distribución de los beneficios (OG6 y puntos 1 y 3 del OG3)» y, en segundo lugar, que «[l]a circunstancia de que la obtención de los recursos y su asignación es una base esencial para el cumplimiento [de las políticas y programas públicos] (OG3 punto 1)»; y, en tercer lugar, que «La progresividad del art. 2 [del Pacto] constituye en ese sentido una salvaguarda para los estados cuando no pueden cumplir inmediatamente los deberes asumidos».

- 1.1'.b La segunda respuesta fue que la anterior obligación «de medio» opera, sin embargo, junto con una obligación estatal «de resultado», la de *progresividad*, en cuya virtud, «en cada momento, debe

exhibirse, en lo posible, un paso más que los acumulados en los momentos precedentes, y, al menos, no uno en sentido contrario. Los pasos deben ser deliberados, concretos y apuntados tan claramente como sea posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas por el Pacto». «En esa línea –sostiene el Tribunal-, no cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo [...] sino que debe serlo globalmente para toda la población. Tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto». Todo esto se sustenta en dos razonamientos. En primer lugar, que «[l]as obligaciones de los estados son en buena medida de medios no de resultados (OG3 punto 1) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles. Los recursos disponibles limitan aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDESC». En segundo lugar, que «[e]l art. 2 [del Pacto] impone la obligación de moverse tan expeditiva y efectivamente como sea posible hacia el logro de las metas previstas. Más aún, la OG3 destaca que “...todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.” (OG3, punto 9, in fine)».

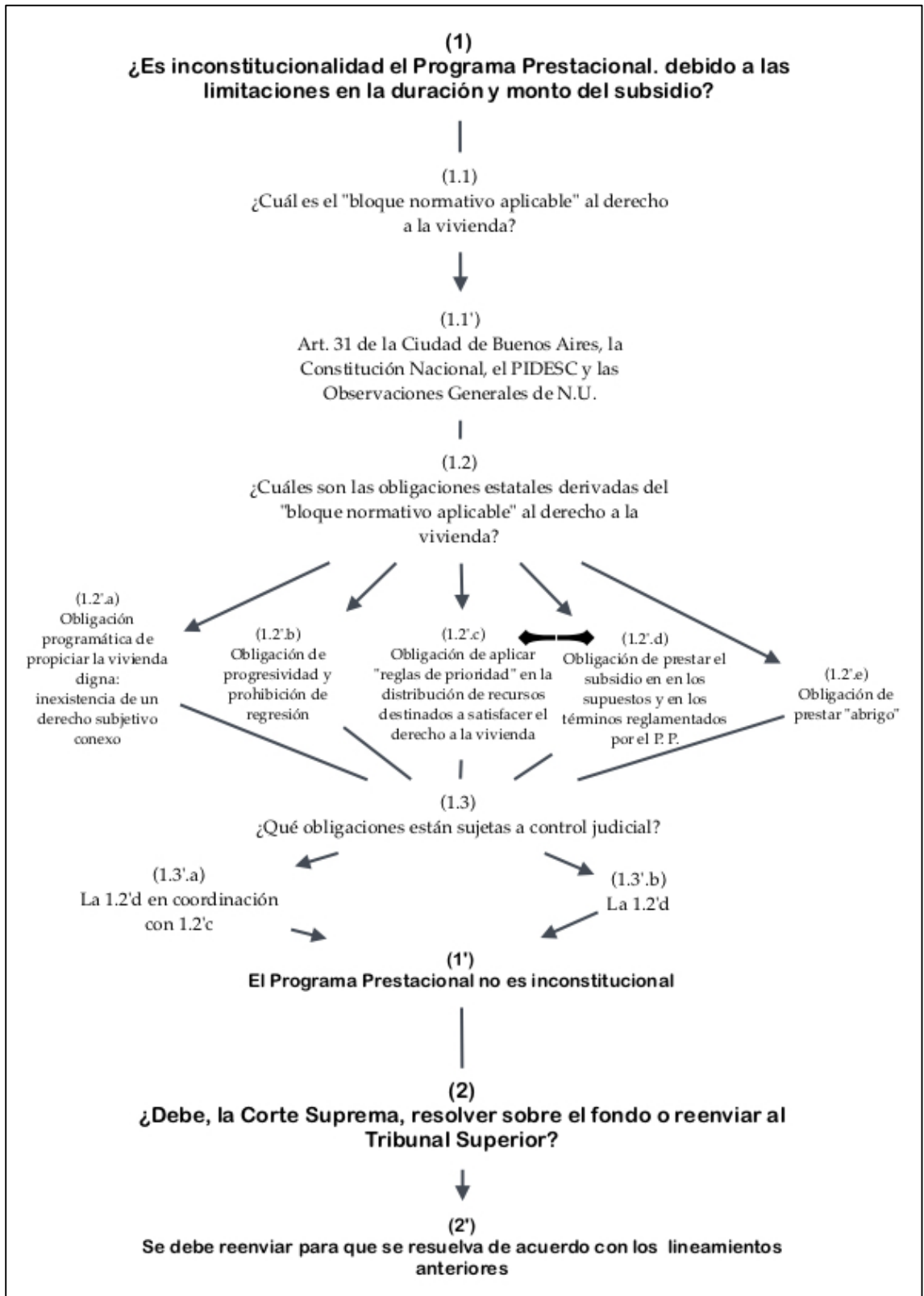
- 1.1'.c La tercera respuesta afirma que a los jueces corresponde, sin embargo, asegurar que los programas prestacionales implementados por el Estado «respete[n], además de la garantía de igualdad prevista constitucionalmente, las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen». Las razones que se esgrimen al respecto son dos. En primer lugar, que «[l]a cláusula examinada (art. 31 de la CCBA) suministra [...] reglas de distribución de los recursos afectados a la satisfacción del derecho del art. 31 de la CCBA que indican

