

Panel N° 2: Principio de progresividad, principio de no regresividad y recursos presupuestarios escasos

Dalile **ANTÚNEZ** (Directora de ACIJ), Horacio **CORTI** (Defensor General del Ministerio Público de la CABA), Leonardo **MASSIMINO** (Córdoba) y **Daniel WUNDER HACHEM** (Brasil)

Director de Panel: Juan G. **CORVALÁN**

I. Bases teóricas para el debate

El nuevo paradigma de la democracia constitucional¹ ha modificado el rol del Estado, al punto que -como vimos- la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abrazado los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos como ejes en la formulación de las políticas públicas.²

Esta línea no es nueva, sino que se viene advirtiendo en muchos textos constitucionales. Por caso, el art. 17 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires manda a desarrollar “políticas sociales coordinadas para *superar las condiciones de pobreza y exclusión* mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos”. Habla de asistir a las “personas con necesidades básicas insatisfechas” y la promoción del “acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”. A su turno, el art. 18 de esa Carta alude a la necesidad de *evitar y compensar las desigualdades zonales dentro de su territorio*.

Como podemos advertir, estas normas se orientan a consolidar un Estado social, y tienen su punto de partida en un paradigma protectorio cuyo eje reside en la protección de la dignidad humana, la igualdad y, a su vez, el fomento de la “efectividad de los derechos fundamentales”. Hemos visto ya que esa efectividad no sólo abarca obligaciones de no hacer propias del Estado liberal, sino que involucra de modo presente obligaciones de hacer y por ello se habla de un Estado prestacional.³ Nos encontramos hoy con un Estado que debe segmentar, priorizar y optimizar los recursos para superar condiciones de pobreza, cubrir necesidades básicas, atender a los más vulnerables y compensar desigualdades sociales.

En ese marco, podemos decir que el Estado constitucional de derecho se integra hoy con tres postulados básicos para afrontar los desafíos de la igualdad real. El primero lo podemos ubicar en el primer párrafo del art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Allí se establece el denominado principio de “realización progresiva”, de acuerdo al cual los Estados

¹ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, cit., p. 10 y el mismo autor en *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010, p. 35. En consonancia, ver Schmidt-Assmann, Eberhard, *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 52. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha considerado que la democracia es constitucional. Véase CSJN, *Bussi*, 2007, *Fallos*, 330:3160, cons. 11.

² Véase Panel 1.

³ Véase Paneles Nros. 2, 3, 9 y 16.

deben asignar “el máximo de los recursos disponibles” para asegurar la efectividad de los derechos reconocidos por el tratado.⁴

El segundo se vincula con la interrelación entre progresividad y no regresividad. Como ha dicho la Corte argentina, las medidas estatales que importen una “regresividad en materia de derechos humanos”, requieren de la consideración “más cuidadosa” y deben “justificarse plenamente, con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del “*máximo de los recursos de que el Estado disponga*”.⁵

El tercer postulado posee una fuerte gravitación para el debate: “las carencias presupuestarias no pueden justificar ciertas transgresiones”.⁶

Estos tres postulados nos sitúan de lleno ante una de las polémicas más arduas de la teoría general del derecho, vinculada con los conflictos entre derechos y el modo de gestionarlos. En este punto, autores como Jeremy Waldron,⁷ nos plantean la necesidad de establecer cierta jerarquización de derechos y de asumir que *no todas las obligaciones generadas por un determinado derecho tienen el mismo grado de importancia*.⁸ Esta afirmación, en realidad, presupone admitir que ciertas obligaciones generadas por los derechos son incompatibles entre sí,⁹ y de ahí la alusión a la conflictividad. Hablar sobre los conflictos entre derechos es una forma de hablar de la incompatibilidad de las obligaciones que ellos generan.¹⁰ Es decir, el gran desafío – tanto teórico como práctico- pasa por la irreductibilidad de las obligaciones frente a múltiples derechos que deben ser satisfechos de manera óptima.

Waldron ejemplifica el caso de conflictos *intra*-derechos bajo la ecuación derecho a la salud-recursos médicos limitados. Así, el conflicto se configura cuando se pretende atender a todo el universo de personas *del mismo modo y al mismo tiempo*. Como esto no es posible, sostiene este autor, se debe atender a la mayor cantidad de personas posibles, aun cuando esto lleve a excluir a otras de *modo inmediato*. Además, no debe perderse de vista –siempre en esta tesis- que el Estado debe afrontar la

⁴ La Corte Suprema también ha resaltado este mandato que emana del Pacto jerarquizado constitucionalmente en *Campodónico de Beviacqua* (2000, *Fallos*, 323:3229, cons. 19).

