



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

Trabajo de graduación

***“El costo de los derechos constitucionales: derechos negativos y
derechos positivos ¿Distinción superflua?”***

Autor: José María Martín

Legajo: 28069

Mentor: Martín Farrell



Universidad de
San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

Trabajo de graduación:

“El costo de los derechos constitucionales: derechos negativos y
derechos positivos ¿Distinción superflua?”

Mentor: Martín Farrell

Autor: José María Martín

Legajo: 28069

Agradecimientos

*A mis padres, Alejandra y Ángel, por inculcar en mí valores y pensamiento crítico.
Sin su esfuerzo y dedicación, además de la educación que pacientemente me
brindaron, ésto sería imposible..*

*A mis abuelos, Amelia y Pedro, por acompañarme en este proceso y brindar
certidumbre en los momentos oportunos. Su apoyo fue vital en el camino.*



Universidad de
San Andrés

Índice

Sobre la Libertad	3
I - Libertad de los modernos y los antiguos	4
II - Libertad positiva y negativa	6
Derecho e igualdad	15
I - ¿Qué es tener un derecho?	15
II - Igualdad en la Constitución Argentina	17
El costo de los derechos	22
I - Relación entre bienes públicos y eficiencia	22
II. Derechos Positivos y Negativos	26
Bibliografía:	28



Universidad de
San Andrés

Sobre la Libertad

I - Libertad de los modernos y los antiguos

La búsqueda de la libertad es constante en la historia del hombre, representa un valor con el que difícilmente se pueda estar en contra, siendo muy propicio a ser utilizado en el discurso político.¹ Sin embargo, su conceptualización resulta controvertida y algunas de sus definiciones son incompatibles entre sí. Un hito en el debate teórico es el aporte de Benjamin Constant (2010) a la discusión, en sus palabras: *“La libertad no es otra cosa que lo que los individuos tienen el derecho de hacer, y lo que la sociedad no tiene el de impedir”*.² Constant refuta la postura del contrato social de Rousseau y centra sus preocupaciones en los límites al poder político, para él la amenaza a la libertad no reside en el depositario del poder, sino, en cuánto poder posee aquél que lo detenta.

¹ Malinowski, Bronislaw *“Libertad y Civilización”* (Buenos Aires, 1948). p. 36 “La libertad como fuerza impulsora del proceso cultural nos desafía también, teóricamente, por ser la más difícil de definir. Los filósofos y pensadores políticos, teólogos y psicólogos, estudiosos de la historia y la moral, han usado esta palabra con un alcance de sentidos hartamente amplio. Esto se debió en gran parte al hecho de que la palabra libertad, por razones muy definidas, tiene una seducción sentimental y un peso retórico que hacen muy cómodo su uso en la arenga, en el sermón moral, en la exhortación poética y en el debate metafísico.”

² Constant, Benjamin (2010), p31.

La legitimidad del pueblo, como quien dispone originariamente el poder político, no se encuentra en discusión para Constant, sí el alcance de dicho poder. En este sentido piensa que Rousseau cometió un error al creer que la soberanía popular, el poder (ilimitado) de la voluntad general del pueblo como ser social, no resultaría opresora de sus propios miembros.³ Además, se encuentra en disenso con Montesquieu porque éste desconoce los límites de la autoridad pública y confunde las nociones de libertad y garantía.⁴ Constant separa el concepto según su temporalidad y distingue dos tipos de libertad: la de los modernos y la de los antiguos.⁵ La libertad de los modernos se materializa a través de las garantías institucionales, que deben tender a la paz y a la independencia privada. La libertad de los antiguos se ejerce de forma colectiva y directa, en este caso, es más importante la pertenencia al cuerpo social que los derechos individuales. Dentro del esquema de Constant la libertad, de los modernos, es tanto obligación como ejercicio. Los

³ Berlin, Isaiah. Liberty. p, 209. “ Constant saw in Rousseau the most dangerous enemy of individual liberty, because he had declared that ‘In giving myself to all, I give myself to none’. Constant could not see why, even though the sovereign is ‘everybody’, it should not oppress one of the ‘members’ of its indivisible self, if it so decided.”