prioridades claras, tales como la del inciso 1º, que, prioriza a las personas que padecen una pobreza crítica, y a las personas con necesidades especiales y recursos escasos. [...] La aplicación de estas reglas de prioridad y la mencionada garantía de igualdad [...] constituye la valla al clientelismo, en el que todos los poderes del estado podemos incurrir cuando no observamos estas reglas.» Y, en segundo lugar, que «identificar y aplicar los criterios de distribución previstos en el derecho positivo permite al juez dirimir una controversia al tiempo que garantiza que lo hace según los parámetros y con la afectación de recursos prevista por la autoridad competente. [...] Vale decir, e]l juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCBA.»

- 1.1'.d Finalmente, «quienes no estén en [l]a hipótesis [de beneficiarios de programas prestacionales] pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar “abrigo” como expresión mínima del derecho a la vivienda». Esto, en virtud de que, según el Tribunal Superior: «Una segunda obligación de resultado [-la primera, como vimos, atañe a la progresividad-] surge del PIDESC en la concepción de la Observación General 3, punto 10: los estados deben asegurar un piso a los derechos que deben tutelar. [...] En el caso del derecho que nos ocupa, [...] el parador estatal destinado a brindar “abrigo” aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda. Una manifestación de ese derecho que, por austera, no debe dejar de reunir condiciones indispensables de dignidad».
2. El segundo problema que se plantea el Tribunal Superior es el de si, o bien, le es posible resolver sobre el fondo del asunto aplicando «las reglas enunciadas», o bien, eso no es posible y lo acertado es reenviar a la Cámara de Apelaciones para que «los mismos jueces que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado» por el Tribunal Superior. La respuesta (2') se decantó por el reenvío, debido, en primer lugar, a que «establecer si están dadas las condiciones

previstas en el decreto 960/08» para conceder a la Sra. Quisbeth tal prestación, «remite[...] a la valoración de cuestiones de hecho y prueba que exceden las competencias del Tribunal en la vía intentada». Lo mismo cabe decir sobre – escribe el Tribunal- si la Sra. Quisbeth «ha logrado demostrar estar comprendid[a] en alguna de las prioridades previstas en la CCBA para mantener el beneficio del subsidio que se pretende en la medida que él es concedido a personas con menores necesidades» que la demandante. Y añade la sentencia: «A su turno, la comprobada ausencia de los presupuestos indicados requeriría, conforme surge de este voto, expedirse en torno a la obligación de brindar al accionante un “abrigo”, como expresión mínima del derecho a la vivienda, asunto que requeriría analizar la pretensión esgrimida así como aspectos de hecho y prueba, cuestiones, nuevamente, privativas de los jueces de mérito».

