

CAPÍTULO XVIII

Sobre los rotulados “derechos imposibles”*

1. INTRODUCCIÓN. DERECHOS “IMPOSIBLES” Y DERECHOS “IMPOSIBILITADOS”

Es sabido que la noción de “estado social de derecho” registra una sensible evolución que partiendo de una noción puramente formal —sometimiento a la ley, “gobierno de la ley”, nomocracia, *rule of law*—, navega más tarde hacia una visión material, o de contenidos, mucho más exigente —estado de derecho = respeto por la ley + división de poderes + democracia + satisfacción de un mínimo inexorable de justicia y de derechos fundamentales—. ¹

Es en esta segunda versión del estado de derecho donde se injerta la problemática que deseamos atender: la de los llamados “derechos imposibles”,² vale decir, derechos enunciados, proclamados o reconocidos por el estado de derecho pero que éste se encuentra materialmente incapacitado para cumplir, habitualmente por carecer de los fondos económicos para hacerlo.

* Sagüés, Néstor Pedro, “Estado social de derecho y “derechos imposibles”, *Jurisprudencia Argentina*, 2005-II-827.

¹ Sobre los aspectos formal y material del estado social de derecho, cfr. Benda, Ernesto, “El estado social de derecho”, en Benda, Ernesto *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. por Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996, pp. 487 y ss.

² En cuanto el concepto de “derechos imposibles”, cfr. Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989, pp. 343 y ss.

EL CURSO DE LOS DERECHOS

En tal sentido, cabe alertar que deben distinguirse los derechos genuinamente imposibles, esto es, aquellos para los cuales realmente no pueden proveerse de modo sensato y factible las partidas presupuestarias para satisfacerlos correctamente, de los que podríamos llamar derechos “imposibilitados”, o falsamente imposibles, que aparecen si el Estado argumenta que no tiene dinero para atenderlos plenamente cuando en verdad lo posee, pero lo ha destinado a otros objetivos espurios o de menor importancia, *v. gr.*, ciertos gastos reservados de incierto y poco limpio destino, o de tipo meramente suntuario, partidas programadas para despilfarros y extravagancias, otras devoradas por la corrupción y los negociados, el clientelismo partidista, las aventuras bélicas y las carreras armamentísticas injustificadas, las inversiones y proyectos absurdos o delirantes, la compra de bienes y recursos innecesarios o superfluos, el incremento de la burocracia, la simulación de empleos y algunas remuneraciones estatales exageradas, el inadecuado manejo de las empresas públicas, etcétera.

De aquí en más nos ceñiremos a los derechos verdaderamente “imposibles”, no a los disfrazados como imposibles —derechos “imposibilitados”—. El propósito en este capítulo es auscultar las fuentes y razones por las que se enuncian en la Constitución “derechos imposibles”, describir ciertas cláusulas constitucionales tradicionalmente reduccionistas o moderadoras de ellos, mostrar su poca eficacia actual ante el fenómeno que llamaremos “motorización de la Constitución” e inquirir, finalmente, sobre la situación de los derechos imposibles de cara al presente y al futuro, como desafío peculiar para el activismo judicial y el estado social de derecho.

2. FUENTES Y CAUSAS DE LOS DERECHOS IMPOSIBLES

La fuente jurídica de los auténticos “derechos imposibles” es doble: local, generalmente derivados de cláusulas emergentes de la Constitución nacional; o de origen internacional, provenientes de convenciones, declaraciones o tratados, que casi siempre se conectan con el llamado derecho internacional de los derechos humanos.

Los motivos por los que un Estado puede enunciar “derechos imposibles” son varios.³

³ Sobre el utopismo, el plagio y la demagogia constitucional nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, cit., 2004, pp. 252 y ss.

Sobre los rotulados “derechos imposibles”

En el orden doméstico la razón más frecuente es el utopismo constituyente: ello pasa cuando una Asamblea o Convención declara un derecho sin medir los costos económicos de su proclamación —utopismo subconciente—, o cuando los calcula advierte el déficit de potencias para cumplir con el derecho, pero de todos modos insiste en enunciarlo —utopismo conciente—. Este utopismo conciente no es tan raro. Parte del lírico supuesto de que el constituyente debe brindar a su pueblo lo mejor, por más que no sea obtenible. Puede darse aquí un cóctel de quijotismo y de soberbia, con algunas gotas de masoquismo constitucional.

