

IGUALITARISMO, DEMOCRACIA, Y ACTIVISMO JUDICIAL

Marcelo Alegre*

Los organizadores nos plantean a los panelistas una serie de interrogantes vinculados con los problemas que la protección judicial de los derechos puede acarrear para las democracias. En este trabajo me ocupo de un tipo particular de derechos, el de los derechos socioeconómicos. Antes de encarar las preocupaciones de los organizadores, me detendré a defender una visión igualitaria de ese tipo de derechos, y analizaré su rol en una constitución democrática. Luego responderé (adelanto que con un sesgo optimista) las dudas formuladas al panel.

I. INTRODUCCIÓN

El grado de desigualdad socioeconómica en América Latina es indignante. Elijan ustedes el índice para medirla y verán, inclusive, que en muchos países de la región la desigualdad va en aumento.¹ Al mismo tiempo que se afianza la democracia se agudizan las diferencias entre los sectores más pudientes y los más postergados. Latinoamérica todavía aguarda la aplicación de un diseño de gobierno democrático y a la vez igualitario. Los obstáculos más serios para esta posibilidad son principalmente de índole ideológica, aunque algunas veces las objeciones a los programas igualitarios se presenten como cuestionamientos vinculados a dificultades de implementación.

Un ejemplo de cuestionamiento ideológico que se presenta como una crítica de naturaleza solamente instrumental es la impugnación al igualitarismo basada en la idea de eficiencia. Esa objeción,

*UP-UBA. Algunas de las consideraciones volcadas aquí fueron discutidas de una u otra forma con mis generosos colegas de la Universidad de Palermo. Aquí trato de resolver algunas de las dificultades que me ha planteado Carlos Rosenkrantz, paciente crítico de mis ideas. Roberto Gargarella y Paola Bergallo comentaron una versión anterior de este trabajo. Los errores subsistentes, claro está, se deben sólo a mi obcecación.

¹Ver, por ejemplo, los diversos artículos compilados por A. Solimano en el volumen Desigualdad Social. Valores, Crecimiento, y el Estado (Fondo de Cultura Económica, México, 2000) con abundancia de fuentes empíricas, incluyendo informes de organismos internacionales.

brevemente, afirma que la aplicación de políticas igualitarias conspira contra la acumulación de capital, y, por lo tanto, contra el desarrollo económico. Esta advertencia no encuentra suficiente respaldo en la realidad: a pocos años de crecimiento del PBI a tasas muy altas (6 al 8%) le suelen seguir otros años de crecimiento nulo o negativo, y no es implausible sostener que una de las razones de esta inestabilidad en el crecimiento económico se deba en buena medida a la forma ridícula en que se distribuyen los beneficios del intermitente crecimiento de nuestras economías.² Pero me interesa recalcar que esta crítica es ante todo, de naturaleza ideológica. La razón es sencilla: el valor de la eficiencia es de carácter puramente agregativo, y es indiferente respecto de la distribución de la mayor riqueza cuya maximización propugna ese ideal. De modo que cuando los adoradores del mercado se muestran compasivos con su interlocutor igualitario, admitiendo la legitimidad de su preocupación por la brecha entre ricos y pobres, para luego pasar a exponer su ansiedad acerca del impacto de las políticas igualitarias sobre el crecimiento, la respuesta que debemos darles es que su ideal eficientista es a priori insensible respecto de la injusticia distributiva: ello pone en duda que pueda ocupar el primer lugar en un programa democrático e igualitario.

En esta presentación voy a centrarme en algunos de los problemas teóricos de este tipo, es decir, en algunos cuestionamientos que el igualitarismo enfrenta en el plano de los principios. El objetivo de este trabajo no es abstracto, sin embargo, sino que apunta al plano de las prácticas institucionales: me propongo

²“Por qué una menor desigualdad impulsa el crecimiento. El ahorro y la inversión de los pobres.” N. Birdsall, T. C. Pinckney y R. H. Sabot, en op. cit. en la nota anterior, pp. 95-112.

defender un rol activo de los jueces en la defensa de los derechos socioeconómicos, y proponer algunos criterios que sirvan de límite a ese papel activo. Esta posición enfrenta algunos problemas filosóficos y constitucionales, los que ocuparán el centro de mi exposición. Las implicaciones prácticas del trabajo solamente se refieren a la Argentina.

II. IGUALITARISMO

La versión igualitaria que voy a presentar no es una versión canónica, por lo que corresponde que me detenga a exponer algunos de sus lineamientos principales. Al hacerlo, quiero que se tenga presente que, antes que nada, el igualitarismo es una concepción *política*. Como tal, expresa una convergencia de diversas corrientes de pensamiento, y es posible que a poco que se profundice en los fundamentos de cada una de estas corrientes se descubran múltiples divergencias: el igualitarismo político se corresponde con infinidad de igualitarismos *académicos*. Este no es un fenómeno extraño. Lo mismo sucede con el liberalismo *político* (el que expresa la convergencia de muchas, y dispares, concepciones *académicas* del liberalismo), el feminismo, el nacionalismo, etc.

El igualitarismo, como concepción *política*, expresa el ideal de una sociedad en la que, como mínimo, estén atenuadas las diferencias de riqueza y de origen. Esta aspiración de mínima es suficiente para marcar un elemento común a todas las visiones igualitarias: la redistribución de riqueza, lejos de ser una

función sospechosa, es un fin genuino del estado. Más aún, el estado gana en legitimidad al redistribuir ingresos de manera igualitaria.³

Como señalé, hay visiones más radicales y más moderadas dentro del igualitarismo. Ahora quisiera exponer, entonces, algunas de las consideraciones que ocupan un lugar importante en mis ideas acerca del igualitarismo.