⁴Constant, Benjamin (2010, p 30) “Por otra parte, el Sr. Montesquieu, en su definición de la libertad desconoció todos los límites de la autoridad política. La libertad, dice, es el derecho de hacer lo que las leyes permitan. Sin duda, no hay libertad cuando los ciudadanos no pueden hacer todo cuanto las leyes no prohíben; pero las leyes podrían prohibir tantas cosas que no habría libertad.[...] El Sr. de Montesquieu, a mi juicio, como la mayoría de nuestros escritores políticos parece haber confundido dos cosas: la libertad y la garantía. Los derechos individuales son la libertad; los derechos sociales son la garantía ”

⁵Constant, Benjamin. (2013, p 88)“ El objetivo de los antiguos era el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria; eso era lo que llamaban libertad. El objetivo de los modernos es la seguridad en el goce privado y llamamos libertad a las garantías concedidas por las instituciones para ese goce”

individuos no renuncian a su parte de poder político, para contar con la facultad de auditar las acciones de sus representantes y defender sus libertades, por lo que cobra mayor relevancia el sistema de frenos y contrapesos.

Jhon Stuart Mill también centra sus preocupaciones en los límites al poder político, destaca que, en la lucha por la libertad, al comienzo ésta era entendida como la protección contra la tiranía de los políticos. Luego, la concepción de libertad del ‘pueblo’ fluctuó hacia establecer límites al poder de quien gobierna sobre ellos. Primero, con el reconocimiento de una esfera infranqueable de derechos y garantías que el gobernante no puede infringir. Segundo, creando un sistema de pesos y contrapesos con un cuerpo dotado para representar los intereses de la comunidad.⁶ El principio de daño propuesto por Mill representa los límites del poder político sobre la comunidad, estableciendo que la única excusa para interferir con la libertad de un tercero, y obligarlo a actuar contra su voluntad, es la prevención de un

⁶Mill, John S.. “On liberty”. pp 6 - 7 “the aim was to set limits to the power which the ruler should be suffered to exercise over the community. First, by obtaining a recognition of certain immunities, called political liberties or rights, which was to be regarded as a breach of duty in the ruler to infringe, and which if he did infringe, specific resistance, or general rebellion, was held to be justifiable. A second, and generally a later expedient, was the establishment of constitutional checks, by which the consent of the community, or of a body of some sort, supposed to represent its interests, was made a necessary condition to some of the more important acts of the governing power.”

daño.⁷ El individuo posee una esfera de privacidad donde es completamente soberano y la sociedad no tiene el derecho de intervenir, incluso alegando el bien del propio agente.

II - Libertad positiva y negativa

Un punto de inflexión en la evolución del concepto de libertad es la visión propuesta por Isaiah Berlin, quien intenta esclarecer qué concepto debe entenderse por libertad, ya que, la concepción adoptada condiciona la elección de un sistema político sobre otro. Su tesis es un ataque hacia el monismo, ya que Berlín era partidario del pluralismo de valores.⁸ De acuerdo a Lukes Shaw (1994), el pluralismo de Berlin posee las siguientes características: (I) pluralidad, los valores de libertad, igualdad, justicia son distintos y no derivados de un único principio; (II) incompatibilidad, dichos valores no pueden ser realizados simultáneamente en una sociedad, aunque

⁷ Mill. P 13: "That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant".

⁸ Lukes, S 1994: "The framework under attack he variously calls 'monism', the *philosophia perennis*, the old perennial belief in the possibility of realising ultimate harmony the 'platonic ideal' that 'as in the sciences, all genuine questions must have one true answer and one only, all the rest being necessary errors, ... that there must be a dependable path towards the discovery of these truths, ... [and] that the true answers, when found, must necessarily be compatible with another."

todos pueden ser loables; (III) incomparabilidad, los valores no son juzgables con relación a otros; (IV) inconmensurabilidad, no hay una manera objetiva de medir su importancia.⁹ Estas características sirven de fundamento para su conceptualización de la libertad.

Berlín advierte que su análisis será limitado a dos 'sentidos' de la palabra. Así, enuncia su concepto de Libertad compuesto de dos principios. El primero, entendido según su faz negativa; el segundo, abordado desde su faz positiva. A diferencia de Constant, quien distingue a la Libertad según su temporalidad (antiguos y modernos), Berlín separa a la libertad en su aspecto ideológico, además, destaca que se deben llamar a las cosas por su nombre y no confundir los valores entre sí.¹⁰

La libertad negativa se encuentra íntimamente relacionada con la idea de interferencia, mis acciones son libres siempre que ningún tercero interfiera con ellas, por oposición, no soy libre cuando mis acciones, y posibilidades de cumplir un objetivo, sufren la obstrucción deliberada de un tercero.¹¹ En este sentido, si una norma prohíbe cierta actividad, yo no tengo la libertad negativa

⁹ Lukes, S 1994 *The singular and the plural* P (90-91)

¹⁰ Berlín. Liberty. P.172. "Everything is what it is: liberty is liberty, not equality or fairness or justice or culture, or human happiness or a quiet conscience."