Otra raíz de los derechos imposibles es el plagio constitucional. Muchos constituyentes piensan que deben incorporar a la Constitución local todo lo más novedoso que se exhiba en la vitrina del derecho comparado, desatendiendo en esa empresa los condicionamientos y limitaciones vernáculos. Hay en esto mucho de esnobismo y también de moda. Para estar al día, y no ser confundido con alguien desinformado u *old fashion*, lo mejor parece ser actualizarse sin piedad, actitud que además sería muestra de erudición y buen gusto.

La demagogia constituyente es otra cantera de los derechos imposibles. Algunas veces se estima que prometiendo el oro y el moro, una Constitución y sus constituyentes van a lograr consenso y popularidad social. En ese juego de seducción se reemplazan realidades y beneficios concretos por hermosas palabras. Desde luego, la maniobra suele ser exitosa; por un tiempo.

En cuanto a los derechos imposibles de fuente internacional, a menudo quien suscribe y aprueba un convenio o tratado declarativo de derechos conjetura que es bueno simplemente porque proviene del exterior, del mismo modo que ciertas personas valoran sistemáticamente más los productos importados sobre los nacionales. No faltan, igualmente, vicios de desidia y negligencia que eximen de una lectura cuidadosa y responsable de lo que se va a pactar. En otros casos hay presiones académicas y políticas para suscribir determinada convención, y no se es cauto en la adopción de reservas respecto de las cláusulas que genuinamente el país no puede asumir porque carece de los medios para cumplirlas. No falta, además, quien cargue con un complejo de inferioridad o de culpa por confesar esto último y prefiera ratificar el tratado sin más, en vez de reconocer sinceramente, por ejemplo, sus discapacidades financieras.

3. ¿POR QUÉ PREOCUPAN HOY LOS DERECHOS IMPOSIBLES?

Se podrá observar que la presencia de derechos enunciados en el texto de la Constitución, pero incumplidos en la práctica, es tan antigua como el mismo derecho constitucional, y que ello, lamentos aparte, no conmovía demasiado a gobernantes o a constitucionalistas.

Pocas décadas atrás, normalmente se entendía por muchos que los derechos constitucionales de tipo social eran fundamentalmente aspiraciones jurídicas, propuestas programáticas o “criterios de normación”, cuya satisfacción dependía de la buena voluntad del poder legislativo para prever las partidas presupuestarias necesarias para cumplirlos, y en la medida en que él así lo dispusiera. Ambos puntos se conceptuaban cuestiones políticas no justiciables —*political questions*—, reservadas al Congreso como representante del pueblo y sometidas a su soberana discreción. Irrevisables, desde luego, por el poder judicial, quien debía abstenerse de perforar tal recinto, so pena de incurrir en violación al principio de división de los poderes.

En ese contexto, la mención en la letra de la Constitución de derechos más o menos imposibles no significaba algo ni política ni jurídicamente alarmante.

Hay que agregar que ciertas estrategias del constituyente podían retrasar o diluir el vigor de la declaración de un derecho, convirtiéndolo así en un derecho quizá imposible, pero bajo control:

- a) una de estas vías es la que llamamos “cláusula de la posibilidad”. Por ejemplo, la precedente constitución de la República Dominicana en su artículo 8, inciso 17 *in fine* señalaba: “El Estado prestará, asimismo, asistencia social a los pobres. Dicha asistencia consistirá en alimentos, vestimenta y *hasta donde sea posible*, alojamiento adecuado” (las cursivas son nuestras);
- b) otro conducto es la “cláusula de la progresividad”. Así, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —ONU, 1966— reconoce a toda persona el derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, y al más alto nivel de salud física y mental (arts. 11 y 12), con el compromiso de los estados de adoptar medidas para así lograrlo “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, pero ello se hará progresivamente (art. 2, inc. 1);

Sobre los rotulados “derechos imposibles”