Un piso. En primer lugar, creo que el igualitarismo debe sacar más provecho de ciertas intuiciones, compartidas inclusive por teorías políticas no igualitarias, acerca de la especial relevancia de determinadas *necesidades básicas*. Por supuesto, los igualitarios pretenden mucho más que la satisfacción de esas necesidades, pero sería necio desaprovechar la aceptación casi universal de la idea de que es tarea ineludible de los estados el atender a estas necesidades. Antes bien, el igualitarismo debe desarrollar este principio de prioridad, mostrando como de su aceptación se siguen otras importantes consecuencias. En particular, me parece claro que si es responsabilidad del estado la atención de intereses básicos, entonces no es un deber del estado garantizar la satisfacción de intereses frívolos o despojados de cualquier contenido de necesidad o urgencia. En otras palabras, el deber del estado de proteger los \$ 100 que recibe una jubilada no puede ser igual al de preservar para un millonario el último billete de \$ 100 que éste recibe. Como propone Parfit,⁴ el principio de la utilidad marginal decreciente del dinero puede ser

³R. Dworkin, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality (Harvard U. Press, 2000), T. Nagel, Equality and Partiality (Oxford U. Press, 1991).

⁴D. Parfit, "Equality or Priority?", The Lindley Lectures (University of Kansas, 1991).

entendido, cuando se lo traduce a un principio de prioridad, como algo más que una propensión psicológica contingente: es un principio de justicia.

¿Un techo? En segundo lugar, entonces, entiendo que el igualitarismo debe enfatizar que no existe ninguna razón de principio para sostener un supuesto derecho a una acumulación indefinida de riquezas. La imposición de un *techo social* puede acarrear más costos que beneficios, y por lo tanto puede ser indeseable desde un punto de vista prudencial, pero no existe una razón basada en la justicia o en la ecuanimidad para impugnar la idea de que en un mundo de recursos escasos exista un límite para la cantidad de riqueza que un individuo puede acumular.

Igualdad relacional. Los igualitarios discuten entre sí acerca de cuál debe ser el principio rector del igualitarismo. Algunos autores proponen la idea de la *neutralización de la suerte*,⁵ otros, la idea de la *no dominación*.⁶ Tengo mis razones para creer que debería apelarse a una tercer idea, la de la igualdad relacional.⁷

La igualdad y el azar. La idea de que la concepción adecuada de la igualdad es aquella que requiere la neutralización de los efectos diferenciales de la suerte en la vida de las personas, es a la vez

⁵La lista incluye a John Rawls, Thomas Nagel, Ronald Dworkin, Eric Rakowski, Richard Arneson, Gerald Cohen

⁶E. Anderson ha dirigido un ataque profundo a los autores de la cita precedente, a quienes llama “igualitarios de la suerte”, en “What is the Point of Equality?” *Ethics* 109 (1999), 287. Allí propugna una concepción de la igualdad a la que denomina “igualdad democrática”, que gira en torno a la idea de no dominación.

⁷Anderson usa a veces esta terminología, aunque restringiendo su alcance a la idea de no dominación. Tal vez Rousseau sea un prominente antecesor del “igualitarismo relacional”. En su “Discurso sobre la desigualdad” (sigo la edición Penguin de 1984) utiliza diversos argumentos contra la desigualdad económica, pero varios de ellos descansan en los sentimientos espurios que dan lugar y son reforzados por la desigualdad, como el de la envidia y el deseo de ser envidiado: “[L]os ricos, aun sin cambiar su condición, dejarían de ser felices si el pueblo dejase de ser miserable” (p. 133).

atractiva y problemática. Su atractivo aparece a primera vista: Una persona que nace en Callao y Libertador tiene una expectativa de vida de alrededor de 80 años. Una persona que nace a quince cuadras de allí, en la Villa 31,⁸ tiene una expectativa mucho menor, y está condenada (o al menos fuertemente condicionada) a vivir rodeada de violencia, enfermedades, ignorancia. La diferencia entre ambos contextos es puramente fortuita y un estado democrático pierde mucha de su legitimidad si no dedica esfuerzos significativos a mitigarla. Los problemas surgen al profundizar el análisis de esa noción. Por empezar, resultaría inconcebible una sociedad en la que algunos de sus miembros no fueran retribuidos diferencialmente por ciertas características, como los talentos o habilidades especiales, debidas exclusivamente a causas fortuitas: la filosofía política no debe llevar sus impulsos utópicos más allá del punto de lo que resulta imaginable. Otra forma de presentar la tesis de la neutralización de la suerte consiste en mostrar a la suerte en oposición a las decisiones: lo que se debe neutralizar son las desigualdades que no son fruto de las decisiones personales. Pero el problema entonces es el de delimitar la frontera entre el azar y la voluntad. La tesis de un yo noumenal, ubicado más allá del torrente de lo contingente y azaroso ha sido y es atacada con fuerza por quienes creen que refleja una visión irreal de la naturaleza humana.⁹ No necesitamos ir tan lejos para percibir el problema de esta tesis: un breve ejercicio de introspección nos revelaría cuán pocas de nuestras decisiones quedarían en pie si eliminásemos los elementos del azar que influyeron en la formación de las creencias y deseos que les dieron origen.

⁸Callao y Libertador y la Villa 31, se refieren respectivamente a dos enclaves de riqueza y de pobreza de la ciudad de Buenos Aires.

⁹Por M. Sandel, C. Taylor y otros comunitaristas, por ejemplo.

Entiéndase que el problema que señalo no es meramente “demarcatorio”.¹⁰ No se trata de que el igualitarismo de la suerte cae en cierta imprecisión práctica: toda teoría filosófica tiene ese tipo de imprecisiones. El problema, creo, es más profundo. Para mostrarlo puede ser útil recurrir al caso del esfuerzo como causa de desigualdades: Rawls lo descalifica como factor legitimante de desigualdades,¹¹ Dworkin, en cambio, admite que una persona que se esfuerza acumule más riquezas que una persona holgazana.¹² Tal vez nuestras intuiciones respalden a Dworkin. Sin embargo, desde una perspectiva “igualitaria de la suerte”, el razonamiento de Rawls parece impecable: la capacidad para esforzarse está influida¹³ por habilidades naturales cuya asignación es puramente fortuita, por lo que no hay una razón basada en la justicia para retribuir diferencialmente a las personas voluntariosas. Esto es lo que me interesa destacar: primero, que hay un conflicto entre algunas de las consecuencias de la tesis del igualitarismo de la suerte y algunas de nuestras intuiciones más extendidas, y segundo, que no creo que sea realista pretender desplazar este tipo de intuiciones.