¹¹ Berlín, P. 3 "I am normally said to be free to the degree to which no man or body interferes with my activity.[...] If I am prevented by others from doing what I could otherwise do, I am to that degree unfree; and if this area is contracted by other men beyond a certain minimum, I can be described as being coerced, or, it may be, enslaved."

para realizar la actividad en cuestión. Las normas conceden libertades negativas, y éstas constituyen una esfera de no intervención por parte de terceros. Como destaca Farrell (1998), la libertad negativa no se encuentra relacionada con hechos naturales o capacidades físicas, si yo no puedo correr un kilómetro por segundo es absurdo decir que no tengo la libertad de hacerlo.¹² Berlín distingue la coerción de la incapacidad, la coerción implica la interferencia deliberada de un tercero en un espacio en el que, sin su interferencia, uno podría actuar libremente.¹³ Las restricciones que no provengan de la coerción deberían considerarse simplemente una incapacidad. Recapitulando, a mayor espacio de no interferencia, mayor es mi libertad negativa, entendiendo a la restricción como una interferencia deliberada de un tercero. La libertad negativa requiere una esfera de libertad individual, mínima, donde el individuo puede actuar en ausencia de coerción, lo que implica una distinción entre un espacio público y un espacio privado. Sin embargo, el espacio de libertad no puede ser ilimitado debido a que tiene a la superposición con la libertad de otros. Las leyes sirven para delimitar correctamente los espacios mencionados, debiendo abstenerse de perturbar la esfera privada de los individuos, dejando claro las restricciones y la escala de valores aplicable.

¹² Farrell, Martin. Libertad negativa y libertad positiva, Buenos Aires. 1998. p 2.

¹³ Berlin, Isaiah. Two concepts of liberty. p 3. "Coercion is not, however, a term that covers every form of inability."

En su faz positiva, la libertad se encuentra asociada al deseo del individuo de ser su propio amo y decidir por sí mismo. Libertad vista como 'auto-realización' o auto-gobierno. Para Berlin (citando a Kant), el paternalismo es el mayor despotismo, por tratar a los hombres como si no fueran libres.¹⁴ El gobernante al imponer metas 'superiores' que él puede apreciar, mas el individuo no, está negando la esencia del hombre y tratándolo como un objeto sin voluntad.¹⁵ La *auto-realización* del individuo alude a una situación donde el agente es el propio juez de su plan de vida y deseos, dejando de lado la consideración deontológica de *auto-realización*, como mejor realización potencial del hombre. El individuo debe elegir su plan de vida libremente y la sociedad debe limitarse a brindar la mayor cantidad de opciones posibles, evitando inculcar en él valores contrarios a sus convicciones.

Universidad de
San Andrés

¹⁴ Berlin, Isaiah Ob. Cit. P 203. "This gives a far wider than a purely rationalist sense to Kant's remark that paternalism is 'the greatest despotism imaginable'. Paternalism is despotic not because it is more oppressive than naked, brutal, unenlightened tyranny, nor merely because it ignores the transcendental reason embodied in me, but because it is an insult to my conception of myself as a human being, determined to make my own life in accordance with my own (not necessarily rational or benevolent) purposes, and, above all, entitled to be recognised as such by others."

¹⁵ Berlin, Isaiah. Two concepts of liberty. P 11. "But to manipulate men, to propel them towards goals which you --the social reformer-- see, but they may not, is to deny their human essence, to treat them as objects without wills of their own, and therefore to degrade them. That is why to lie to men, or to deceive them, that is, to use them as means for my, not their own, independently conceived ends, even if it is for their own benefit, is, in effect, to treat them as sub-human, to behave as if their ends are less ultimate and sacred than my own."

La dificultad, respecto de la libertad positiva, no radica en determinar un criterio de distinción respecto de su faz negativa, sino que radica en lograr establecer en qué momento una voluntad se determina ella misma, al respecto Bobbio (1993) afirma:

En filosofía se recurre generalmente a la distinción entre dos diferentes 'yo', uno más profundo, el verdadero yo, y uno más superficial, o yo aparente y ficticio, entre el yo racional y yo instintivo, y se considera libre la voluntad que obedece al primero antes que al segundo. En la teoría política se recurre a la distinción entre voluntad colectiva o 'general' (usando la expresión rousseauiana, que sería la verdadera voluntad del cuerpo social, y la voluntad individual, es decir, la de los ciudadanos singulares tomados individualmente; y se considera libre la voluntad que también en este caso obedece a la primera y no a la segunda.