- c) una tercera herramienta es la “cláusula de la disponibilidad”. Por ejemplo, el artículo 59 *in fine* de la anterior Constitución de Ecuador afirmaba que las pensiones por jubilación deben ajustarse anualmente, pero “según las disponibilidades del fondo respectivo”;⁴
- d) un cuarto instrumento fue la “cláusula de la reglamentación”. Por ejemplo, la Constitución argentina señala (art. 14) que ciertos derechos de los habitantes se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Esto permitiría suponer, para algunos, que el derecho depende, básicamente, de la ley que lo reconozca. La tesis no es correcta, porque las leyes reglamentarias, si bien pueden modelar, no pueden “alterar” al derecho constitucional en juego (art. 28 de la Constitución nacional). Hay, pues, en todo derecho un “núcleo duro” que no puede válidamente desconocerse por la ley. No obstante, algunas veces ciertas reglas constitucionales parecen indicar que el derecho constitucional solamente se ejercita en la oportunidad y en la medida en que la ley subconstitucional lo disponga. En tales casos ello provoca la irónica reflexión de que “la Constitución rige con permiso de las leyes”;⁵
- e) la doctrina de las “cláusulas programáticas” de la Constitución empalma con la tesis anterior y ha sido otro importante factor para anestesiar la eficacia concreta de la proclamación de ciertos derechos. Conforme a ella, la mayor parte de los derechos constitucionales no son operativos de por sí, porque necesitarían normas que los instrumenten, entre ellas, con frecuencia,

⁴ Con igual orientación, el art. 57 de la anterior Constitución de Ecuador advertía que la protección del seguro social obligatorio “se extenderá progresivamente a toda la población urbana y rural, con relación de dependencia laboral o sin ella, *conforme lo permitan las condiciones generales del sistema*” (el cursivo es nuestro).

⁵ Por ejemplo, el art. 118 de la Constitución nacional establece que los juicios criminales ordinarios “*se terminarán por jurados*, luego que se establezca en la República esta institución” (el cursivo es nuestro). El texto insinúa que el derecho a ser juzgado por jurados solamente se ejercitará cuando el Congreso se decida a instrumentar a éstos.

En cuanto a la frase entrecomillada en el texto, en el sentido de que algunas Constituciones parecen disponer que “rigen cuando las leyes lo permiten”, véase las reflexiones de Alberdi, Juan B., “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, en *Organización política y económica de la confederación Argentina*, ed. oficial, Besanzón, 1856, p. 148.

EL CURSO DE LOS DERECHOS

las del presupuesto. En definitiva, entonces, por ejemplo, salud, habitación o educación dependerían de la provisión de las partidas del caso, y se podrían ejercer en tanto y en cuanto éstas desplegaran al derecho. La regla constitucional declarativa del derecho resultaría así una suerte de “norma incompleta”, o sin efectos jurídicos concretos —para algunos ni siquiera sería norma—,⁶ y

- f) no pueden ignorarse, asimismo, ciertos recursos semánticos que de vez en cuando emplea el constituyente para distinguir entre un deber constitucional intenso y preciso del Estado respecto de un derecho, por un lado, y una tarea constitucional no conminatoria y además discrecional, por el otro. Así, algunas veces la Constitución indica que el Estado asegura un derecho, o que lo reconoce. Pero en otros supuestos se limita a indicar que ese Estado “propenderá” a realizar algo, “fomentará” otra cosa, “auspiciará” a una tercera, “estimulará” una cuarta, “propiciará” una quinta, etcétera. Verbos parecidos suelen utilizarse con relación a determinados derechos. Estas reglas podrían llamarse “cláusulas anunciativas” de la Constitución.

Aunque los deberes constitucionales sean, como las tareas que encomienda la Constitución, obligaciones constitucionales, la cuota de reclamo jurídico frente a unos y otras era visualizada de manera muy distinta. Los primeros podían entenderse como parte de una constitución-contrato, jurídicamente planteables ante los tribunales. Las segundas, como capítulos etéreos de una constitución-promesa, lanzados hacia el porvenir, inexigibles jurídicamente.⁷

En otros casos la Constitución utiliza expresiones ambiguas o sibilinas, donde la “tarea” o el “deber” estatal se diluye en significados multívocos, algunos de ellos eventualmente apremiantes, pero otros muy suaves para el obligado. Por ejemplo, el artículo 14 bis de la Constitución argentina, declara que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que por ley deben comprender, entre otras cosas, “el

⁶ Sobre la calificación de las cláusulas programáticas como normas incompletas, bajo condición suspensiva, impropias o carentes de efectos jurídicos derivamos al lector a nuestro “Constitucionalismo social”, en Vázquez Vialard, Antonio (dir.), *Tratado del derecho del y trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1989, t. 2, p. 800.

⁷ Sobre la distinción entre “constitución-promesa” y “constitución-contrato” véase Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 253 y ss.