Todo el análisis precedente podría representarse mediante el esquema que sigue:



Pues bien, a mi juicio, el enfoque de los derechos fundamentales que el Tribunal Superior exhibe es la plasmación del reduccionismo normativista ferrajoliano, por las consideraciones siguientes:

A) Los derechos son vistos como estructuras que –usando el lenguaje de la misma sentencia- componen un «bloque» de «reglas»; el que preexiste a la consideración del caso concreto, y puede ser reconstruido sistemáticamente con total prescindencia de aquel.

B) De hecho, la sentencia diseña un auténtico «sistema normativo» con cierto aire que recuerda en algo a la conocida metodología (de cuño normativista) de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.

C) Ese sistema puede reseñarse, en el lenguaje y el sistema axiomatizado de Luigi Ferrajoli, de la manera siguiente:

C.1) Todos los habitantes de Buenos Aires tienen el *derecho fundamental* a una “vivienda digna”. El que, tratándose de un derecho social, y por tanto de un derecho positivo, es una norma que dispone *expectativas* referidas a la comisión de actos jurídicos (Ferrajoli, 2007, D4.6, D10.18, T10.133, D11.10). De ahí que tal derecho se corresponda con otras normas: las llamadas *garantías primarias*, consistentes en la obligación de prestaciones (Íd. D10.39, T10.135, T10.205, D10.39, D12.29). Vistas así, esas garantías prestacionales consisten en «vínculos fundamentales» impuestos al Estado, cuya ausencia da lugar a «vicios» denominados «lagunas estructurales». En tal virtud, dichos vínculos constituyen también garantías primarias, pero «débiles» y no «fuertes» como las anteriormente referidas (Íd. D10.44, D11.25; Ferrajoli y Ruiz Manero, pp. 47-51).