Así, la libertad positiva encuentra su justificación a través de distintos "yo" -Self-, o distintas nociones de "yo", un "yo empírico" y un "yo real".¹⁶ El yo empírico es un esclavo de los placeres y no ha logrado controlar sus impulsos racionalmente, mientras que el yo real es un yo ideal asociado a la

¹⁶ Berlin, Isaiah. Liberty P 179: "This dominant self is then variously identified with reason, with my 'higher nature', with the self which calculates and aims at what will satisfy it in the long run, with my 'real' or 'ideal', or 'autonomous' self, or with my self 'as its best'; which is then contrasted with irrational impulse, uncontrolled desires, my 'lower' nature, the pursuit of immediate pleasures, my 'empirical' or 'heteronomous' self, swept by every gust of desire and passion, needing to be rigidly disciplined if it is ever to rise to the full height of its 'real' nature."

auto-realización, como mejor realización potencial de la persona. Al hablar de “yo empírico” se hace referencia al individuo, y al hablar de “yo real”, se está hablando de un ente social, donde el individuo es parte de un colectivo que se identifica como verdadero y sabe qué es lo mejor. Aquí reside el principal problema de la libertad positiva para Berlín, la construcción de un ‘yo ideal’, que conoce los verdaderos objetivos de la existencia y los medios para lograr la auto-realización, implica que todo individuo excluido de dicho ‘yo’ ignora los objetivos reales. Por ello, es posible que el ser ideal, al conocer los verdaderos valores y objetivos, intente forzar a los individuos ‘ignorantes’ a hacer lo que es ‘verdaderamente bueno’ para ellos.¹⁷ Berlín destaca que algunos autores liberales pudieron prever que la libertad positiva puede destruir algunas libertades negativas y que la soberanía de la gente puede destruir a la soberanía individual.¹⁸ Cabe destacar que, para Berlín, puede ser perfectamente loable sacrificar libertad en favor de obtener igualdad, o el valor que se nos ocurra, mas hay que ser conscientes de dicha pérdida y no confundir los valores.

¹⁷ Berlin, Isaiah. Liberty. P 184. “In the name of what can I ever be justified in forcing men to do what they have not willed or consented to? Only in the name of some value higher than themselves. But if, as Kant held, all values are made so by the free acts of men, and called values only so far as they are this, there is no value higher than the individual.”

¹⁸ Berlin, Isaiah. Liberty. p, 208. “The liberals of the first half of the nineteenth century correctly foresaw that liberty in this ‘positive’ sense could easily destroy too many of the ‘negative’ liberties that they held sacred. They pointed out that the sovereignty of the people could easily destroy that of individuals.”. En la misma dirección, Juan Bautista Alberdi en su discurso “La omnipotencia del estado es la negación de la libertad individual” (1880).

Otra complicación inherente al concepto de libertad positiva es definir el alcance, y contenido, de la “auto-realización”. La libertad negativa es condición necesaria para la libertad positiva, sin embargo no es suficiente para garantizarla. Farrell remarca que, el hecho de que la libertad negativa se presenta como condición necesaria para la libertad positiva de cada individuo, no implica que ésta sea condición necesaria para la libertad positiva del grupo social, de todos los individuos. La interrogante planteada por Farrell es la siguiente: “¿Puede limitarse la libertad negativa de algún sector de la población para aumentar la libertad positiva de otro sector?”.¹⁹ El filósofo responde afirmativamente, como justificación propone un escenario en donde el contexto es el siguiente: “En ella, el 95 por 100 de la población tiene ingresos que alcanzan solo para satisfacer sus necesidades elementales (no intentaré aquí establecer cuáles pueden ser esas necesidades), mientras que el 5 por 100 restante posee ingresos que le permitan vivir una vida más que holgada.”. En la sociedad propuesta, la libertad negativa es distribuida igualitariamente y en abundancia, todos cuentan con idénticas libertades negativas. No sucede lo mismo con la libertad positiva, ya que solo el 5 por 100 que vive holgadamente disfruta de los medios económicos para perseguir la auto-realización. Es manifiesto que, limitando el análisis a la distribución de

¹⁹ Farrell, Martin. *Libertad positiva y libertad negativa*. (Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1998) p, 14.