Sobre los rotulados “derechos imposibles”

acceso a una vivienda digna”, frase que abre un amplio abanico de posibilidades interpretativas, que parten desde una hipotética misión del Estado de proporcionar una casa a cada habitante a solamente, *v. gr.*, contemplar legislativamente planes de construcción de viviendas realizados por los particulares que quieran asumirlos y para quienes puedan pagarlos, o alentar reducciones impositivas para esos planes. En la Convención Constituyente de 1957, cuando se adoptó este precepto, una de las pocas ideas que quedaron en claro fue que estaba destinado para proteger a los más necesitados, porque respondía a “una verdadera preocupación social”.⁸

4. SITUACIÓN ACTUAL.

LA MOTORIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Sin embargo, el panorama ha cambiado, y por diversas razones. Por un lado, nuevas constituciones de estados adscritos al modelo de estado social de derecho han multiplicado sobremanera las promesas constitucionales en materia de derechos personales de tipo social. En particular, puede constatarse que, estadísticamente, a menor producto bruto interno nacional y a menor ingreso *per capita* hay más declaraciones, produciéndose así en países del Tercer Mundo una sobrecarga de derechos que desde el punto de vista cuantitativo supera largamente el estado de cosas anterior.

Simultáneamente, se ha producido un significativo incremento en los reclamos jurídicos para exigir el cumplimiento de los otrora derechos imposibles, pero “bajo control”. Varias razones explican esa mutación.

Una, de tipo sociológico, muestra que la sociedad moderna es más exigente que la anterior y que lo que otrora se soportaba, a título de resignación cristiana, fatalismo oriental o lo que fuere, ya no se consiente más.⁹ La gente que no encuentra respuestas útiles en el Congreso o en el presidente que plantea hoy sus reclamos ante los estrados judiciales y exige a los magistrados constitucionales pronunciamientos operativos para practicar aquí y ahora los derechos que enuncia la Ley suprema.

⁸ Sagüés, Néstor P., “Constitucionalismo social”, *cit.*, t. 2, p. 847.

⁹ Cfr. Goldschmidt, Werner, “La sociedad contemporánea: su no conformismo y su concepción de la justicia”, en *Justicia y verdad*, La Ley, 1978, pp. 498 y ss.

EL CURSO DE LOS DERECHOS

Desde el ángulo de la teoría constitucional, nuevas doctrinas convergen con un mismo objeto: la motorización de la Constitución, con un protagonista decisivo: el juez constitucional. Apuntamos algunas de ellas:

- a) la concepción de la Constitución —incluyendo también al Preámbulo— como norma jurídica, y no simple poesía constitucional. Norma imperativa, exigible, demandable;¹⁰
- b) la paulatina transformación de las antiguas “normas programáticas” en “normas operativas”, por ende, operables, actuables en la mayor medida en que puedan efectivamente cumplirse. Ocasionalmente ello es sostenido por la Constitución de modo contundente: “No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos” (art. 18 de la Constitución de Ecuador);
- c) la difusión de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, principalmente a partir del fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1969 que, en concreto, auspicia que los magistrados cubran el silencio legislativo inconstitucional —cuando el Congreso no dicta la legislación reglamentaria de la Constitución—, siempre que hubiere transcurrido un tiempo de mora inexcusable, haya directriz constitucional clara y pueda el poder judicial cubrir el vacío lagunoso traduciendo en hechos a la regla constitucional congelada por el ocio del legislador. Paralelamente, muchas constituciones incluyen preceptos destinados a combatir la violación —por omisión— de la Constitución;¹¹
- d) una mayor confluencia entre los deberes y las tareas constitucionales, con la tácita aceptación de que ambos, como obliga-

¹⁰ Véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1982, *passim*.

¹¹ Sagüés, Néstor P., “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 605 y ss., a cuya bibliografía nos remitimos.