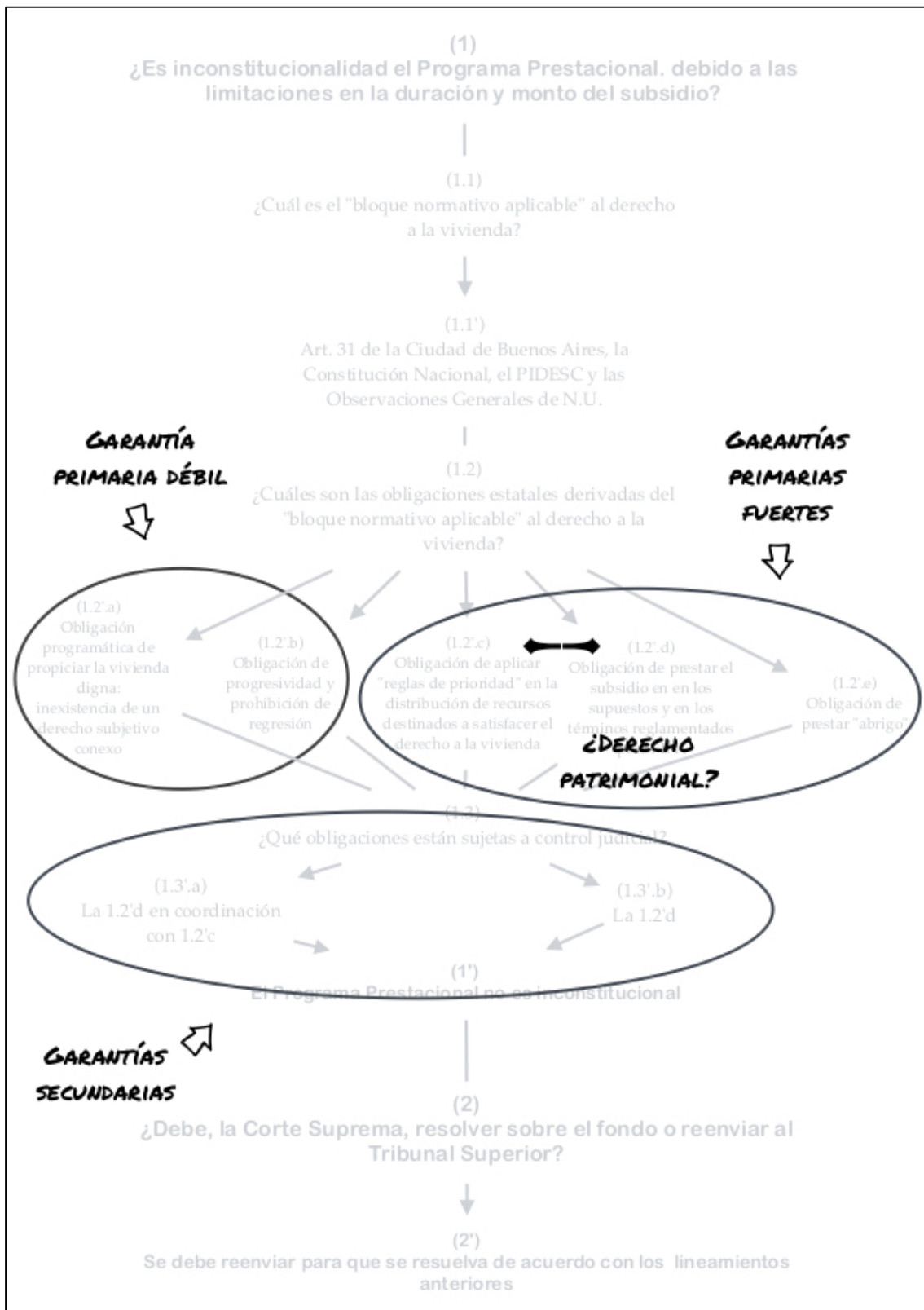
C.2) El derecho a la vivienda de los bonaerenses es casi por completo lagunoso, ya que apenas tiene dos formas de garantía prestacional, ambas más o menos precarias, si bien dotadas de garantías secundarias, o sea, de sendas obligaciones de condenar al Estado por su responsabilidad nacida de una omisión prestacional, sancionando su incumplimiento (Íd. D10.40, T109.199, T.10.200, D12.30):

C.2.i) Una de esas *garantías primarias* es el subsidio establecido por el Programa Prestacional. Respecto de él, existe la correspondiente *garantía secundaria*, que recaería sobre dos extremos: el uno, la satisfacción de las condiciones reglamentadas para ser acreedor del subsidio en las exactas condiciones –monto, duración, etc.- prefiguradas en la normativa; y el otro, la condición de

beneficiario prioritario, por pertenecer a «sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos». Aquí se muestra de cuerpo entero una suerte de paradoja propia del normativismo ferrajoliano: desde el punto de vista del sistema jurídico, estamos hablando de una genuina garantía constitucional primaria –el subsidio- correspondiente al derecho fundamental a la vivienda digna; sin embargo, desde el ángulo de un demandante concreto, la norma que establece el subsidio opera, no como la garantía de un derecho fundamental (en el sentido de Ferrajoli), sino como la de un mero derecho patrimonial (en esa misma terminología), que no dispone directamente, sino que predispone la obligación prestacional como efecto de que la respectiva hipótesis fáctica se satisfaga (Íd. D11.18, D11.19).

C.2.ii) Y, la segunda garantía *primaria* del derecho a una vivienda digna en Buenos Aires es la de acceder, incondicionalmente, a un «abrigo», prestación cuya garantía secundaria - como es obvio- también existe.