La igualdad y la no dominación. La segunda tesis a la que acuden algunos autores igualitarios afirma que la igualdad por la que debemos luchar debe medirse por su impacto en la dominación entre las partes.

¹⁰R. Gargarella me alertó sobre la posibilidad de que fuera entendido así.

¹¹J. Rawls, A Theory of Justice (Harvard University Press, 1971) p. 312.

¹²En el libro citado en la nota 3, lo afirma en la p. 2, y lo repite muchas veces luego.

¹³¿Cuán influida está esa capacidad? G.E. Cohen, en “On the Currency of Egalitarian Justice”, Ethics 99 (1984) 914-915, lee a Rawls como afirmando que está *parcialmente* influida. R. Nozick, en Anarchy, State and Utopia (New York, Basic, 1974), p.214, lo entiende como afirmando que está *totalmente* influida. El choque con nuestras intuiciones es mayor, claro, si confiamos en la segunda interpretación.

Así el igualitarismo debería propender a minimizar la dominación o el sometimiento entre las personas.¹⁴ Pienso que esta versión del igualitarismo apunta en la dirección correcta, entre otras razones porque no admite sin más que se nivele hacia abajo como forma de lograr mejoras en términos de igualdad. Las diferencias groseras en las riquezas de las personas son sospechosas, bajo esta forma de igualitarismo, por su tendencia a perpetuar relaciones de servidumbre. Pueden existir instancias en que una reducción de los recursos de los que tienen más puede llegar a justificarse, pero solamente si a través de esa reducción existe un aumento correlativo en libertad, autonomía, o dignidad.¹⁵ Pero esta variante igualitaria no propicia que se alcance la igualdad en la posesión de recursos per se, lo que habilitaría una política de desperdicio o destrucción de recursos, como temen los objetores del igualitarismo que recurren al argumento de la nivelación hacia abajo.

Sin embargo, creo que esta visión igualitaria peca de insuficiente. Su déficit reside en la concepción estrecha de lo que resulta apreciable en las relaciones humanas. Por cierto, que éstas no sean opresivas es de crucial importancia. Pero lo que esperamos de las relaciones sociales va bastante más allá de este requerimiento de no dominación.

¹⁴Anderson, *op. cit.*, p. 313.

¹⁵ Así, si una casta de opresores basara su poder en la posesión y transferencia hereditaria de garrotes, ¿quién se opondría a una política de “nivelar hacia abajo” consistente en la destrucción de esos garrotes?

Por ejemplo, también es primordial que ellas permitan el florecimiento de los individuos, que estimulen su realización personal, que incentiven su capacidad expresiva,¹⁶ y que enriquezcan su imaginación, creatividad y autoestima. La enorme brecha socioeconómica que existe en países como los de América Latina no es condenable exclusivamente por sus secuelas de dominación y sometimiento, aunque este hecho por sí solo justificaría las profundas reformas que los igualitarios reclaman. Esa brecha, además, es causa de empobrecimiento cultural, provoca resentimiento, alimenta la vergüenza de los que menos tienen, limita las perspectivas de vida y realización de millones de personas, e incentiva sentimientos enfermizos como la envidia y el desprecio. El igualitarismo más genuino, según creo, es el que se propone fortalecer y cohesionar los lazos sociales teniendo en miras esta concepción más robusta de lo que hay de valioso en las relaciones humanas.¹⁷

La concepción relacional de la igualdad parte de la intuición fundamental de la igualdad frente al azar, de acuerdo con la cual las instituciones sociales deben estructurarse de modo de neutralizar las desigualdades que no se deban a las decisiones de las personas. Pero al mismo tiempo ubica a dicha intuición en un marco más firme, al propender a la neutralización de las desigualdades debidas al azar *cuando impacten negativamente en las relaciones sociales*. Permítaseme exponer un par de

¹⁶Pienso en dos de los tres elementos del ideal “expresivista” de Herder, Schiller y otros tal como lo expone C. Taylor en *Hegel* (Cambridge University Press, 1975), pp. 23-29: un cierto ideal de unidad entre razón e imaginación, opuesto a una concepción que los ve como elementos en pugna; y una idea de libertad como auto-expresión y autenticidad.

¹⁷Otra alternativa, más conciliadora, es entender por “opresión”, aquello que impide la “expresión”, en el sentido amplio de la nota anterior. No tendría nada que objetar a un igualitario de la no opresión así entendida.

consideraciones para mostrar la relevancia de este agregado. La primera observación muestra un sentido en el que el igualitarismo relacional es menos drástico que el de la suerte. La segunda reflexión, en cambio, revela por qué, en otro sentido, la igualdad relacional es mucho más demandante. En primer lugar, la condición relacional impone un límite al tipo de desigualdades a neutralizar: sólo son relevantes aquellas que conducen a frustrar el potencial de nuestras relaciones sociales. Por lo tanto, la igualdad relacional es indiferente respecto de aquellas desigualdades que no resulten en un empobrecimiento de las relaciones humanas (aunque el rango de las diferencias que quedan fuera de la preocupación de esta versión igualitaria se ve acotado por su concepción más abarcadora del valor de las relaciones). En segundo lugar, el ideal de la igualdad relacional exige que se mitiguen ciertas desigualdades debidas a decisiones de los individuos, algo que rechazan los igualitarios de la suerte. Por ejemplo, la sociedad debe acudir en ayuda de aquellos que terminaron en la ruina por decisiones riesgosas o equivocadas, como la de construir viviendas en zonas inundables. Según el igualitarismo de la suerte, si esas personas sabían el riesgo que corrían, y además eligieron no asegurarse contra esos riesgos, entonces ellas, y sólo ellas, deben cargar con los costos de los eventuales infortunios. El igualitarismo relacional, aun admitiendo alguna diferencia entre este tipo de víctimas y otros casos en que las decisiones no juegan ningún papel (diferencia que podría expresarse en distintos niveles de subsidio), reclama que se compensen inclusive este tipo de desigualdades, en razón de que propugna el mantenimiento o el logro de cierta cohesión socioeconómica como un fin que no puede ser comprometido ni siquiera por decisiones libres de los individuos. Esta concepción no debe verse,

empero, como rechazando el valor de la responsabilidad personal, sino, más bien, como restringiendo el rango de los estados de cosas que son admisibles como resultado de las decisiones individuales.

