

LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN CARLOS S. NINO. UNA LÍNEA FÉRTIL PARA LA METODOLOGÍA JURÍDICA *

Federico de Fazio

Universidad de Buenos Aires

Martín Aldao

Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. El artículo reconstruye la concepción que la teoría de Carlos S. NINO, y sus continuaciones, tiene sobre los derechos sociales fundamentales, a través de la distinción analítica entre el nivel de la fundamentación y el nivel de la determinación del alcance de los mismos. A dicha concepción se le trazarán tres críticas: *a)* un desacople conceptual entre el nivel de fundamentación y el nivel de determinación del alcance de los derechos sociales; *b)* una ausencia de una diferenciación conceptual adecuada que justifique un trato procesal y metodológico particular para los derechos sociales fundamentales, y *c)* una disolución injustificada de la tensión inmanente a los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales dada entre los principios formales y los principios materiales ligados al Estado social. Concluiremos que para superar este déficit, la teoría de NINO debe ser complementada con una línea de investigación metodológica que reconstruya los recorridos argumentativos que dan lugar a la aplicación de tales derechos.

Palabras clave: Derechos sociales fundamentales, Carlos S. NINO, metodología jurídica.

Social Fundamental Rights in Carlos S. Nino. A Fertile Line for the Legal Theory

ABSTRACT. This article reconstructs the conception of social fundamental rights developed by C. S. NINO and others who have continued his work, through an analytical distinction between the level of foundation of social rights and the level of its adjudication. We will make three main critical to this conception: *a)* a conceptual inconsistency between the level of foundation and the level of the adjudication of social rights; *b)* the lack of a differentiated conceptualization of social rights, which justifies a distinctive process and methodological treatment, and *c)* an unjustified dissolution of the tension between formal and material principles related with the welfare State. We will conclude that NINO's theory can overcome these critical through the development of a methodological theory of adjudication for social fundamental rights.

Keywords: Social fundamental rights; Carlos S. NINO, methodology of law.

* Fecha de recepción: 21 de mayo de 2014. Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2014.

Los autores quieren agradecer especialmente a: Laura CLÉRICO, Julio MONTERO, los evaluadores anónimos de la revista, los organizadores y/o participantes de las primeras jornadas Carlos NINO sobre Teoría Política Contemporánea, realizadas los días 11, 12 y 13 de diciembre del 2013 en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico de Buenos Aires, quienes con sus observaciones han realizado aportes para completar y mejorar el presente artículo.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos sociales fundamentales¹ hallan justificación en la obra de Carlos S. NINO a través del principio de autonomía². Sin embargo, dicha teoría no se muestra tan permeable a aceptar la determinación judicial de los mismos y, por tanto, su aplicación directa por parte de los tribunales. Esta aparente contradicción expone a la teoría de NINO a las siguientes críticas: *a)* una inconsistencia o desacople entre el *nivel de la fundamentación* de los derechos sociales y el *nivel de la determinación del alcance* de los mismos; *b)* una falta de una diferenciación conceptual relevante que justifique un trato procesal y metodológico especial para los derechos sociales, y *c)* una disolución injustificada de la tensión inmanente a los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales dada entre los principios formales³ y los principios materiales ligados al Estado social. En este trabajo sostendremos las siguientes dos tesis: 1) que para una acabada comprensión de su concepción de derechos sociales, resulta necesario distinguir entre el *nivel de la fundamentación de los derechos sociales* y el *nivel de la determinación de su alcance*; 2) que la teoría de NINO sólo puede superar las tres críticas sostenidas a través de su complementación con una línea de investigación metodológica que pueda reconstruir recorridos argumentativos para la aplicación de derechos sociales fundamentales.

Para poner a prueba dicha hipótesis, presentaremos una argumentación estructurada de la siguiente manera: por un lado, una exposición crítica de la teoría de NINO y su concepción de los derechos sociales fundamentales (II) y, por el otro, una exposición crítica de aquella teoría denominada «justicia dialógica», la cual continúa a la obra

¹ A los efectos del presente trabajo nos bastará con dar por supuesta la definición realizada por ARANGO, quien conceptualiza a los derechos sociales fundamentales como «derechos del individuo frente al Estado en demanda de acciones fácticas positivas» (ARANGO, 2005: 57). Se utilizará indistintamente a los largo de este artículo «derechos sociales fundamentales» y «derechos sociales» para referirnos al mismo concepto.

² En lo que hace a lo que aquí denominaremos *nivel de la fundamentación de los derechos sociales*, la teoría de NINO queda abierta a ciertas discusiones. Por ejemplo, uno de los problemas de fundamentación donde podría quedar atrapada dicha teoría se apoya sobre la idea del principio de libertad económica como un presupuesto para el ejercicio de la autonomía. Así entendida, sería pasible de las mismas críticas que SEN ha dirigido contra RAWLS y DWORKIN, en relación con el concepto de justicia distributiva. Según SEN ni la igualdad de bienes primarios, como sostiene RAWLS, ni la igualdad de recursos, como sostiene DWORKIN, resultan parámetros de justicia distributiva apropiados. Por el contrario, su posición supone que se trata de atender las capacidades de cada individuo a los efectos de evaluar de qué manera ellos pueden convertir esos bienes o recursos en libertad efectiva (ARANGO, 2005: 160). Sin embargo, en el presente trabajo no nos dedicaremos a estas discusiones, las cuales daremos por supuestas y sobre las cuales existe un abundante desarrollo literario. Nuestro objetivo es adentrarnos en aquellas discusiones que se suscitan en el *nivel de determinación del alcance* o aplicación de tales derechos y que, creemos, no han tenido el mismo nivel de desarrollo teórico que las anteriores. Agradecemos la puntualización realizada por uno de los evaluadores anónimos en este sentido.

³ La noción de «principios formales» puede resultar ambigua. A los efectos de este trabajo, entenderemos por «principios formales» a aquellas normas constitucionales que determinan los procedimientos de creación legislativa y que realizan la pretensión de certeza y seguridad jurídica del sistemas jurídico (ALEXY, 1992: 167; SIECKMANN, 2012: 167). Por supuesto, la noción de «principios formales» puede resultar problemática si se la entiende como presupuestos a-valorativos que conforman el esqueleto dentro del cual puede permanecer cualquier contenido jurídico (ZAGREBELSKY, 2014: 77 y 86). Ésta es una de las tesis principales del positivismo jurídico, la cual creemos injustificada. En este trabajo asumimos la noción de «paradigmas del derecho» de J. HABERMAS, la cual entiende que, ante supuestos de conflictos entre «principios formales» y «principios materiales ligados al Estado social» lo que está presupuestado es un conflicto entre dos concepciones de Estado: el Estado liberal-burgués y el Estado social (HABERMAS, 2010: 484).

de NINO en este sentido (III). Sostendremos como conclusión que las tres críticas efectuadas a la teoría de NINO pueden dirigirse también a la teoría de la «justicia dialógica» y que sólo pueden ser superadas a través del desarrollo de una línea de investigación de tipo metodológica. De aceptarse esto, entonces deberían establecerse importantes vínculos de complementación entre la teoría de NINO y la teoría de Robert ALEXY (IV).

2. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN CARLOS S. NINO: JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE

2.1. La Fundamentación de los derechos en NINO

Buena parte de la obra desarrollada por Carlos S. NINO está destinada a la justificación de los derechos fundamentales⁴. Su modelo reconstructivo se compone de cuatro niveles de fundamentación relacionados lógicamente: 1) el nivel del discurso; 2) el nivel de los principios; 3) el nivel de los derechos, y 4) el nivel de las instituciones (R. ALEXY, 2006: 174).

Según NINO, del discurso práctico o moral pueden extraerse ciertos presupuestos o una «estructura subyacente» de la cual pueden derivarse principios básicos (C. NINO, 1989: 104)⁵. Estos principios se corresponden con una concepción liberal de la sociedad (C. NINO, 1997: 75) y son: *a*) el principio de autonomía (junto al principio hedonista); *b*) el principio de inviolabilidad de la persona, y *c*) el principio de dignidad de la persona.

El primero se refiere a la libre aceptación de los principios morales intersubjetivos (moral pública) y de los ideales autorreferentes de excelencia personal (moral privada)⁶. El principio de autonomía es «agregativo» sin importar cómo esté distribuido socialmente. El segundo principio proscribía que se prive a individuos de los bienes definidos por el principio precedente a favor de otros individuos o a favor de una entidad supraindividual. Éste es un principio distributivo que limita la prosecución del principio de autonomía a expensas de la autonomía de los demás (C. NINO, 2013a: 113)⁷. El tercer principio limita al principio de inviolabilidad de la persona y exige respetar la voluntad o el consentimiento del sujeto, inclusive en casos donde esté resignando parte de su autonomía en favor de otro (C. NINO, 1997: 80)⁸.

⁴ Vid. C. NINO, 1989 y 1997.

⁵ Según ALEXY, esta concepción de la estructura de los actos de habla normativos ubica a NINO dentro de la tradición de la teoría del discurso (R. ALEXY, 2006: 177). En este sentido, NINO comenta que el pretender participar en un discurso moral implica aceptar sus reglas presupuestas, de otro modo se estaría incurriendo en una *inconsistencia pragmática* (C. NINO, 1997: 74).

⁶ En este sentido, NINO se asemeja a la concepción de HABERMAS, en cuanto a que existe una relación de co-implicación entre la autonomía privada y la autonomía pública. Vid. J. HABERMAS, 2010: cap. III; 1999: 231-247, y J. SIECKMANN, 2008: 465-483.

⁷ Desde una concepción liberal igualitaria, como la de NINO, esto puede pensarse no sólo como límite a la distribución de bienes sino como una justificación para su distribución equitativa, siempre y cuando el aumento en la autonomía de otros no limite excesivamente la autonomía de un sector más favorecido en el mercado. En este sentido, su posición se asemeja al «principio de la diferencia» de John RAWLS.

⁸ Esto claro está, siempre que no haya una limitante preestablecida por el principio de inviolabilidad, sobre todo en aquellos supuestos donde el consentimiento está condicionado por situaciones fácticas desfavorables. El ejemplo típico es la contratación laboral (C. NINO, 2013: 114).

Del principio de autonomía, comenta NINO, surge el tercer nivel de fundamentación: esto es, el sistema de derechos fundamentales (C. NINO, 2013a: 113). Los derechos fundamentales tienen la misión de garantizar las condiciones necesarias para la elección y realización de ideales personales y planes de vida basados en esos ideales. «Estos prerequisites para la libre elección y realización de planes de vida incluyen: integridad física y psicológica, libertad de movimiento, de expresión, acceso a recursos materiales, libertad de asociación, de trabajo», entre otros (C. NINO, 1997: 77).

Por último, en el cuarto nivel de fundamentación, se encuentran las instituciones políticas y jurídicas democráticas, las cuales no pueden contrariar ni a los principios ni a los derechos que fomentan a estos principios. En este sentido, NINO distingue entre los derechos *a priori*, que se deducen de la «estructura subyacente del discurso» y legitiman el desarrollo institucional, de los derechos *a posteriori*, que surgen luego de su fundamentación en un proceso democrático y pueden variar de contenido de acuerdo a los diferentes consensos políticos (C. NINO, 1992: 410).

2.2. Dos interpretaciones sobre los derechos sociales en la obra de Carlos S. NINO

Independientemente de lo que a primera vista parece colegirse de la enumeración de derechos señalada por NINO, existe una discusión respecto a si su teoría considera que los derechos sociales poseen el carácter de derechos fundamentales o si, más bien, resultan instituciones jurídicas admisibles, pero que sólo pueden lograr efectivizarse como resultado del proceso democrático. En sus propias palabras, la discusión gira en torno a si Nino reconoce a los derechos sociales como derechos *a priori* o como derechos *a posteriori*. Algunos autores, como por ejemplo Gustavo MAURINO, sostienen que, de acuerdo a la fundamentación que realiza NINO, debe entenderse a los derechos sociales como derechos *a priori*, en una relación de paridad con los derechos civiles y políticos (G. MAURINO, 2008: 908)⁹. En cambio, otros autores, como por ejemplo Robert ALEXY (R. ALEXY, 2006: 45)¹⁰, Horacio ETCHICHURY (H. ETCHICHURY, 2013:

⁹ Dice MAURINO en este sentido: «[...] la compatibilización de los derechos y la democracia, en el marco de los prerequisites del valor deliberativo del procedimiento democrático, fundamenta un núcleo de autonomía personal emancipatoria como parte de los derechos *a priori*, tal que posibilite efectivamente el funcionamiento de los individuos como agentes morales relevantes del diálogo democrático; un núcleo que actualice en los individuos su capacidad de ser fuente significativa de argumentos en la vida pública, en el diálogo público de razones. Bajo esta conceptualización los derechos *a priori* incluyen, además de los derechos políticos, una protección robusta frente a la necesidad económica estructural (y sus consecuencias), la falta de acceso a la educación y la información, la falta de atención a la salud ante enfermedades graves. Estos derechos no están sujetos a definición, discusión o negociación democrática. Se imponen incluso frente —y en contra— de la voluntad mayoritaria, deben ser efectivizados incluso por el poder judicial cuando su afectación se reclama. Este núcleo de autonomía emancipatoria justifica una intervención activa del poder judicial, que no es contraria al ideal democrático, en tanto se orienta a asegurar sus prerequisites» (MAURINO, 2008: 908).

¹⁰ ALEXY comenta: «A los derechos fundamentados de alguna forma apriorísticamente, Nino contraponen derechos que no pueden resultar de las condiciones y presuposiciones del discurso moral sino que son sólo resultado de discusiones morales y procedimientos democráticos. Estos derechos, a los que pertenecerían sobre todo los derechos sociales fundamentales, son considerados como derechos *a posteriori*. Además, la solución de conflictos entre derechos debe pertenecer al ámbito de lo *a posteriori*. La diferenciación entre un ámbito *a priori* y *a posteriori* es de gran significación para la fundamentación discursivo-teórica de los derechos fundamentales. Ella descarga considerablemente a la teoría pura del discurso en la medida en que delega tareas esenciales de fundamentación en los discursos sobre derechos fundamentales y en el proceso político. Sin

52)¹¹ y Julio MONTERO (J. MONTERO, 2008: 402)¹², afirman que NINO establece una diferencia, surgida del diferente grado en que las distintas clases de derechos preservan la práctica al principio de autonomía y predeterminan el juego democrático, que sentaría las bases para considerar sólo a los derechos civiles y políticos como derechos *a priori*, quedando los derechos sociales a merced de la definición política.