Sobre los rotulados “derechos imposibles”

ciones constitucionales,¹² pueden dar lugar, para los perjudicados por su incumplimiento, a reclamos judiciales. Las meras y tibias “cláusulas anunciativas” de la Constitución pasan de tal modo a ser una regla jurídica más. El “auspiciar”, “promover”, “estimular”, “propiciar”, etc. se convierten en imperativos concretos del presente, y no en simples autoinvitaciones que el Estado podría satisfacer de modo *light*, a su placer, o transportarlas hacia el futuro remoto;

- e) la reducción de la superficie de las “cuestiones políticas no justificables” (*political questions*), acompañada de un mayor activismo judicial, fenómeno que estimula, cuando hay derechos constitucionales vulnerados de por medio, una actuación más comprometida de los magistrados para asegurar a tales derechos, por más que el Congreso o el presidente aleguen que se trata de dominios reservados a su exclusiva competencia;¹³
- f) el asombroso auge del derecho procesal constitucional, y de su renovado arsenal de procesos y recursos constitucionales —en particular, el amparo, el *habeas data* y el *habeas corpus*, y los mandamientos de ejecución—, para atacar las omisiones del Congreso y del presidente, o las negaciones que estos hagan de las promesas de la Constitución,¹⁴ y
- g) la presión del derecho internacional público —en particular, del derecho internacional de los derechos humanos—, cada vez más apremiante en la aplicación de los derechos provenientes de tal origen, incluso con la programación de recursos al respecto (por ejemplo, el “amparo interamericano” del art. 25 véase texto del Pacto de San José de Costa Rica), y de autoridades jurisdiccionales supranacionales —como la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, para asegurar la vigencia de tales derechos si los estados locales los omiten o niegan las vías procesales

¹² Cfr. sobre el tema Bidart Campos, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, pp. 36 y ss.

¹³ Una sintética descripción de la “judicialización” de cuestiones otrora no justificables en el caso argentino la hacemos en Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª ed., 2ª reimp., Astrea, 2013, t. 1, pp. 148 y ss.

¹⁴ Nos remitimos, asimismo, a nuestro trabajo “El desarrollo del derecho procesal constitucional: logros y obstáculos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, núm. 2, 2004, pp. 179 y ss.

para tornarlos efectivos —principio del efecto útil—. Coadyuva a ello una nueva disciplina, el derecho procesal transnacional, comprometido específicamente en tal empresa.¹⁵

5. BALANCE Y PROSPECTIVA. ¿QUÉ NO ES JUSTICIABLE?

En definitiva, el panorama contemporáneo se caracteriza —en muchas constituciones— por una llamativa proliferación —para algunos, sobrecarga excesiva— de derechos, en extensión y en profundidad —más derechos y derechos más desarrollados y con mayores ramificaciones—; y por otro, por una creciente demanda de cumplimiento de esos derechos. Actualmente, aun los derechos enunciados vagamente o proyectados por la Constitución hacia el futuro, son reclamados hoy por sus beneficiarios. La motorización de la Constitución, entendida esta como norma jurídica actuante, sea a través de la transformación de las antiguas cláusulas programáticas en operativas, sea por la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, sea por la teoría de las obligaciones constitucionales, o por pulsión del derecho internacional, es un hecho cada vez más pronunciado. Puede detectarse, de tal modo, un crecimiento muy exigente, cuantitativo y cualitativo, de derechos.

a) Todo esto promueve reflexiones acerca de qué derechos debe enunciar una Constitución. Una primera contención, de tipo cuantitativo, sería la siguiente: la Ley suprema, que debe ocuparse solamente de lo que es esencial para un Estado y la comunidad a la que se dedica, tiene que atender solamente a derechos fundamentales. No cualquier derecho, por más que sea legítimo, tiene que figurar en la Constitución. Ésta no tiene por qué ocuparse de temas infraconstitucionales. Si un derecho es aceptable pero de naturaleza subconstitucional, hay que ubicarlo donde corresponde —en la ley, por ejemplo—, pero no en la Constitución.

Un tema conexo es acerca de si todo derecho fundamental debe estar incluido en la Constitución cuando el Estado no puede afrontar materialmente su cumplimiento. Despejemos el supuesto de los derechos “imposibilitados”, o pseudoimposibles, que en verdad no son derechos imposibles, ya que si se programara inteligente y honestamente

¹⁵ Hitters, Juan C., “El derecho procesal transnacional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 387 y ss.

Sobre los rotulados “derechos imposibles”

el presupuesto oficial podrían cumplirse. Aludimos a ciertos derechos que, aunque fundamentales, un determinado Estado no está —fuera de toda duda— en condiciones de afrontarlos, por más que el Estado vecino sí pueda hacerlo.