Antes de pasar al plano institucional, quisiera adelantarme a responder algunas posibles objeciones respecto de esta concepción del igualitarismo:

i. En primer lugar, podría afirmarse que esta visión es sólo *contingentemente* igualitaria, ya que favorece la disminución de diferencias en recursos y poder solamente si ello redundaría en un mejoramiento en otra dimensión, la de las relaciones. Creo que la filosofía política hace un uso frecuente de afirmaciones cuyo valor de verdad es contingente, y pienso que el señalamiento de la contingencia de estas aseveraciones, sin más, no tiene mayor fuerza descalificatoria. Para explicarlo, quisiera distinguir entre diversos *niveles de contingencia*. Un ejemplo sencillo: la afirmación “si el desempleo en EEUU fuera del 20%, aumentaría la criminalidad”, es contingentemente verdadera: el desempleo podría llegar al 20% y podría no aumentar la criminalidad, bajo ciertas (improbabilísimas) condiciones. Por el otro lado, la afirmación: “Si las películas de Tarantino fueran transmitidas por T.V. a las 7 de la tarde, aumentaría la criminalidad,” también es contingente. Sin embargo, me parece claro que hay una diferencia importante entre las dos afirmaciones, de modo tal que sería incuestionable que una propuesta política incluyera entre sus premisas, implícitas o explícitas, al primero de estos enunciados, y, en cambio, sería al menos arriesgado que incluyera afirmaciones del segundo tipo. Lo que las distingue es su *nivel de contingencia*: por lo que sabemos, es *muy* probable que un aumento dramático del desempleo provoque un aumento de los delitos, pero es muy improbable que la comisión de delitos aumente porque ciertas películas violentas aparezcan por televisión.

Los igualitarios que aprecian la igualdad económica por su impacto en otra dimensión, piensan (pensamos) que la conexión entre desigualdad económica y relaciones humanas de mala calidad pertenece al primer tipo de nexos (desempleo-delito), más que al segundo (Tarantino-delito). Por supuesto que podríamos imaginar un mundo de enormes desigualdades económicas en el que, sin embargo, la gente se relacionara de un modo provechoso, y en el que estuvieran ausentes sentimientos de fracaso, resentimiento, envidia, o lazos de opresión y sometimiento. En ese mundo, el igualitario relacional debería llamarse a silencio.¹⁸

Pero en *este* mundo, tal como lo conocemos, la conexión entre desigualdad económica y otro tipo de desigualdades se presenta de modo muy firme: la base empírica del igualitarismo relacional, desgraciadamente, se muestra bastante segura.¹⁹

¹⁸ A Nagel, un igualitario de la suerte, la desigualdad entre la clase media alta y los supermillonarios no le provoca ninguna objeción. Ver T. Nagel, Equality and Partiality, (Oxford University Press, 1991), p. 70. En un mundo habitado *sólo* por ricos y super ricos la conexión entre desigualdad económica y desigualdad en las relaciones tal vez tampoco funcionaría.

¹⁹ Este apartado está dirigido a eventuales interesados en conocer algunas de las diferencias entre esta visión de la igualdad y las sostenidas por otros profesores de la Universidad de Palermo. Martín Farrell sostiene una moral consecuencialista de tipo monista, y cree que la igualdad no puede aspirar con éxito a figurar como único valor en un sistema axiológico, por su carácter *opaco* o radicalmente indeterminado (la idea aquí es que muchos estados de cosas realizan por igual el ideal de la igualdad). Yo soy monista solamente en el sentido de negar que exista un conflicto irreducible entre valores como el de la libertad y la igualdad, pero no en el sentido de postular la existencia de un solo valor. Además no creo que la opacidad del valor de la igualdad sea mayor que la del concepto de autonomía o el de felicidad, los dos grandes candidatos a ocupar el sitio monista en el universo farrelliano (sin ir más lejos, el ejemplo de la máquina de Nozick explota la opacidad del concepto de felicidad). Carlos Rosenkrantz cree que el mejor principio igualitario no puede ser validado por un esquema contractualista, que el ideal de la igualdad es esencialmente agregativo, y que la igualdad y la justicia están en una relación de profundo conflicto. Yo pienso, por el contrario, que el valor de la igualdad es esencialmente distributivo (aun más, que es el valor distributivo por excelencia), que la mejor concepción de la igualdad aprueba un test contractualista (inclusive, que esa concepción es la que hace inteligible la normatividad del test contractualista), y que la igualdad y la justicia no son ideales en tensión: el igualitarismo es una teoría de la justicia, no una teoría contra la justicia. Roberto Gargarella cree que el liberalismo está estructuralmente limitado para acoger ideas genuinamente igualitarias, por su alergia anti-perfeccionista a promover una ética solidaria (en algunos liberales), o por su desconfianza hacia formas institucionales

ii. Otra objeción posible frente a esta versión del igualitarismo, es que corre el riesgo de incurrir en perfeccionismo. En efecto, si se mide el valor de las relaciones por el grado en que ellas estimulan cosas tales como el florecimiento, la imaginación, o la creatividad, esto parece presuponer una concepción de lo bueno en el plano personal incompatible con una idea liberal de la sociedad. Ese riesgo existe, pero en la medida que se interpreten a ideales como el del florecimiento, la autenticidad, la auto-expresión, etc., de un modo *sectario*, como encarnando una concepción particular de lo bueno. Creo que es posible preservar la fuerza normativa de esas ideas, sin embargo, dejando abierta la posibilidad de que existan diversas concepciones acerca de su realización, y preservando el poder de selección de cada individuo de la que considere la mejor interpretación dentro de un menú más o menos amplio de opciones.