⁵ CSJN, Asociación de Trabajadores del Estado (A.598 XLIII, 18 de junio de 2013).

⁶ CSJN, *Fallos*, 318:2002 y 328:1146.

⁷ Según Arango Rivadeneira, Waldron remite a la teoría del interés defendida por Joseph Raz. Este último integra la escuela de Oxford junto a Ronald Dworkin, Neil Maccormick y John Finnis, bajo la influencia de Hart. La teoría del interés se opone a la teoría de la voluntad. Para la teoría del interés basta que exista un interés legítimo jurídicamente protegido para que sea posible hablar de qué titular tiene un derecho. Para la teoría de la voluntad es necesario únicamente que la persona titular del derecho tenga el poder jurídicamente reconocido de exigir a otros el cumplimiento de ciertas obligaciones (Arango Rivadeneira, Rodolfo, presentación a la obra de Waldron, Jeremy, *Los derechos en conflicto*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 7).

⁸ Waldron, Jeremy, *Los derechos en conflicto*, cit, p. 37. Por ello afirma que “...es equivocado pensar que los conflictos entre derechos se pueden resolver fácilmente” (Ídem, p. 42).

⁹ Ídem, p. 19.

¹⁰ Ídem, p. 26.

satisfacción de múltiples derechos y, por tanto, la existencia de otras obligaciones genera múltiples dificultades.¹¹

En suma, desde la perspectiva de este autor y ejemplificando con el derecho a la salud, si las lesiones de los pacientes difieren en su gravedad o reparabilidad, se puede establecer la *clase de prioridades que un sistema de selección debería incluir*. A partir de estas premisas, concluye que los *problemas derivados de la escasez sólo surgen cuando se toman simultáneamente todos los reclamos de los derechos. Es la suma de todas las obligaciones tomadas en conjunto –de modo inmediato, agregamos- la que no puede ser asegurada*.¹²

Aquí es donde se cristaliza la idea según la cual no es plausible tratar a todos los derechos como entidades idénticas.¹³ Por último, a pesar de que un derecho puede ser calificado como “más importante”, ello no siempre determina que cada obligación asociada a éste prevalezca sobre otras obligaciones generadas por otros derechos “menos importantes”.¹⁴

Ferrajoli, a su turno, introduce una observación decisiva: los conflictos entre los derechos fundamentales¹⁵ no deben ser confundidos con “*los costes económicos y las dificultades de hecho que encuentra la satisfacción de los distintos derechos sociales no deben confundirse con los conflictos entre derechos*”.¹⁶ De allí que sea necesario “*reconocer las inevitables opciones políticas en orden a la prioridad y a la medida de su satisfacción*”. Esas opciones, sostiene tajante: “*...corresponden al legislador ordinario y a la Administración Pública y ninguna constitución podrá nunca predeterminar su medida*”.¹⁷

II. Interrogantes

Con sustento en la plataforma expuesta, cabe preguntarse:

1) *Si partimos de la base de que los recursos son finitos y que las obligaciones que emergen de los derechos son superiores a los recursos, ¿Cuál es el método por el cual el Estado –básicamente el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo- debería construir la jerarquización de prioridades en la asignación de los recursos?*

2) *La ecuación efectividad de los derechos/recursos presupuestarios es compleja. En el caso de los derechos fundamentales sociales, ¿Es correcto el modo de resolución utilizado por la Corte en el fallo Q?*

¹¹ Este aspecto es resaltado por la Corte en Q (cons. 11, segundo párrafo).

¹² Ídem, p. 21.

¹³ Ídem, p. 35.

¹⁴ Waldron, Jeremy, *Los derechos en conflicto*, cit., p. 36.

¹⁵ Aunque reconoce que no comparte la tendencia difundida en la actual filosofía jurídica de generalizar, enfatizar y dramatizar la existencia de los conflictos, sin distinguir siquiera entre los distintos tipos de derechos (Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, T. 2, cit., p. 71).

¹⁶ Ídem, p. 72.

¹⁷ Ídem, p. 72.

3) *El argumento de la escasez de los recursos, ¿En qué casos podría ser válidamente opuesto por los Estados?*

4) *Un aspecto central en la efectividad de los derechos fundamentales, se vincula con las obligaciones concurrentes entre el Estado nacional y los estados locales ¿Cómo debiera articularse esa relación de cara a una mejor tutela de los derechos fundamentales?*

6) *En cuanto al control judicial y en relación a los planteos citados de Waldron y Ferrajoli, ¿Debe el Poder Judicial ejercer un control intenso y amplio a los fines de fiscalizar el modo en que se asignan los recursos presupuestarios? ¿Podría el Poder Judicial “reassignar partidas”?*