Por nuestra parte, creemos que ambas posiciones no resultan estrictamente incompatibles, puesto que se mueven en niveles teóricos diferentes. Así, al momento de reconstruir la concepción que la teoría de NINO tiene sobre los derechos sociales, resulta necesario distinguir entre *el nivel de la fundamentación* y *el nivel de la determinación de su alcance*. Precisamente, las diferencias interpretativas mencionadas encuentran razón de ser en base a una inconsistencia o desacople entre lo sostenido por NINO en el *nivel de la fundamentación* y lo sostenido por NINO en el *nivel de la determinación del alcance* de los mismos.

En lo que hace al nivel de la *fundamentación de los derechos sociales*, NINO parte de una concepción de la sociedad liberal igualitaria. La misma supone que la garantía del principio de autonomía no sólo requiere omisiones estatales, sino que también acciones positivas. Comenta en este sentido: «[...] los mismos principios que justifican los derechos *clásicos* (son) los que sirven también de fundamento a los *nuevos* derechos [...]; es inconsistente reconocer unos y desconocer otros» (C. NINO, 1989: 349).

Así, se deferencia de aquel liberalismo conservador, representado por HAYEK o NOZICK, que considera que el liberalismo sólo debe reconocer derechos de no intervención estatal. NINO opone a esta concepción los siguientes argumentos: 1) en primer lugar, no es cierto que el «orden» del mercado sea espontáneo, sino que está basado en una estructura legal de la propiedad y de los contratos y en un esfuerzo estatal por hacer cumplir dichas pautas (C. NINO, 2013b: 228)¹³. 2) En segundo lugar, no es cierto que la autonomía sólo implique, como contracara, obligaciones negativas, sino que, en muchos supuestos, la posibilidad de elegir y desarrollar un plan de vida depende de bienes y recursos que deben ser provistos por conductas positivas de los otros (C. NINO, 2013b: 229). 3) Por último, que los aspectos formales y materiales de la libertad no pueden ser pensados por separado y que tampoco existe una justifica-

embargo, ha de preguntarse todavía si la división de Nino es correcta» (ALEXY, 2006: 45). «[...] Contra este modelo se pueden realizar tres objeciones. La primera hace notar que en él la concesión de derechos sociales se deja librada completamente a la mayoría parlamentaria correspondiente, pues si han de reconocerse o no derechos sociales es, según Nino, cuestión del alcance de los derechos fundamentales. Ello no hace justicia a la importancia de los derechos fundamentales sociales mínimos como el derecho de alimentación, vestido y vivienda para la existencia y autonomía del individuo» (ALEXY, 2006: 60).

¹¹ Dice ETCHICHURY: «El planteo de Nino deja algunos puntos oscuros. Por una parte, brinda un concepto profundo de autonomía personal y lo utiliza para fundamentar los derechos individuales como tutelas de esa autonomía. Luego da lugar a los derechos sociales como «extensión natural» de los individuales; pero les da un lugar subordinado. Los hace depender de «cambios estructurales» y de la deliberación política (como derechos *a posteriori*) mientras que los otros derechos no se sujetan a tales condiciones» (ETCHICHURY, 2013: 52).

¹² Entiende MONTERO que, de acuerdo con lo postulado por NINO, «el único campo en el que una democracia deliberativa podría tolerar la intervención judicial sería, por tanto, el de los clásicos derechos civiles y políticos, manteniéndose los derechos económicos y sociales abiertos al intercambio de razones y opiniones que se suscitara entre ciudadanos que defienden diferentes concepciones sociales, políticas y económicas en la arena pública de un régimen democrático» (MONTERO, 2008: 402).

¹³ En el mismo sentido *vid.* S. HOLMES y C. SUNSTEIN, 2011: cap. I, y V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, 2002: cap. I.

ción relevante para dar prioridad a un aspecto sobre el otro, al menos en abstracto (C. NINO, 2013b: 232).

Por ello, concluye NINO que la teoría liberal conservadora termina siendo más conservadora que liberal (C. NINO, 2013b: 232), puesto que admite disminuciones significativas en los niveles de autonomía de gran parte de la sociedad en pos de que no se revierta la distribución de bienes predeterminada. Si lo que caracteriza al liberalismo es el desarrollo del principio de autonomía, entonces sólo cabe reconocer a los derechos sociales como un «aspecto» o un «instrumento» del mismo (C. NINO, 2013b: 227)¹⁴. Considerando lo argumentado por NINO en el *nivel de la fundamentación* de los derechos, debemos darle crédito a la interpretación de MAURINO respecto a que, en su teoría, NINO reconoce a los derechos sociales como fundamentales y, por tanto, como derechos *a priori*, quedando éstos fuera del alcance del proceso democrático (G. MAURINO, 2008: 905).

Sin embargo, en cuanto nos desplazamos al *nivel de la determinación del alcance de los derechos sociales*, NINO parece desdejar este entendimiento. Aquí, sostiene que aquellos derechos sociales que exigen medidas de acción positiva por parte del Estado pueden terminar socavando aquello que pretenden garantizar: la autonomía personal de los individuos y la decisión democrática. Dice en este sentido: «El liberalismo [...] está basado no en distinciones espurias (de los derechos), las cuales hemos desechado, sino en la necesidad de preservar la autonomía personal en contra de excesivos deberes positivos que son correlativos a los derechos sociales. De acuerdo con dicha postura, estos deberes, cuando sobrepasan cierto límite, hasta pueden amenazar con la exclusión de la posibilidad misma de llevar a cabo un plan de vida [...], con una excesiva concentración de poder en los órganos estatales y con el abuso y la corrupción, llevando al final a la restricción de la autonomía personal de las personas menos favorecidas. Con esto me refiero a que, a pesar de que la total y absoluta negación de los derechos sociales yace fuera de los límites del liberalismo constitucional, el alcance preciso de dichos derechos, frente a los de propiedad o comercio, será establecido a través del proceso democrático de discusión y toma de decisiones» (C. NINO, 2013b: 233). En otro pasaje, y ya refiriéndose a la relación entre derechos sociales y las instituciones democráticas, NINO agrega: «[...] debemos ser cuidadosos al limitar los casos en los que estamos dispuestos a interferir con el sistema democrático para su propia protección. Si decidimos, por ejemplo, que una distribución específica de bienes [...] es requerida como precondition para el funcionamiento apropiado del sistema democrático, impedimos que el sistema pueda intervenir en la discusión acerca de cuál es la forma más apropiada de distribución. En última instancia, podría suceder que tengamos un sistema democrático magnífico, desde el punto de vista epistémico, pero que sólo deja espacio para decidir sobre muy pocas cuestiones» (C. NINO, 1997: 276).