iii. La respuesta a la objeción anterior, sin embargo, puede dar lugar a una crítica más fundamental, la de la imprecisión de esta concepción de la igualdad. En efecto, ¿cuál es la métrica de la igualdad relacional una vez que se reconoce la profunda ambigüedad de ideas como la de florecimiento, auto-expresión, creatividad? ¿No se trata del mismo problema de imprecisión que anteriormente le atribuí al igualitarismo de la suerte? Mi respuesta a esta objeción no aspira a ser completamente satisfactoria. Una descripción detallada y clara de qué elementos hacen que las relaciones humanas sean valiosas está más allá de mi

mayoritarias (en otros liberales), o, más directamente, por su aversión a las propias ideas igualitarias. También piensa que **otorgarle la última palabra a los jueces en materia de** derechos está en pugna con el ideal democrático. Yo pienso que el liberalismo más genuino es el igualitario (esta discrepancia es menor, tal vez reducible a una cuestión de etiquetas) y que ni la constitucionalización de derechos socioeconómicos ni su operatividad judicial conspiran contra el valor de la democracia: por el contrario, mi llamamiento al activismo judicial se hace en nombre de la democracia, **en razón de que ese activismo estaría orientado a fortalecer la capacidad de los excluidos para ejercer sus derechos ciudadanos, lo que robustecería el valor del procedimiento mayoritario.**

alcance (entre otras razones porque debería recurrir a nociones acerca de la naturaleza del ser humano propias de la antropología, la psicología o la psicología social, áreas sobre las que mi desconocimiento es infinito). En este trabajo solamente pretendo señalar una ruta que creo puede ser provechosa, y marcar algunos límites que afectan a estrategias alternativas. A las razones que di anteriormente por las que favorezco un ideal relacional de la igualdad, sólo puedo sumar ahora una aspiración de tono optimista: *ansío* que la clave del igualitarismo se encuentre en la dimensión de las relaciones porque de ese modo habrá alguna motivación para que los actuales privilegiados avizoren alguna ventaja en una eventual sociedad igualitaria. Piénsese en el caso de la desigualdad entre géneros: no se trata de un juego de suma cero, ya que el mejoramiento de la situación de las mujeres no ha implicado una pérdida en el bienestar de los hombres. Por el contrario, puede afirmarse que los hombres están *mejor* en una sociedad que no discrimina a las mujeres. No es esto lo que justifica la abolición de las prácticas que discriminan contra las mujeres, por supuesto. La remoción de esas prácticas se justifica porque son discriminatorias, punto. Pero el hecho de que el mejoramiento de un género no se corresponda con el empeoramiento de otro nos da razones para ser más optimistas en este tipo de casos. Sería ingenuo suponer que el caso de los recursos económicos sea igual al anterior, pero creo que existe algún lugar para el tipo de reflexión como la que Carlos Nino solía hacer cuando afirmaba que un empresario japonés que viaja en el mismo subte con sus empleados es infinitamente más rico que su par argentino que yendo a su trabajo en un Mercedes Benz, debe sortear kilómetros y kilómetros de villas miseria.

III. IGUALDAD Y DEMOCRACIA

¿Cómo operan estas ideas igualitarias en el plano institucional? Una primer cuestión es la de si un ideal igualitario como el expuesto puede aspirar a ser reflejado en la constitución. Una segunda cuestión es la de especificar qué rol cumplen los órganos políticos y los jueces en la implementación de esos principios. Las respuestas a ambas cuestiones deben ser compatibles con ciertos presupuestos acerca de la democracia.

Constitucionalización de derechos sociales. La tendencia a incorporar en los textos constitucionales referencias, más o menos precisas, a un mínimo de derechos socioeconómicos es muy fuerte. ¿Se trata de la generalización de un error? Dos pensamientos acerca de lo que una constitución debe ser podrían converger en rechazar esta práctica. El primero es una visión puramente procedimental de la constitución. De acuerdo con esta concepción, la constitución no debe consagrar principios sustanciales, sino establecer los mecanismos válidos para la toma de decisiones. La segunda idea admite que la constitución sea algo más que una recopilación de procedimientos, pero impugna la constitucionalización de derechos socioeconómicos sobre una base sustantiva: lo hace porque afirma que esa incorporación viola la prioridad de la libertad sobre la igualdad. Solamente voy a discutir aquí la segunda idea, la que se opone a la constitucionalización de derechos socioeconómicos. Uno podría negar la premisa de la primacía de la libertad,²⁰ pero quisiera defender una objeción distinta, de acuerdo con la cual, aún si se aceptara la tesis

²⁰ Ver la contribución de H.L.A. Hart y N. Daniels, en Reading Rawls, o la monografía de G.E. Cohen, "Freedom and Money". Dworkin niega que exista un conflicto irresoluble entre libertad e igualdad. C. Curtis y V. Abramovich, en "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997), pp. 283-350, muestran que los derechos emanados de ambos principios tienen la misma naturaleza, contra la opinión de que los derechos sociales exigen prestaciones positivas del estado, y los derechos

de la prioridad, de esa tesis no se sigue que los derechos socioeconómicos no puedan adquirir jerarquía constitucional. Rawls, en *Una Teoría de la Justicia*, afirma que la prioridad del primer principio de justicia sobre el segundo explica la naturaleza constitucional del primero y el carácter legislativo del segundo. En *Political Liberalism*, Rawls es más enfático aún en rechazar la idea de que la igualdad socioeconómica sea una “esencia constitucional”, pero quiero detenerme en el análisis de la primera de estas obras, por su relevancia en el ideario igualitario y porque los argumentos allí expuestos han resonado con fuerza hasta el presente. Hay varias razones por las que creo que esta diferente categorización normativa (Libertad-Constitución/Igualdad-Proceso político) resulta infundada:

1) si prestamos atención a las cuatro etapas que Rawls nos propone en el desarrollo y aplicación de su teoría (Posición Original, Convención Constituyente, etapa legislativa, particularización de las reglas), vemos que la selección del segundo principio de justicia implica su consagración constitucional: precisamente *eso* es lo que las partes están eligiendo, los principios constitucionales de su sociedad.

“A just constitution is defined as a constitution that would be agreed upon by rational delegates in a constitutional convention who are guided **by the two** principles of justice.”²¹

Por cierto, la única forma de que sepamos que los constituyentes están guiados por los dos principios de justicia es que esa convicción se exprese en la constitución que están redactando. De otra manera, la

clásicos, no.

²¹ Op. cit., p. 357.

selección de ese principio en la posición original resulta completamente inútil: ¿para qué han de elegir las partes ese principio si los legisladores pueden hacer lo que quieren a su respecto (incluso ignorarlo)?