Esto debe ser motivo de una seria reflexión por parte del constituyente. Él también debe manejarse con la regla de la previsibilidad;¹⁶ *i. e.*, que toda declaración constitucional debe estar precedida de un juicio prudencial acerca de su factibilidad y de sus costos. Prometer irreflexiva o dolosamente lo imposible puede ser causa de un daño fraude constitucional y, además, de un acto de dudosa moralidad jurídico-política, puesto que traspasará a los posteriores poderes constituidos —el presidente, el Congreso, los jueces— la solución de un problema insoluble que él, como poder constituyente, generó. Al mismo tiempo, la promesa de lo imposible crea falsas ilusiones y motiva más tarde crisis de expectativas que pueden culminar en un grave y lamentable descreimiento social en la Constitución y en la democracia. Vale decir, en una crisis sistémica.

El asunto se vincula con el *análisis de factibilidad* de un derecho. En concreto, del examen de factibilidad *ex ante*, o sea, antes que el mismo sea incluido en una norma —en nuestro caso, especialmente si es constitucional—, o antes de que se apruebe un tratado internacional que lo proclama. Se trata, por cierto, de evitar las “normas inútiles”, que podrán ser muy generosas pero que concluyen impracticables. Para ello, se impone realizar un *check list* de preguntas, que incluye averiguar cuáles son los efectos concretos que produciría la adopción de un derecho social, lo que equivale a una especie de análisis de “previsión del costo” y del “impacto de su regulación”, en una sociedad determinada. En este punto, debe alertarse, como escribe Luis Jimena Quesada, “que los redactores de las normas —sobre derechos sociales— no siempre se toman en serio el informe económico, acudiendo a fórmulas recurrentes y vacías de contenido mediante las cuales se afirma sin fundamento ni

¹⁶ El valor previsibilidad —que aconseja medir las consecuencias y verificar los resultados de una determinada opción— juega mucho en materia de interpretación constitucional, pero también es decisivo en el proceso de elaboración de las normas de la Constitución. Adoptar cláusulas constitucionales irrealizables no solamente es un pecado político, sino también jurídico, en cuanto se admita que el valor previsibilidad es asimismo un valor del derecho. Véase Sagüés, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, 1998, pp. 113 y ss.

EL CURSO DE LOS DERECHOS

credibilidad que la puesta en práctica de las normas de referencia no comporta gasto alguno”.¹⁷

b) Supóngase ahora, de todos modos, que el derecho presuntamente imposible está declarado en la Constitución y que los operadores primarios de ella —el presidente y el Congreso— no lo atienden, o lo hacen de modo insuficiente, argumentando carecer de los medios para ello, por más buena voluntad y malabares presupuestarios que puedan imaginarse, y por más austeridad y recortes que se hagan en otras áreas del gobierno.

Entramos en el terreno del análisis de factibilidad *ex post* de un derecho, esto es, después que ha sido normativamente consagrado. Naturalmente, el Estado tiene que realizar todos los esfuerzos posibles para instrumentarlo y cumplirlo, y su conducta, en este tramo, puede resultar judicialmente evaluada para acreditar su veracidad y acierto, y que “la justiciabilidad de los derechos sociales en juego se concrete en la opción más favorable a su garantía”, como propone el autor que citamos en último lugar.

En rigor de verdad, la única manera para comprender tal desatención estribaría en que el Estado argumente, de modo franco, con la convincente prueba y justificación del caso, que se encuentra ante una situación de imposibilidad material o de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, lindante con un genuino e insoslayable estado de necesidad, de tipo tensivo y crítico,¹⁸ que incluso podría rotularse de orden supraconstitucional, el que inexorablemente le está impidiendo obedecer a los preceptos constitucionales que proclaman aquel derecho. No sería bastante, al respecto, que el Estado diga que él debe cumplir con los derechos constitucionales de la manera y en la dosis que estime mejor y que, por ende, respecto de salud, por ejemplo, si una Constitución reconoce sin topes tal derecho a todos los habitantes, satisface a la Ley suprema con la cifra de dinero que discrecionalmente fije el presupuesto. Si el derecho está ilimitadamente reconocido en la Constitución debe efectivizarlo acabadamente, salvo que alegue, con

¹⁷ Jimena Quesada, Luis, “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”, en *Estudios de economía aplicada*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2009, vol. 27-3, pp. 757 y ss.