Si consideramos lo sostenido por NINO en estas últimas citas, correspondientes a lo que hemos denominado el *nivel de la determinación del alcance* de los derechos sociales, vemos cómo la interpretación de ALEXY, ETCHICHURY y MONTERO cobra sentido. En este nivel, NINO parece otorgarle carácter *a posteriori* a los derechos sociales, lo que

¹⁴ Vid. también, C. NINO, 1989: 349 y 1997: 96.

implica que no puedan ser determinados y exigidos judicialmente de manera directa, sino que dependerán, en última instancia, de su proyección o realización política.

2.3. Valoración de la concepción de derechos sociales en Carlos S. NINO

La concepción de NINO nos merece, por un lado, una consideración general respecto a su importancia en la fundamentación de los derechos sociales y, por el otro, tres críticas sobre puntos específicos referidos al alcance de los mismos: *a)* el ya mencionado desacople entre el *nivel de la fundamentación* y el *nivel de la determinación del alcance* de los derechos sociales; *b)* la falta de fundamentación de una diferencia relevante entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales que justifique un trato procesal y metodológico diferenciado en el accionar judicial, y *c)* la disolución injustificada de la tensión entre los principios formales y los principios materiales del Estado social.

Así, primeramente debemos destacar que la teoría de NINO resulta una reconocida teoría contemporánea en materia de fundamentación no sólo de los derechos humanos sino también de los derechos sociales en particular. Su justificación respecto a la igual «fundamentabilidad» de los derechos sociales en relación a los demás derechos (civiles y políticos) hoy halla una generalizada aceptación tanto en la teoría constitucional¹⁵ como en la dogmática jurídica. De hecho, puede considerarse que la obra de NINO, respecto a este punto, ha influido en una línea de investigación consolidada, llevada adelante principalmente por Víctor ABRAMOVICH, Marcelo ALEGRE, Christian COURTIS, Roberto GARGARELLA, Gustavo MAURINO, entre muchos otros.

En cuanto a las críticas a su teoría, en primer lugar, debemos mencionar que, tal como quedó de manifiesto en el párrafo anterior, existe un desacople en la teoría de NINO entre el *nivel de la fundamentación* de los derechos sociales y el *nivel de la determinación de su alcance*. Si nos detenemos en el primer nivel, los derechos sociales aparecerán como derechos *a priori*, pero, si nos paramos sobre el segundo nivel, los derechos sociales estarán definidos como derechos *a posteriori*. Esto permite entablar una primera crítica general respecto a la ambigüedad en la definición del concepto de los derechos sociales. Ciertamente, no puede determinarse con exactitud si se trata de derechos fundamentales o no, o si se trata de derechos exigibles o no. Parecen haber buenos argumentos para sostener tanto una interpretación como su contraria.

La segunda crítica refiere a una aparente contradicción entre las excepciones a los límites del control de constitucionalidad judicial que NINO reconoce y la deferencia al poder legislativo que propone para la determinación del alcance de los derechos sociales. Como se sabe, la concepción de NINO se muestra muy recelosa respecto a la revisión judicial de la actividad legislativa. En particular, niega tal posibilidad, salvo tres excepciones específicas: *a)* la custodia del proceso democrático; *b)* el resguardo de la autonomía individual, y *c)* la preservación de la práctica constitucional histórica

¹⁵ Vid. en este sentido: R. GARGARELLA, 1998: 11-15; 2008a; V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, 2002; S. HOLMES y C. SUNTSEIN, 2011; G. PISARELLO, 2007; BERNAL PULIDO, 2004: 99-144; L. CLÉRICO, 2011; R. ARANGO, 2005.

(C. NINO, 1997: cap. VII)¹⁶. Por cuestiones de simplicidad, nos detendremos sólo en la excepción «b)», referida al resguardo de la autonomía individual.

Si como vimos, NINO reconoce que los derechos sociales son un «aspecto» más del principio de autonomía y que, precisamente, el mismo principio que fundamenta a los derechos civiles y políticos fundamenta a los derechos sociales, no queda claro porqué los derechos sociales no deberían ser alcanzados por la revisión judicial destinada a resguardar al principio de autonomía.

Como ya se señaló, NINO entiende que el alcance de los derechos sociales debe quedar en manos de la actividad legislativa, debiendo los jueces custodiar, exclusivamente, la corrección formal de los pasos procesales del régimen democrático (la excepción «a»)¹⁷. Sin embargo, no explicita ningún argumento relevante que evidencie una diferencia conceptual entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, que justifique una distinción en el trato procesal y metodológico de los mismos.

Por último, su modelo procedimental y metodológico disuelve de manera injustificada la tensión necesaria entre principios formales y principios materiales derivados de las normas del Estado social (J. HABERMAS, 2010: cap. IX; R. ARANGO, 2013: 65-81). En el marco de los Estados constitucionales existe una tensión inmanente entre los principios formales (como el principio de primacía del legislador o de división de poderes) y los principios materiales del Estado social (como principio de salud, de vivienda digna, de alimentación, etc.) que surgen de las tensiones entre diferentes concepciones de la autonomía, de la igualdad y del Estado (J. HABERMAS, 2010: cap. IX)¹⁸. En este sentido, ante casos donde se presenten derechos sociales, NINO parece dar una precedencia incondicionada en abstracto en favor de los principios formales. Esto acarrea un problema normativo y otro conceptual. El problema normativo supone que esta conclusión no parece estar justificada por las normas constitucionales. El problema conceptual está signado por la pérdida del carácter «fundamental» por parte de los derechos sociales, puesto que al tratarse de una precedencia con carácter definitivo (es decir, no pasible de ser rebatida con ninguna otra argumentación en contrario) termina librando, en la práctica, la determinación de su alcance al legislador con exclusividad.

Estas tres críticas, creemos, pueden ser fácilmente superadas a través del desarrollo de una línea de investigación dogmática o metodológica que reconstruya los recorridos argumentativos que definen el alcance de los derechos sociales. Esto, de ser factible, implicaría mantenerse dentro de su teoría en lo que respecta al *nivel de fundamentación de los derechos sociales* aunque estableciendo algunas modificaciones en lo que hace al *nivel de la determinación de su alcance*. En efecto, de reconstruirse procedimientos racionales de aplicación de los derechos sociales fundamentales, desaparecería el escepticismo que aun subyace en la teoría de NINO respecto a la determinación del contenido de los mismos y, como consecuencia de ello, de su aparente carácter limitador de la autonomía de los sujetos y/o del proceso democrático¹⁹.

¹⁶ Vid. también, R. GARGARELLA, 2008b: 205.

¹⁷ Aquí NINO se basa en la teoría de John ELY (C. NINO, 1997: 273). Vid. J. ELY, 1980, y R. GARGARELLA, 1995.

¹⁸ Vid. también, G. ZAGREBELSKY, 2009, y F. DE FAZIO, 2013: cap. I.

¹⁹ Es propicio aclarar que, en uno de sus últimos trabajos, NINO sí desarrolla una teoría de la interpretación constitucional, muy ligada a la concepción de DWORKIN (NINO, 1992: 77-84). Sin embargo, tal desarrollo

3. LA TEORÍA DE LA «JUSTICIA DIALÓGICA» Y LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES: UNA CONTINUIDAD DE LA TEORÍA DE NINO

3.1. La teoría de la «Justicia dialógica» como continuadora de la obra de NINO

Independientemente de las tres críticas esbozadas recientemente a la concepción en NINO de los derechos sociales, debemos considerar que NINO no ha perseguido, como interés de investigación específico, el desarrollo de una dogmática en la materia o la reconstrucción metodológica de recorridos argumentativos para la determinación de su alcance. Su muerte temprana ha dejado su obra, en este sentido, inconclusa.