2) Pero Rawls no admite que los legisladores puedan ignorar el segundo principio. Y esto sólo puede explicarse de dos formas: o es porque la constitución se los impide, o porque misteriosamente todos ellos adhieren a un principio de justicia que es ajeno al sistema jurídico. Rawls no puede estar sugiriendo lo segundo.

3) No es cierto que la prioridad de un principio sobre otro exija que sean recogidos en niveles jurídicos diferentes, como supone Rawls, cuando afirma,

“...the priority of the first principle of justice to the second is reflected in the priority of the constitutional convention to the legislative stage.”²²

Rawls parece presuponer una descripción demasiado simplista del orden jurídico, según la cual los niveles constitucional y legislativo son *chatos*, por así decir: que dentro de cada uno de ellos no hay lugar para jerarquías. Pero ello no tiene por qué ser así.²³ La prioridad de ciertas normas de un mismo nivel es una nota común e inevitable en cualquier sistema jurídico. La norma que prohíbe, en los Estados Unidos, que se prive a los estados de la igualdad de votos en el Senado tiene prioridad sobre las normas que regulan el procedimiento de enmiendas constitucionales, pero todas ellas están en el mismo nivel jurídico (la

²² Idem, p. 199

²³ Obsérvese que esta presuposición genera una tensión adicional a la teoría. Si a cada nivel le corresponde un principio y si, como dice Rawls, el segundo principio obliga a los legisladores, Rawls solamente dispone de dos niveles para acomodar tres tipos distintos de normas (la que plasma el primer principio de justicia, la que consagra el segundo, y la legislación ordinaria.)

constitución). Cambiando de nivel jurídico (y de país), la norma que prohíbe prestar testimonio contra el o la cónyuge tiene prioridad sobre la norma que establece la obligación general de todos los ciudadanos de prestar testimonio, pero ambas pertenecen al mismo nivel (el legislativo).

Concluyo, pues, en que la constitucionalización de derechos socioeconómicos no implica negar la tesis que afirma una supuesta primacía de la libertad sobre la igualdad. Creo que la tesis es equivocada, pero no es preciso controvertirla para proteger la incorporación de este tipo de derechos a la constitución.

La exigibilidad judicial de los derechos socioeconómicos. La segunda de las cuestiones a resolver en el plano institucional es el alcance del poder de los órganos judiciales en contraste con los políticos en relación a la defensa de los derechos socioeconómicos. Es en este punto que el igualitarismo enfrenta una seria objeción que se basa en intuiciones muy extendidas acerca de la mayor legitimidad de que dispondrían los órganos electivos, respecto de los jueces, para encarar los asuntos más trascendentes de una sociedad democrática.

No me propongo cuestionar esta creencia, pero sí exponer una importante excepción a la misma. Recordarán que cuando expuse los lineamientos de lo que considero una versión plausible de igualitarismo me referí a la idea de un piso, es decir, de un mínimo social al que toda persona debería tener acceso. Pues bien, creo que respecto de ese mínimo opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción. En cambio, el ideal más amplio de la igualdad relacional, que opera *por encima* de ese mínimo, es un ideal cuya implementación debe estar a cargo, en forma protagónica, por los órganos

democráticos. En resumen, pues, todos los poderes del estado están obligados a respetar el piso de derechos socioeconómicos, y respecto de la realización más amplia del ideal igualitario, el papel principal lo deben cubrir, en cambio, los órganos políticos.

El ideal igualitario, entonces, debe interpretarse como una propuesta, que en su totalidad, es ambiciosa: promueve una sociedad donde las diferencias de poder y de riquezas estén significativamente disminuidas. Pero la propuesta comparte con la mayoría de las concepciones políticas decentes, una especial preocupación por los más sumergidos. Lo que la distingue es que, respecto de este mínimo común denominador, exige respuestas institucionales perentorias. Los igualitarios creen que una sociedad justa solo es aquella en que la brechas económicas se vean reducidas a un punto que tal vez hoy pueda parecer inimaginable, pero confían en la evolución social producto del debate político para plasmar esas ideas. Sin embargo, exigen ya la atención de aquellas necesidades insatisfechas que forman el piso al que todo ser humano tiene derecho. ¿Es cuestionable esta exigencia, que favorece el activismo judicial, por ser antidemocrática? No lo creo. Aún más, es mi convicción que al reclamar la intervención de los jueces para atender ese piso mínimo (al que hace referencia la mayoría de los derechos socioeconómicos), el igualitarismo fortalece la calidad democrática de la sociedad.

Estoy convencido, pues, de que, en lo que respecta a la implementación de un programa igualitario amplio, el papel principal le corresponde a los órganos políticos, que reflejan más adecuadamente las preferencias colectivas y que, respecto de la protección de los derechos socioeconómicos mínimos, también los jueces tienen la potestad y el deber de forzar que sean debidamente atendidos.

Para aceptar esta creencia, es necesario, sin embargo, formular algunas precisiones sobre la relación entre democracia y regla de mayoría.²⁴ La regla de mayoría es esencial para la existencia de la democracia, pero lo es por ciertas razones, que, una vez que se las examina, explican al mismo tiempo porque la provisión de un mínimo de recursos para todos, aun contra la voluntad de los órganos mayoritarios, no ofende al ideal democrático. La regla de mayoría es, básicamente, una regla *igualitaria*: solo ella es compatible con la dignidad y el respeto que cada persona merece en igual medida. Una forma distinta de adoptar decisiones colectivas implicaría que hay ciertas personas o grupos que son merecedores de mayor respeto o que poseen una mayor dignidad. Pero por supuesto, hay otras formas de transgredir el principio igualitario del que emana el valor de la regla de mayoría, y una de ellas consiste en negarle a una persona el acceso a un mínimo de recursos (económicos, educativos, sanitarios, etc.) para que pueda desarrollar una vida autónoma. De modo tal que no constituye una buena respuesta, frente a una persona que no dispone de lo mínimo necesario para llevar adelante una vida con sentido, decirle que debe respetar la decisión de su comunidad de no acudir en su ayuda, porque si queremos saber por qué la regla de mayoría (que en este caso condena a esa persona a vivir una vida sub-humana) es valiosa, habremos de acudir al valor igualitario de esa regla, pero cuando a través de un procedimiento mayoritario se niega la redistribución de recursos para garantizar un mínimo adecuado para todos se vulneran los mismos valores que sustentan la legitimidad de la regla de mayoría.