Toda lo cual es expresable mediante el diagrama siguiente:



D) De esta forma, en sus propias palabras, el Tribunal Superior reenvió la causa a la Cámara de Apelaciones para que aplicara «las reglas enunciadas» a «las circunstancias de la causa [y] se dicte un nuevo pronunciamiento». Con lo cual,

aparte de fijar –actualizándolos- los hechos probados del caso, lo único que restaría sería desarrollar un mero ejercicio *subsuntivo*: si a la luz de aquellos hechos, el sistema de garantías del derecho a la vivienda cubre el caso de la Sra. Quisberth, ella habría de obtener un subsidio de monto inferior al demandado; y en caso contrario, quedaría a la intemperie normativa, salvo por el abrigo emergente que no podía negársele a nadie.

Podemos ahora sintetizar en qué consiste el reduccionismo normativista de Luigi Ferrajoli en materia de derechos fundamentales: su teoría gira en torno a la categoría capital de derecho subjetivo entendido exclusivamente como *estructura* lógico deóntica, con lo cual se producen, dos consecuencias: En primer lugar, se torna irrelevante para la teoría del Derecho el problema de la *fundamentación* moral de los derechos fundamentales y, consecuentemente, su consideración como bienes de carácter axiológico susceptible de *justificación objetiva*. Y, en segundo lugar, por lo menos en lo que concierne a la cuestión prestacional de los derechos fundamentales, la *exigibilidad* judicial de tales derechos se ve confinada al estricto y reducidísimo campo de la argumentación subsuntiva, mutilando así el papel *potencialmente justificante* que tienen los derechos.

Sonia Quisberth impugnó, mediante recurso extraordinario federal, la sentencia del Tribunal Superior antes examinada, como consecuencia de lo cual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina revocó la mencionada sentencia y, por consiguiente, tuteló el derecho de ella y su hijo a una vivienda digna. Aunque, desde luego, no puedo abordar aquí el análisis y evaluación del voto de mayoría y de los dos votos concurrentes emitidos en ese caso por los jueces de la mencionada Corte Suprema⁵, creo que son argumentaciones que admiten ser reconstruidas como ejemplos de superación del enfoque normativista por la vía de considerar a los derechos no como meras estructuras normativas, sino como argumentaciones donde la racionalidad iusfundamental no se agota en el plano lógico deóntico, sino que va más allá, hasta donde la *justificabilidad* y la *justificancia* los derechos (es decir, respectivamente, su aptitud para ser fundamentados y para fundamentar decisiones) exigen avanzar.

⁵ Para un análisis del voto del juez Petrachi a la luz del principio de proporcionalidad véase Clérico, 2012.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abramovich, Víctor y Curtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

Álvarez, Lucía. «Solo las madres que tienen un chico especial entienden lo que se padece», en *Tiempo Argentino*, Buenos Aires, 26/04/2012. Consultable en línea: <http://tiempo.infonews.com/nota/49810/solo-las-madres-que-tienen-un-chico-especial-entienden-lo-que-se-padece> (26/05/2015).

Atienza, Manuel. “Exposición del método”, en Manuel Atienza y Alí Lozada, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Cevallos, Quito, 2009.

Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1987.

Clérico, Laura. “Sobre la insuficiencia desde el prisma de la igualdad real: pistas para evaluar una violación del derecho a la vivienda”. En *Papeles de Trabajo. El fallo Quizbert Castro y el derecho a una vivienda digna adecuada en la ciudad de Buenos Aires*, 2012, Buenos Aires, pp. 10-28.

Fabre, Cécile. *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan. *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.

Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa*, N° 34, 2011, 15-53.

Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 3, Laterza, Bari, 2007.

García Figueroa, Alfonso. «Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, (2011), pp. 121-137.

García Figueroa, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

Holmes, Oliver Wendell. «The Path of the Law», en *Harvard Law Review*, 10, 457 (1897)

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York, 2000.

Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1995.

Maritain, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural: cristianismo y democracia*, Palabra, Madrid, 2001.

Shue, Henry. *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1980.

Van Hoof, G. J. H., «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views», en *The right to Food*, P. Alston y K Tomaševski (eds.), Martinus Nijhoff, Dordrecht/Utrecht, 1984, pp. 97-110.