Sin embargo, y como ya se ha señalado más arriba, ha dejado sentadas líneas de investigación referidas a los derechos sociales que, tiempo después, se han consolidado y han recibido amplia aceptación. La primera línea de investigación, como ya se sugirió, está originada en lo que hemos denominado *el nivel de la fundamentación* y supone la justificación de la «igual fundamentabilidad» de los derechos sociales en relación con el resto de los derechos. La segunda línea de investigación que ha continuado la obra de NINO se aboca sobre aquello que hemos definido como *el nivel de la determinación del alcance* de los derechos sociales y ha estado signada por la reconstrucción de un modelo de control de constitucionalidad judicial coherente con su concepción deliberativa de la democracia. A esta concepción se la ha denominado bajo el nombre de «justicia dialógica»²⁰ y sobre ella nos detendremos para examinar si supera las tres críticas anteriormente esbozadas a la teoría de NINO.

La concepción «dialógica» del control de constitucionalidad da por supuesto el carácter fundamental de los derechos sociales (GARGARELLA, 1998: 14). A pesar de ello, entiende que toda intervención judicial en pos de su protección debe satisfacer los requerimientos de legitimidad que supone una concepción deliberativa de la democracia (R. GARGARELLA, 2013: 88)²¹. De otro modo, se estaría autorizando que un órgano contra-mayoritario pudiera decidir sobre cuestiones sustantivas que atañen a toda la sociedad²².

no se ha visto acompañado por un replanteamiento de su teoría en relación a los derechos sociales. Quizá, podría pensarse como hipótesis para futuros trabajos, que el mencionado desacople entre el *nivel de fundamentación* y el *nivel de aplicación* de los derechos sociales, venga mediado por un desacople más general suscitado entre su teoría del control de constitucionalidad y su teoría de la interpretación constitucional. Sin embargo, a los efectos de este trabajo, nos basta con analizar solamente el primer «desacople». Agradecemos a Laura Clérico por sus observaciones en este sentido.

²⁰ Cfr. R. GARGARELLA, 2007: 177-408; 2013: 85-99; H. ETCHICHURY, 2013: cap. IX; 2011; J. MONTERO, 2008. Vid. también, J. HABERMAS, 2010: cap. VI; P. HÄBERLE, 2008: 29-61.

²¹ De acuerdo con NINO y GARGARELLA, por «democracia deliberativa» se entiende un procedimiento de toma de decisiones centrado en la participación de todos los interesados y en el intercambio de razones (C. NINO, 1997: cap. 5, y R. GARGARELLA, 2013: 85).

²² En este sentido, GARGARELLA distingue entre «revisión judicial» y «supremacía judicial». La revisión judicial es la actividad por la cual los jueces revisan la validez de las normas legales y administrativas. La supremacía judicial tiene que ver con la noción de que los jueces tienen la última palabra cuando se trata de la interpretación constitucional y sus decisiones determinan el significado de la constitución para todos (GARGARELLA, 2007: 402). El problema que existe, según esta postura, es que de admitirse la «supremacía judicial» se estaría autorizando a que un grupo minoritario de jueces «impongan sus propias opiniones sobre las del resto de la población» (GARGARELLA, 2007: 402).

En efecto, esta concepción considera que, históricamente, han existido dos concepciones distintas sobre el control judicial de constitucionalidad de las leyes: 1) una concepción «fuerte», que supone que los jueces tienen la «última palabra» sobre toda cuestión que involucre derechos constitucionales y que, en este sentido, pueden «imponer su voluntad» por sobre el órgano representativo (GARGARELLA, 2013: 88). 2) Una concepción «débil» que, en cambio, supone jueces que nunca deben cuestionarla constitucionalidad material de la ley, lo que, bajo el manto de los argumentos democráticos y de división de poderes, implica «asumir un silencio cómplice a la violación de los derechos» (GARGARELLA, 2013: 89).

En contraposición con estas dos maneras de desarrollar el control de constitucionalidad, la teoría de la «justicia dialógica» se presenta como una «tercera vía intermedia» (R. GARGARELLA, 2007: 395), que, de acuerdo a sus defensores, resulta superadora en tanto compatibiliza la debida protección de los derechos con los principios democrático-deliberativos. De acuerdo a esta teoría, los jueces deben detectar violaciones a derechos, aunque no deben, sin más, invalidar las acciones u omisiones de los poderes representativos, sino que están obligados a buscar nuevos canales institucionales para resolver tal violación a través de la discusión participativa y democrática²³. Entre los remedios propuestos se pueden hallar: *a)* las audiencias públicas de discusión entre las partes interesadas; *b)* la técnica del reenvío al poder legislativo²⁴; *c)* medidas inclusivas de participación; *d)* controles procedimentales sobre la deliberación llevada a cabo en los órganos representativos²⁵; entre otras medidas posibles²⁶. De esta manera, un tri-

²³ GARGARELLA sostiene en este sentido: «[...] algunos autores piensan que la revisión judicial estaría del todo justificada si los jueces concentraran sus esfuerzos en salvaguardar el proceso político, o si los jueces se convierten en la voz de la minoría sin poder, o si aprendieran a dejar ciertas cuestiones sin decisión, evitar las generalizaciones abstractas, razonar por analogía y no por principios generales abstractos y decidieran con cuidado, paso a paso, tomando un caso a la vez (actuando de mono minimalista). Si los jueces se comportaran de la manera descrita, probablemente sus decisiones serían menos objetables desde la perspectiva de la democracia deliberativa» (GARGARELLA, 2007: 403).

²⁴ Esta técnica es la solución propuesta por J. HABERMAS en aras de preservar la primacía del parlamento por sobre el poder judicial (J. HABERMAS, 2010: 337).

²⁵ Así entendidas, estas medidas parecen muy cercanas a las propuestas por John ELY. Sin, embargo, tal como aclara GARGARELLA, si bien una teoría deliberativa de la democracia toma la propuesta de revisión procedimental de ELY, iría un poco más allá al exigir también buenos niveles de deliberación (R. GARGARELLA, 2013: 90). Como bien señala OLIVER LALANA, si bien aún debe rastrearse teóricamente la metodología para identificar problemas de racionalidad en el legislador, hay algunas sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) que dan algunas pautas. Un ejemplo en este sentido, precisamente sobre un caso de derechos sociales («*Existenzminimum*»), es el caso *Hartz-IV* (BVerfG 1 BvL 1/09, 144). Allí el Tribunal declaró inconstitucional la medida del legislador, pero no por el contenido de la misma, sino por una ausencia de una justificación. El BVerfG afirmó lo siguiente: «Sobre el legislador pesa la responsabilidad u obligación de explicitar qué métodos ha empleado y de qué cálculos se ha servido durante el proceso legislativo para fijar el mínimo existencial. Si no satisface suficientemente esta obligación, su determinación del mínimo existencial es ya, tan sólo a causa de este defecto, incompatible con [...] la Ley Fundamental» —traducción perteneciente a OLIVER LALANA— (OLIVER LALANA, 2005 y OLIVER-LALANA, 2014). Agrega OLIVER LALANA que, aun reconstruyendo esa metodología, queda también la tarea de reconstruir el ensamble entre este control de carácter procedimental que exige una justificación y el control material de la justificación explicitada; es decir, la proporcionalidad de la medida (OLIVER LALANA, 2014). En este sentido, sostenemos la hipótesis de que no sólo estos dos controles son compatibles, sino que además, el primer examen está presupuestos para el análisis del segundo, pues involucra a la exigencia de «saturación» y «consideración de todos los argumentos» del discurso jurídico racional.