¹⁸ Sobre la naturaleza y el límite del derecho de necesidad nos remitimos a Sagüés, Néstor P., “Derecho constitucional y derecho de emergencia”, en *La Ley*, 1999-D-1036 y ss.

Sobre los rotulados “derechos imposibles”

fundamento, que material o racionalmente no está en condiciones de obedecer íntegramente a la regla constitucional.

c) El tercer y apasionante tema en debate es el de los roles del poder judicial y de los jueces constitucionales acerca de los “derechos imposibles”. ¿Deben ser ellos los autorizados para definir cuándo un derecho constitucional es realmente “posible”, o “imposible” —por auténtica imposibilidad material o racional de su cumplimiento—, o, por el contrario, que está culposa o dolosamente “imposibilitado” por quien hizo el presupuesto —o sea, que se trata de uno pseudoimposible—? Además, si concluyen esos mismos jueces en un proceso judicial específico que hay un derecho falsamente imposible —y, por ende, que es posible—, ¿cabe reputarlos autorizados para ordenar que los fondos para satisfacer a ese derecho, cuando se encuentren agotados o sean insuficientes en las partidas predispuestas oficialmente para ello, se extraigan mediante el desplazamiento de una partida a otra del presupuesto oficial, alterando entonces a este último —si el poder ejecutivo no lo hace por sí mismo—, “capturando” de tal modo dinero de la primera partida vulnerable que se encuentre a mano, o de la que reputen que debe afrontar la obligación estatal para la satisfacción del derecho en cuestión?

Aun para quienes admiten estas hipótesis de activismo judicial, en aras de garantizar efectivamente derechos constitucionales básicos concernientes a salud, vida, vivienda o alimentación,¹⁹ que de hecho resultarían superiores a principios tradicionales como que el presupuesto lo hace definitivamente el Parlamento, y que tal ley debe tutelar el equilibrio fiscal, la respuesta positiva no deja de provocar muchos interrogantes.²⁰

¹⁹ Véase por ej., Bidart Campos, Germán J., “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada en 1994”, en *Hechos y derechos*, núm. 7, 2000, Subsecretaría de Derechos Humanos, p. 45, y “El orden socioeconómico en la Constitución”, 1999, Ediar, pp. 341 y ss. En algunas sentencias (“Asociación Benghalensis”, “Campodónico”) la Corte Suprema de Justicia de la Argentina ha dado significativos pasos en la tutela del derecho a la salud y a la vida, por encima de las previsiones presupuestarias. Cfr. Sagüés, María S., “La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud”, en *JA*, 2001-III-1270.

²⁰ Un enfoque crítico que desconfía del activismo judicial para alterar la estructura de la realidad social y económica, ya que “interceptaría gravemente al mecanismo democrático”, puede hallarse en Laporta, Francisco A., “Sobre la protección constitucional de los derechos sociales”, en Congreso Internacional sobre la Reforma

EL CURSO DE LOS DERECHOS

Liminarmente, cabe apuntar que la invocación de un estado de necesidad por parte del presidente o del Congreso, en el sentido de que no puede cumplir —material o racionalmente— con un derecho reconocido en la Constitución, es un pronunciamiento —muy grave, por cierto— que otrora era concebido como *political question*, no justiciable. En efecto, desde siglos atrás se ha entendido que el Parlamento, como representante de la comunidad, es quien debe determinar de dónde se extraen los fondos del Estado, cuáles son los tributos y empréstitos adecuados, cuánto es lo que debe recaudarse y cómo se invierten tales recursos, partiendo del proyecto elaborado por el poder ejecutivo, que dispone de las oficinas técnicas especializadas pertinentes —que, a su turno, poseen una compleja infraestructura humana y tecnológica— para elaborar ese plan. Tanto el presidente como el Congreso, además, cuentan con una visión global, de tipo macropolítico, acerca de la compatibilización entre las distintas actividades del Estado —defensa, seguridad, economía, obras públicas, desarrollo, comunicaciones, justicia, relaciones exteriores, etc.—, las prestaciones sociales que debe realizar el gobierno y los medios económicos y financieros de que dispone.