²⁴ C. Nino, The Constitution of Deliberative Democracy (Yale University Press, 1996).

Es importante notar que la regla de mayoría que goza de primacía normativa como modo de tomar decisiones es un método idealizado, en el que todas las partes involucradas tienen igualdad de acceso a la información, son igualmente racionales y razonables, sus costos de participación son iguales, etc. Al pasar a la regla de mayoría como institución real, no idealizada, *algo* de peso normativo se pierde. Obsérvese que todos los factores que contribuyen al valor de la regla de mayoría apelan a una idea igualitaria por lo que correcciones a la distribución desigualitaria de recursos, información, e incentivos para la participación pueden ser vistos como medidas que fortalecen la legitimidad de la regla de mayoría, al robustecer sus precondiciones de funcionamiento.²⁵

En América Latina en especial, el peso normativo de la regla de mayoría se ve afectado por limitaciones institucionales de diverso orden, tales como la excesiva presión de los grupos de interés económico, la baja calidad de la intermediación política, el casi nulo acceso de los sectores marginalizados a espacios de representación, etc. El cumplimiento de los derechos socioeconómicos a través de la acción judicial tiende a contrarrestar algunos de estos males, creando nuevos espacios para hacer oír la voz de los sectores marginados, o creando obstáculos firmes para la aplicación sistemática de políticas

²⁵ Dice Nino en la obra citada anteriormente, en la p. 222: “Lo que se considera una precondición [del valor epistémico de la democracia] es algo que puede ser ampliado enormemente. De hecho, todos los así llamados derechos sociales (que defendí como extensiones naturales de los derechos individuales) pueden ser vistos como derechos a priori, ya que su no satisfacción daña el funcionamiento adecuado del proceso democrático y su calidad epistémica.”

regresivas,²⁶ lo que en definitiva favorece que la regla de mayoría funcione con menos vicios y limitaciones.

Sin embargo, la oposición a que los jueces adopten cursos de acción más agresivos en defensa de los derechos socioeconómicos no está fundada solamente en argumentos de principio, conectados con el supuesto daño a la democracia que el activismo judicial podría causar, o con la violación de la prioridad de la libertad sobre consideraciones de justicia económica. También ocupan un lugar importante en la argumentación desplegada por quienes impugnan el activismo judicial en esta área, convicciones acerca de los inconvenientes *pragmáticos* que conspiran contra la implementación de esta idea. El propio Rawls expone esta idea, haciendo referencia a dos dificultades. La primera es la del genuino desacuerdo sobre qué políticas son justas en el terreno económico. La segunda dificultad consiste en que la información que se necesita es mayor a la que se precisa para ejecutar los derechos clásicos.²⁷

Creo que ambas dificultades pueden ser sobrellevadas. Téngase en cuenta, en primer lugar, que mi llamamiento al activismo judicial se limita a los derechos socioeconómicos básicos. Esto condiciona mucho el alcance de las dos dificultades señaladas: me parece claro que el rango de desacuerdos es mucho menor cuando se refiere a estos derechos básicos, y que el cúmulo de información a recolectar también se ve muy acotado. El juez no tiene por qué plantearse cuál es la política más justa frente a cada reclamo concreto. Su obligación no es maximizar ninguna variable, sino en cambio, plantearse si la acción u omisión

²⁶ Cf. Frank Michelman, "On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment", 83 Harvard Law Review (1969).

²⁷ Op. cit., p. 199.

del estado que el particular impugna violenta algún derecho del afectado. El juez no debe indagar si la decisión u omisión contradice la más justa de las políticas socioeconómicas, sino simplemente si viola un derecho de los que caen bajo la descripción del mínimo social.

En cuanto al problema de información, la única investigación que el juez debe realizar es si el estado se encuentra en condiciones de satisfacer ese derecho. Tampoco aquí le corresponde al juez sustituir el rol de otros órganos del estado. Resulta contrario a la propia idea de derechos individuales la supeditación del cumplimiento de estos derechos a un análisis caso por caso, donde aquel presupuesto se invierte en contra de las personas más vulnerables de la sociedad. Todo esto sin mencionar lo dudoso del argumento según el cual estas dificultades son mayores que las que rodean a la implementación y control de los derechos clásicos.

Entre los derechos sociales fundamentales cuya defensa por vía judicial se encuentra legitimada pueden enumerarse el derecho a un nivel mínimo para los salarios y jubilaciones, el derecho a una prestación por desempleo, el derecho a servicios de salud y educación, etc. Medidas de gobierno que violen o nieguen estas prestaciones mínimas deben ser invalidadas por los jueces. Por encima de este mínimo de derechos la intervención judicial debería, correlativamente, ser más cautelosa.

Los derechos que fijan el nivel mínimo de protección igualitaria en la Argentina están reflejados en diversos artículos de la Constitución, tales como el 14, 14bis (Salario mínimo vital y móvil, seguro social, jubilaciones y pensiones móviles, defensa del bien de familia, compensación económica familiar, acceso a una vivienda digna, derechos sindicales y de huelga), 75 inciso 23 (que faculta al Congreso a “legislar y

promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato”), e inciso 19, (que faculta al Congreso a promover “el progreso económico con justicia social”). A estas normas se suma la incorporación con rango constitucional, entre otras normas, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, (Art. 75 inciso 22).

Los jueces que asuman su deber de protección de los derechos socioeconómicos básicos tienen a su alcance diversas formas de forzar al resto del estado.²⁸ Pueden invalidar medidas que vulneren el mínimo social, ordenar las prestaciones que correspondan, declarar la inconstitucionalidad de normas, etc. Existen ya en nuestro país, en forma más o menos aislada, casos en que los jueces han actuado en defensa de estos derechos sociales mínimos. En el área del derecho a la salud, por ejemplo, han ordenado al estado: la provisión de agua potable en zonas afectadas por contaminación;²⁹ la provisión de tratamiento contra el HIV en forma de obligación principal,³⁰ o subsidiaria, para el caso de negativa de cobertura por

²⁸ Una completa exposición de las herramientas jurídicas disponibles, junto a un detallado análisis crítico de casos judiciales en el derecho argentino puede encontrarse en el “Informe sobre la Situación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Argentina” redactado por el Equipo de Investigación del CELS (Eugenia Contarini, Carolina Fairstein, Juana Kweitel, Diego Morales, Julieta Rossi), en Los Derechos Económicos Sociales y Culturales: Un Desafío Impostergable (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1999), pp. 25-176.