²⁶ GARGARELLA toma en este punto las palabras de Cecile FABRE: «En su libro sobre derechos sociales, Cecile Fabre enumera algunas posibilidades al respecto donde, desde su punto de vista, los tribunales pueden por ejemplo: *a)* determinar que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios específicos;

bunal puede lograr que tanto en el marco de su esfera como en el marco de los órganos representativos se llegue a decisiones legítimas, sin que esto implique violaciones de derechos, gracias a la garantía de «imparcialidad» obtenida por la participación plena y la deliberación robusta.

3.2. Valoración de la teoría de la «justicia dialógica»

Como vemos, esta teoría es hija de la de NINO y en buena medida la ha continuado y refinado. Sin embargo, en lo que refiere a la concepción de los derechos sociales, entendemos que no logra superar las tres críticas señaladas.

Así, en primer lugar, puede vislumbrarse que persiste el desacople entre el *nivel de justificación* y el *nivel de la determinación del alcance* de los derechos sociales fundamentales. En efecto, esta teoría admite la «igual fundamentabilidad» de los derechos sociales en el sistema constitucional (R. GARGARELLA, 1998: 14). No obstante, no parece permeable a aceptar su aplicación directa por parte de la judicatura en caso de violación a los mismos. Antes bien, espera que el poder judicial sea un «impulsor» de la revisión razonada de las medidas *prima facie* violatorias de derechos, por parte de órganos representativos. El presupuesto que subyace a esta postura parece ser, al igual que en NINO, un escepticismo en relación con la posibilidad de definir judicialmente el contenido de los derechos y, por tanto, de justificar posiciones jurídicas de derecho fundamental²⁷. Sin embargo, ello no parece resultar una reconstrucción verosímil de

b) establecer que un derecho constitucional ha sido violado y pedirle al Estado que provea el remedio necesario: 1) sin especificar cómo y sin fijar un periodo límite, o 2) sin especificar cómo, pero demandando que se efectivice en un periodo determinado; c) establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios y especificar qué clase de remedios pueden usarse, cómo y cuándo» (GARGARELLA, 2007: 395). *Vid.* también en este mismo sentido: ETCHICHURY, 2013: 286-291. Queda la pregunta abierta de cuál debe ser la actitud del juez cuando sólo existe un medio suficiente y necesario para impedir la violación al derecho de prestación. *Vid.* en este sentido la «tesis de la alternatividad» de ALEXY (ALEXY, 2011) y la profundización de CLÉRICO en ese sentido (CLÉRICO, 2011).

²⁷ Como ya se marcó en una cita anterior, GARGARELLA entiende que aceptar que los jueces tengan la última palabra en relación a un asunto constitucional implica asumir, al mismo tiempo, que un grupo minoritario de personas «impongan sus propias opiniones» al conjunto de la sociedad (GARGARELLA, 2007: 402). Si esto es necesariamente así, es decir: que los jueces pueden «imponer» su «propia opinión», entonces se está presuponiendo que no es posible alcanzar una racionalidad intersubjetiva decisoria basada en las razones que la apoyan (al menos en asuntos constitucionales donde existan «desacuerdos razonables»). Sin embargo, las contemporáneas reconstrucciones de metodología jurídica basadas en las teorías de la argumentación, por un lado, y el análisis estructural de los principios jurídicos y del argumento de la ponderación, por el otro, parecen dar razones de peso para desestimar dicho escepticismo como una reconstrucción que refleje teóricamente lo que sucede en la práctica jurídica. Uno de los autores que ubicamos dentro de la teoría de la «justicia dialógica» es ETCHICHURY. Éste último autor sí se propone dar cuenta de este aspecto metodológico. Reconoce que en algunos supuestos puede aceptarse la declaración de inconstitucionalidad de manera directa por parte de la judicatura. Estos supuestos estarían signados por la aparición de «casos fáciles» (ETCHICHURY, 2013: 153) o, para el caso de «desacuerdos razonables», por la no superación del examen de razonabilidad por parte de la medida estatal analizada (ETCHICHURY, 2013: 182). Dejando de lado los «casos fáciles», su reconstrucción se limita a mencionar que el examen de razonabilidad implica justificar relaciones de coherencia entre la medida estatal y los derechos constitucionales. Pese a ello la pregunta metodológica persiste, esto es: ¿a través de qué pasos argumentativos se arriba a la definición de tal relación de coherencia? En este sentido, podría ser a través de una relación de proporcionalidad, como propone ALEXY; a través del examen de igualdad y goce efectivos de los derechos, como propone ARANGO; o a través de la combinación de estos exámenes mencionados, como proponen CLÉRICO y ALDAO. Por nuestra parte, creemos que la definición de una relación coherente entre

cómo funciona la práctica jurídica, al menos teniendo en cuenta los actuales desarrollos dentro de la teoría general del derecho.

En segundo lugar, parece persistir una diferencia procesal y metodológica injustificada. Si bien, esta teoría considera que las «reglas dialógicas» deben aplicarse a cualquier clase de disposición normativa que resulte indeterminada (no sólo una disposición de derecho social fundamental) (R. GARGARELLA, 1998: 15), lo cierto es que dicha discusión sólo aparece en investigaciones referidas a derechos sociales y no referidas a otros derechos. Es probable, por ejemplo, que la misma teoría considere justificada la intervención judicial directa en caso de violación a otros derechos fundamentales, como el caso de la prohibición de esclavitud, la libertad de expresión o derecho a la igualdad²⁸. En este sentido, insistimos, quedan abiertos los interrogantes respecto a las diferencias conceptuales relevantes que justificarían una aplicación procesal y metodológica distinta de los derechos sociales fundamentales.

Por último, la teoría de la «justicia dialógica» también parece disolver la tensión entre los principios formales y los principios materiales ligados al Estado social contenidos en las Constituciones de los Estados constitucionales de derecho. Al mostrarse la teoría, en cierto modo, reticente a la intervención judicial sobre las decisiones de los órganos representativos, continúa dándole una precedencia incondicionada en abstracto al principio democrático por sobre otros principios colisionantes. En este sentido, persisten los ya mencionados problemas normativo y conceptual. El problema normativo está dado porque el hecho de que tal precedencia definitiva no parece poder justificarse jurídicamente en tales sistemas. El problema conceptual está dado por el hecho de que si los principios formales tienen una precedencia definitiva en todas las situaciones posibles, entonces la determinación del alcance de los derechos sociales seguirá quedando en manos de las decisiones políticas, lo cual implica la pérdida del carácter «fundamental» de tales derechos.