Hoy, conforme a la cultura jurídica existente —que, sin embargo, puede variar de nación en nación—, es muy probable que tales competencias congresionales y ejecutivas serían objeto de algún tipo de revisión judicial de constitucionalidad, a fin de impedir la violación a los derechos constitucionales fundamentales. Naturalmente, la declaración presidencial o congresional en el sentido de que un derecho de tipo social solamente puede abastecerse hasta cierta medida, y que de ahí en más pasaría a perfilarse como “derecho imposible”, gozaría de presunción de legitimidad, pero *iuris tantum*, fiscalizable —muy cautamente, por cierto— por la magistratura constitucional, en función de su razonabilidad o irrazonabilidad. De haber dudas, como en cualquier caso de revisión judicial, habrá de estarse por la admisión de aquella declaración, y no por su rechazo.

Pero si los jueces constitucionales estiman, después de un juicio responsable y cuidadoso, que la reputación ejecutiva y legislativa de un derecho como “imposible” es incuestionablemente incorrecta y que, por ende, el derecho es “posible”, corresponde que ordenen efectivizarlo. Pero el problema no termina allí. En un sistema judicial de

de la Constitución. Elementos para una reforma de la Constitución, Presidencia de la Nación, t. I, p. 177.

Sobre los rotulados “derechos imposibles”

control difuso o desconcentrado de constitucionalidad de actos u omisiones estatales, tan divulgado en Latinoamérica mediante las acciones de amparo, pueden darse soluciones heterogéneas y dispersas, cuando no disímiles, por parte de diferentes magistrados, ya que se arbitrarían caso por caso, y, también, porque la “caza” judicial de partidas vulnerables de donde obtener el dinero, puede alterar la provisión de fondos para cubrir, a su turno, necesidades también sociales —como salarios, medicamentos, bibliotecas, obras públicas, administración de justicia, etc.— a las que podrían aludir las partidas entonces erosionadas por el quehacer judicial para cumplimentar con los derechos fundamentales espuriamente “imposibles”. El dinero, en efecto, no es infinito: lo que se obtiene para cierta partida disminuirá la de otra.

En ese orden de ideas, consentir que centenares o miles de jueces —que no son expertos en economía ni en contabilidad pública— puedan retocar cotidianamente al presupuesto oficial no es, por cierto, una buena muestra de orden financiero ni de, en su caso, equilibrio fiscal o administración ideal de la Hacienda Pública.

Es cierto que algunas leyes prevén, para atender sentencias en contra del Estado, ciertas partidas presupuestarias extras, o su consideración en el próximo presupuesto anual. Naturalmente, si las primeras son suficientes, el problema a que referimos desaparecería. Intuitivamente cabe conjeturar, no obstante, que esa suficiencia será difícil de hallar, particularmente en países con economías en crisis cuasiterminales. La otra ruta —derivar el problema al siguiente presupuesto— será por lo común inútil si se trata de derechos constitucionales cercanos a la vida, alimentación, vivienda o salud, que requieren una solución inmediata, y no el año que viene.

En resumen, no es sencillo encontrar en esta encrucijada una salida que deje conformes a todos sus protagonistas ni a todos los valores y derechos en juego. Ella puede principiar por un acto de sinceramiento constitucional: en un obligado acto de lealtad jurídico-política no cabe prometer en la Constitución, ni comprometerse en tratados internacionales, más de lo que el Estado pueda razonablemente cumplir. Puede continuar con otro cambio de mentalidad: que el Estado diseñe su presupuesto para cumplir honestamente con lo por él prometido en su Constitución, orientando sus recursos a tales fines, ya que sus promesas constitucionales no son frases triviales ni discursos de circunstancias, *pour la galerie*. Finalmente, si el Estado se ha extralimitado en

EL CURSO DE LOS DERECHOS

sus promesas porque aseguró realizar lo genuinamente irrealizable, corresponde reconocer también una suerte de *default* constitucional: la imposibilidad material o racional de cumplir con una regla constitucional, cosa que implica invocar y demostrar con total responsabilidad, fuera de toda duda y plenamente, un grave estado de necesidad superior quizá a la misma Constitución. Todo ello sometido a un control judicial de constitucionalidad imparcial y realista, que categorice las obligaciones constitucionales del Estado y que también, respecto de derechos constitucionales fundamentales, deberá —llegado el caso— consumir con prudencia modificaciones directas o indirectas del presupuesto cuando declare admisibles las acciones de amparo o los recursos de constitucionalidad destinados a tutelar aquellos derechos fundamentales.

La polémica, sin embargo, no ha concluido. Sigue abierta y probablemente resulte, en estos años, el tema más acuciante y ríspido del derecho constitucional latinoamericano.