²⁹ “Menores Comunidad Paynemil s/Acción de Amparo”. Caso 311, CA-1997, CACiv Neuquén, Sala II.

³⁰ “C. Y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires”. CCyC, Bahía Blanca, Sala II, LL, 1997 pp. 1122/3; “Alcalá, Cristina B. c/Ministerio de Salud y Acción Social s/Amparo”. CNCAF, Sala IV, 9/3/1998.

la obra social;³¹ la cobertura de cargos de enfermería en una Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos;³² y la fabricación de una vacuna contra la “fiebre hemorrágica argentina.”^{33 34}

La interpretación regresiva que la Corte ha hecho en los últimos años de diversos derechos sociales, como el derecho a la movilidad de las jubilaciones,³⁵ o a la preservación del valor monetario de las indemnizaciones laborales,³⁶ nos obliga a no depositar una confianza excesiva en el poder judicial, pero no afecta el núcleo de la tesis de este trabajo: los jueces tienen el deber de actuar en defensa de un mínimo social. La violación de ese deber no descalifica su existencia.

Para hacer efectiva la intervención judicial en defensa de los derechos igualitarios mínimos es preciso que exista en la jurisprudencia una mayor amplitud en materia de legitimación activa, por ejemplo,

³¹ “RRS c/Ministerio de Salud y Acción Social s/Amparo”, CNCAF, Sala II, 21/10/1997.

³² “Defensoría de Menores No. 3 s/Amparo”. CC Sala I, Neuquén, 10/3/1998.

³³ “Viceconte, Mariela c/Ministerio de Salud y Acción Social”. CNCAF, Sala IV, LL, 5/11/1998.

³⁴ La Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad de Palermo ha patrocinado dos casos que merecen ser mencionados: El primero se refiere a los derechos culturales de los pueblos indígenas. En “Painefilu, Mariano y otros c/ Consejo de Educación de Neuquén”, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Junín de los Andes ordenó la incorporación de un maestro de lengua y cultura mapuche a la planta docente de la escuela de una comunidad mapuche. El segundo caso hace referencia a consideraciones de mínimo social. En “Feldman, Andrea G. y otros c/Estado Nacional s/Amparo”, el Juzgado Federal de la Seguridad Social 7 ordenó restituir pensiones no contributivas a jóvenes con discapacidad pese a que participaban de un programa de inserción laboral, por entender que “las sumas percibidas no constituyen ingresos o recursos que permitan su subsistencia”.

³⁵ “Chocobar, Sixto c/Caja Nacional de Previsión”, CSJN, 27/12-1996.

³⁶ “López, Antonio c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/ Accidente”, CSJN, 10/6/1992.

entendiendo la noción de “afectado” del art. 43 de la Constitución de modo no restrictivo,³⁷ y que no se obstaculice el acceso a procesos particularmente aptos para este tipo de acciones, como el amparo colectivo. Me interesa, por último, destacar una vía en particular que merece ser explorada en mayor profundidad, porque se relaciona con el carácter democrático del mínimo social. Aun en aquellos casos en que la violación de los standards de mínima necesidad resulte en forma clara, pero con mayor razón en la medida en que la cuestión ascienda en complejidad o en el costo económico, los jueces deberían activar mecanismos de mayor contenido participativo y deliberativo que los procesos judiciales corrientes (el caso típico es el de las audiencias públicas)³⁸ con el objetivo de llamar la atención de los órganos políticos y de la sociedad sobre el problema que están enfrentando. Este sería un ejemplo de actuación judicial que no entraría en conflicto frontalmente con los órganos mayoritarios sino que actuaría como un impulsor de su funcionamiento.

IV. CONCLUSIÓN

Al comienzo anuncié una respuesta optimista a algunas de las preocupaciones presentadas a este panel. En particular, no creo que la exigibilidad judicial de los derechos (inclusive de los derechos sociales y económicos, que para algunos opera como un caso límite) sea una amenaza para la legitimidad

³⁷ Una interpretación amplia, por ejemplo, es la brindada por el Juez de Primera Instancia en el caso “Asociación Bengalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo”, en decisión confirmada por la CNCAF, Sala I, 5/3/1998 que distingue entre el afectado y el agraviado en un derecho subjetivo para los casos de amparo colectivo.

³⁸ Es un requerimiento más amplio que el de “Goldberg v. Kelly” 397 U.S. 254 (1970), en el cual la Corte resolvió que los estados no pueden poner fin a los beneficios sociales de una persona sin una previa audiencia administrativa. La audiencia requerida allí no era una audiencia pública, y el fallo se limita a beneficios previamente vigentes.

democrática. Expuse una posible fundamentación de los derechos sociales y económicos basada en una determinada concepción igualitaria, de la que se desprenden dos principios. El primero afirma la necesidad de alcanzar en forma urgente un mínimo de protección en el plano social y económico. El segundo, de mayor amplitud y abstracción, propugna un ideal de igualdad más ambicioso, centrado en las relaciones sociales. Luego de defender la constitucionalización de los ideales igualitarios (para lo cual analicé la propuesta, en sentido contrario, de Rawls), he intentado desarrollar la resonancia en el plano institucional de aquellos dos principios: es en relación al primero que sostengo que los jueces tienen un papel importante a cumplir (aunque he dejado de lado serias complicaciones procedimentales). A los órganos políticos, en cambio, les está dirigida en forma protagónica la carga de la obligación de hacer efectiva una concepción plena de la igualdad. Un creciente activismo judicial en defensa de aquellos derechos sociales y económicos mínimos alcanzados por el primer principio, tendencia que aliento, no conspira contra el valor de la democracia, sino que lo fortalece, al robustecer la pertenencia ciudadana de amplios sectores actualmente excluidos de hecho del proceso político.