Siendo así, la teoría de la «justicia dialógica», si bien ha refinado la concepción de NINO, al menos respecto a las discusiones que provienen en relación con las tensiones entre la democracia deliberativa y el control de constitucionalidad, sufre de los mismos déficits que habíamos identificado en el *nivel de la determinación de alcance* de los derechos sociales. Nuestra hipótesis es que ello se debe a que esta teoría se ha detenido, casi con exclusividad, en las discusiones de tipo institucionalistas y no ha profundizado en una línea de investigación metodológica que reconstruya los recorridos argumentativos que permiten justificar el contenido y alcance de dichos derechos.

En este sentido, los aportes procedimentales que la teoría de la «justicia dialógica» realiza deben ser complementados con una investigación metodológica, por varios motivos. En primer lugar, porque aquella línea de investigación presupone a ésta. Así, para que un juez haga un llamado a una audiencia pública o aplique la técnica del

normas constitucionales presupone a éstos exámenes. Precisamente, la hipótesis central de este trabajo es que es la explicitación de este presupuesto es la línea de investigación que, de complementarse con lo hasta aquí desarrollado por el estado de la cuestión, despejaría ciertas dudas respecto a la racionalidad de la definición del contenido de los derechos sociales y, en su caso, de la legitimidad judicial para establecerlo.

²⁸ *Vid.*, por ejemplo, los trabajos de GARGARELLA referidos a protesta y libertad de expresión o matrimonio igualitario en Argentina, en los cuales su posición se acerca mucho más a la concepción que R. DWORKIN tiene sobre los principios jurídicos y la interpretación constructiva (GARGARELLA, 2005: cap. 1, y 2010: 125).

reenvío, previamente debe haber detectado una violación de derechos. Dicho de otro modo, un juez que reabra la discusión debe aportar una justificación al respecto y esa justificación estará basada en una argumentación de derecho fundamental²⁹. Si reconocemos que la estructura de argumentación considerada válida por la práctica en materia de aplicación de derechos fundamentales es el principio de proporcionalidad (R. ALEXI, 2008: 91)³⁰ (para el caso de los derechos sociales fundamentales en su versión de prohibición de omisión o insuficiencia)³¹ entonces esto implicaría una necesaria conexión entre la teoría de NINO y sus continuadores con la teoría de ALEXI. En segundo lugar, porque la aplicación directa de un derecho social por parte de un tribunal para un caso individual no implica conceptualmente un impedimento para el debate público formal o informal ni un obstáculo para el desarrollo de una potencial política pública estructural. En tercer lugar, porque tanto la teoría de NINO como la de «justicia dialógica», parecen tener una concepción no lo suficientemente compleja del acoplamiento entre la democracia y las instituciones del Estado social, contra la que se pueden elevar al menos dos objeciones. Por un lado, la defensa del papel de las legislaturas supone que éstas ejercen un rol prominente en el desarrollo de las políticas públicas destinadas a garantizar los derechos sociales. Esta suposición, que en los años en que escribía NINO podía resultar plausible, se ve hoy fuertemente cuestionada por la preponderancia que tienen las agencias especializadas que dependen del poder ejecutivo en materia de políticas sociales. En este sentido debe recalarse que, en materia de derechos sociales, el juez rara vez evalúa la constitucionalidad del resultado de un proceso de deliberación legislativa. Por el contrario, se trata usualmente de decisiones tomadas por el personal técnico³² de las agencias específicamente destinadas a planear y gestionar estas políticas públicas, a las que no podemos atribuir el mismo nivel de legitimidad democrática que sí le reconoceríamos al procedimiento parlamentario. Por otro lado, estas perspectivas parecen dar por sentado que todos los ciudadanos se encuentran parejamente representados en las instancias legislativas, obturando el hecho de que, en los contextos de fuerte desigualdad estructural, de los cuales surgen este tipo de demandas, quienes reclaman la revisión judicial de las políticas sociales no poseen, ya sea por cuestiones materiales o culturales, el mismo «peso político» que el resto de los ciudadanos, y por eso se los denomina grupos desaventajados o subrepresentados. En este sentido, autores como OLSON han remarcado el acceso deficitario a las instancias de decisión política de los sectores más empobrecidos de la sociedad³³.

²⁹ Uno de los arbitrajes anónimos a este trabajo ha objetado que esta afirmación puede sufrir de una cierta circularidad. «pues si para autorizar la intervención del poder judicial se requiere que se haga un examen de proporcionalidad previo del que resulte un mandato definitivo, la cuestión es quién hace el examen de proporcionalidad sino el poder judicial». Sin embargo, consideramos que la mentada circularidad se desvanece si aceptamos la distinción analítica entre el «punto de vista externo» y el «punto de vista del participante» o, como diría MACCORMICK, entre el «contexto de descubrimiento» y el «contexto de justificación». Pues, del hecho que sea el propio poder judicial el que haga el examen no dice nada respecto a la justificación de sus argumentos.

³⁰ *Vid.* también, C. BERNAL PULIDO, 2003, y L. CLÉRICO, 2001.

³¹ L. CLÉRICO, 2001: cap. IV, y 2011: 385-428.

³² Cuya selección y nombramiento es, en términos de publicidad y controles, menos accesible aún a la ciudadanía que aquel por el cual se designan magistrados.

³³ K. OLSON, 2007: 330-343. Otras autoras, como N. FRASER o I. YOUNG, han puesto en cuestión también la posibilidad de reducir el diálogo democrático en sociedades heterogéneas como las nuestras a una comprensión del espacio público-político que, tributaria de la Ilustración, al poner en suspenso las diferencias entre los individuos termina por reforzarlas y cristalizarlas. En este sentido la democracia representativa es evidentemente-

Quizá, una buena manera de complementar a estas teorías con aquellas líneas de investigación de tipo metodológicas sea autorizando la intervención judicial de manera directa en aquellos casos donde el examen de proporcionalidad otorgue un mandato definitivo y dejar abierta la posibilidad de canales de intervención «intermedios», como los propuestos por la «teoría dialógica», para aquellos casos donde el examen de proporcionalidad otorgue más de una respuesta justificada. O, inclusive, ambos tipos de medidas podrían darse en simultáneo, puesto que una resolución individual no cancela la posibilidad de exigir también una solución estructural; de hecho, los casos T-760/08 sobre derecho a la salud de la Corte Constitucional colombiana³⁴ o el caso «Quisberth Castro» sobre derecho a la vivienda de la Corte Suprema argentina³⁵, son ejemplos paradigmáticos de que los jueces pueden no sólo invalidar la medida en concreto sino que, también, hacer un llamado (en forma de diálogo interinstitucional) a los poderes representativos para la concreción de una solución integral.

4. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos reconstruido la concepción de la teoría de Carlos S. NINO respecto a los derechos sociales fundamentales. Sostuvimos que para su comprensión, resulta necesario distinguir entre el *nivel de la fundamentación de los derechos sociales* y el *nivel de la determinación de su alcance*. En este sentido, NINO se ha mostrado mucho más enfático en el reconocimiento de los derechos sociales en el primer nivel que en el segundo. Esto expone a su teoría a tres críticas específicas: *a)* una inconsistencia o desacople entre el *nivel de la fundamentación* de los derechos sociales y el *nivel de la determinación del alcance* de los mismos; *b)* una falta de una diferenciación conceptual relevante que justifique un trato procesal y metodológico especial para los derechos sociales, y *c)* una disolución injustificada de la tensión inmanente a los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales dada entre los principios formales y los principios materiales ligados al Estado social.

A su vez, también hemos expuesto una teoría que continua a la teoría de NINO en lo que respecta a la *determinación del alcance* de los derechos: la teoría de la «justicia dialógica». Concluimos que esta teoría, si bien refina a la teoría de NINO, no supera las tres críticas ya señaladas. Nuestra hipótesis es que la persistencia de tales déficits está relacionada con que esta última teoría se ha detenido exclusivamente en las discusiones en torno a la relación entre derechos y democracia y no en el desarrollo de una línea de investigación metodológica. Lo que implica que tanto la teoría de NINO como la de la «justicia dialógica» requieran de ser complementadas con una teoría que reconstruya los recorridos argumentativos que determinan el contenido y alcance de los derechos sociales fundamentales. Esto trazaría vínculos necesarios entre éstas teorías y la teoría de ALEXY³⁶ y abriría nuevas líneas de investigación necesarias en ese sentido.

te un piso para la construcción de una sociedad democrática e igualitaria, pero de ningún modo puede ser vista como la vía exclusiva y excluyente de participación de todos los ciudadanos. *Vid.* N. FRASER, 1997; I. YOUNG, 1989; M. ALDAO, 2011: 467-484.

³⁴ En este sentido, *vid.* PARRA VERA y YAMIN, 2013.

³⁵ <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=5878>.

³⁶ Quizá, una línea de investigación más específica dentro de esta última es aquella que distingue la práctica jurídica en relación a derechos sociales por parte de aquellas sociedades donde existe pobreza extrema

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., 2002: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta.
- ALDAO, M., 2011: «La ponderación en el contexto del Estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales», en G. BEADE y L. CLÉRICO, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 467-484.
- ALEXY, R., 2006: «La Fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino», en *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, Alicante: Universidad de Alicante, 5-65.
- 2008: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2011: «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad», en G. BEADE y L. CLÉRICO, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 349-384.
- ARANGO, R., 2005: *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Legis.
- 2013: «Constitucionalismo social latinoamericano», en L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BERNAL PULIDO, C., 2003: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2004: «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Átria», en *Revista Discusiones*, núm. 4, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- CLÉRICO, L., 2001: «Die Struktur der Verhältnismässigkeit», Baden-Baden: Nomos (versión en castellano: L. CLÉRICO, «El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional», Buenos Aires: Eudeba, 2009).
- 2011: «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad», en G. BEADE y L. CLÉRICO, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 385-428.
- CLÉRICO, L., y ALDAO, M., 2013: «El derecho a la salud y las estrategias argumentativas: el encastre (subsunción) y las similitudes y diferencias (comparación de casos)», en L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1003-1018.
- DE FAZIO, F., 2013: «Los derechos sociales fundamentales como desafío para la teoría general del derecho», Tesis de Maestría en Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- ELY, J., 1980: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge.
- ETCHICHURY, H., 2011: «Poder Judicial, Democracia y Derechos Sociales», en *Revista Electrónica del Instituto de investigaciones «Ambrosio L. Gioja»*, núm. 7, Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

o desigualdad estructural. En este sentido, un camino a explorar es aquel propuesto por ARANGO, mediante la distinción analítica entre «sociedades bien ordenadas» y «sociedades no bien ordenadas». Según el citado autor, en éstas últimas los derechos sociales tienden a tener más peso en la argumentación que los derechos de libertad o los principios formales (ARANGO, 2012: 204). Otro camino emparentado, y ya adentrándose concretamente en el examen de proporcionalidad, es la noción de «interpretación progresiva» de la ley de ponderación propuesta por CLÉRICO, la cual supone una inversión de las precedencias *prima facie* y de las cargas de la argumentación (CLÉRICO, 2001: 168)

- 2013: *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la constitución argentina*, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- FRASER, N., 1997: «Pensando una nueva esfera pública», en *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición post-socialista*, Bogotá: Siglo del Hombre.
- GARGARELLA, R., 1995: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel.
- 1998: «Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?», en *Jueces para la democracia*, núm. 31, 11-15.
- 2005: *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- 2007: «¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?», en R. ARANGO, *Filosofía de la Democracia*, Bogotá: Siglo del Hombre, 177-408.
- 2008a: «Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático», en R. GARGARELLA (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 965-969.
- 2008b: «Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Carlos Nino», en M. ALEGRE, R. GARGARELLA y C. ROSENKRATZ, *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires: La Ley, 203-217.
- 2010 «Matrimonio igualitario y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario», en M. ALDAO y L. CLÉRICO, *Matrimonio igualitario en Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires: Eudeba, 125-138.
- 2013: «Justicia Dialógica y derechos de salud», en L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 85-99.
- HÄBERLE, P., 2008: «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución», en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, núm. 11, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 29-61.
- HABERMAS, J., 1999: «Tres modelos normativos de democracia», en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona: Paidós.
- 2010: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.
- HOLMES, S., y SUNSTEIN, C., 2011: *El costo de los derechos. ¿Por qué la libertad depende de los impuestos?*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- MAURINO, G., «Pobreza, Constitución y democracia: aportes desde la autonomía personal», en R. GARGARELLA (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 875-910.
- MONTERO, J., 2008: «¿Cómo judicializar los derechos económicos y sociales en una democracia deliberativa?», en M. ALEGRE, R. GARGARELLA y C. ROSENKRATZ, *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires: La Ley, 399-410.
- NINO, C., 1989: *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Astrea.
- 1992: *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- 1997: *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa.
- 2013a: «Sobre los derechos sociales», en *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender las libertades*, Buenos Aires: Siglo XXI.

- OLIVER LALANA, D., 2005: «Ponderación y racionalidad legislativa: la argumentación parlamentaria como argumentación jurídica», en *Anuario*, Montevideo: Área socio-jurídica: Facultad de Derecho, Universidad de la República, núm. 2, 105-120.
- 2014: «Wie man den Gesetzgeber zu Rationalität zwingen kann?», ponencia presentada el 14 de octubre de 2014 en *Foruschungseminar Retchphilosophie: Argumentation, Menschenrechte, Demokratie*, a cargo del Prof. Dr. iur. Jan-R. SIECKMANN, Friedrich-Alexander Universität zu Erlangen.
- OLSON, K., 2007: «Paradoxes of Constitutional Democracy», en *American Journal of Political Science*, vol. 51, núm. 2, 330-343.
- PARRA VERA, O., y YAMIN, A., 2013: «La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica», en L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2591-2649.
- PISARELLO, G., 2007: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta.
- SIECKMANN, J., 2006: *El modelo de los principios en el derecho*, Bogotá: Universidad del Exter-nado de Colombia.
- 2008: «El concepto de Autonomía», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, Alicante: Universidad de Alicante.
- 2012: *The Logic of Autonomy*, Oxford: Hart Publishing.
- YOUNG, I., 1989: «Polity and group difference: A critique of the ideal of universal citizenship», *Ethics*, 99(2), 250-274.
- ZAGREBELSKY, G., 2009: *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta.
- 2014: *La Ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid: Trotta.