libertad negativa, la sociedad cuenta con un grado satisfactorio de distribución. En cambio, cuando se analiza desde el punto de vista 'positivo', entran en consideración factores económicos y la distribución no parece ser satisfactoria. Para Farrell (1989), la solución consiste en una redistribución del ingreso por vía impositiva, admite que esto limitaría tanto la libertad negativa del grupo 'gravado' como la libertad positiva de éste, mas la justificación de la solución radica en que los efectos deseables compensan los indeseables. Los individuos que serían beneficiados por el gravamen ven incrementada su libertad positiva, mientras que su libertad negativa se mantiene igual, permitiéndoles concebir planes de vida tendientes a su propia auto-realización y justificando la pérdida de libertad -negativa y positiva- por parte del grupo gravado. El incremento neto de la libertad en el ejemplo propuesto por el jurista se demuestra teniendo en cuenta "los números" puesto que solo se limita la libertad de un 5 por 100 de los ciudadanos, además, debido a la enorme brecha en la distribución de la riqueza, basta con aplicar el 'principio de la utilidad marginal decreciente del dinero'²⁰ para concluir que libertad se ve aumentada. La consecuencia es que los individuos 'gravados' ven limitado el espectro de sus planes de vida, sin embargo, retendrán suficiente para tender hacia su auto-realización; mientras que el grupo 'beneficiado', podrá *"por primera vez, formular planes de vida que, por*

²⁰ Entre más dinero posea un individuo menor será la felicidad o utilidad obtenida por cada unidad monetaria adicional

*lo menos, contribuyan en algo a la auto-realización de sus miembros.”*²¹ Un efecto colateral de dicha redistribución es la ‘revaloración’ de la libertad negativa debido a que, antes de poner en acción el impuesto, el 100 por 100 de la sociedad en cuestión contaba con libertad negativa, mas al 95 por 100 esa libertad no le era útil en la formulación de un plan de vida, por no contar con los recursos económicos suficientes. Luego de la aplicación del gravamen, la libertad negativa cobra una nueva dimensión y es posible mostrar a los individuos -pertenecientes al 95 por 100- que ellos requieren de libertad negativa, ya que ésta es condición necesaria para el ejercicio de la libertad positiva. A su vez la clase ‘gravada’ se ve beneficiada, en el largo plazo, por la estabilidad en la sociedad y previniendo futuros conflictos sociales. De esto se desprende que la libertad negativa y la libertad positiva se presentan como complementarias, al respecto Bobbio argumenta qué: “*La verdad es que las dos libertades no son en absoluto incompatibles, digan lo que digan los rígidos defensores de una y otra. No sólo no son incompatibles sino que se refuerzan una a la otra.*”. La libertad positiva, es “más peligrosa” debido a que cuenta con la particularidad de que algunos ideales de ella, *prima facie*, pueden parecer promotores de la libertad, pero en el fondo sostienen la concepción atribuida al ‘monismo’, según la cual, la sociedad puede armonizar y ser compatible respecto de todos los deseos y

²¹ Farrell, Martin. *Libertad positiva y libertad negativa*. (Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1998) p, 16

necesidades de los individuos. Como se ha mencionado, Berlín rechaza esta idea del monismo por creer que el conflicto entre partes nunca podrá ser eliminado de la sociedad.

Cabe destacar que la libertad positiva no califica a la acción humana sino a la voluntad del agente que toma la decisión, la acción se presenta como 'libre' siempre que no se encuentren restricciones, la voluntad se presenta como libre cuando el agente es capaz de autodeterminar su curso de acción. Nino alega que: "Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado y los demás individuos no debe interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución."²². El foco se encuentra en la autonomía del individuo. Por ello, no se puede lograr el objetivo solo estableciendo límites normativos, debido a que los obstáculos que impiden ser autónomos, o tender hacia la concreción de un plan de vida seleccionado libremente, pertenecen a la realidad económica y social de cada agente. La libertad negativa -o derechos negativos- es condición necesaria para que los individuos puedan ser autónomos, pero no son suficientes. Se requiere de medios materiales o condiciones para poder concebir un plan de

²² Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, p. 135.

vida que implique nuestra auto-realización. El individuo debe ser capaz de construir un plan de vida, sin importar lo excéntrico que sea, y contar con la posibilidad de materializar dicho plan. Cada individuo decide de qué manera hacer su vida valiosa y el Estado debe limitarse a, primero, respetar en el mismo grado todos los planes de vida , segundo, respetando la elección de las personas..²³

Derecho e igualdad

I - ¿Qué es tener un derecho?

Siguiendo a Kelsen , tener un derecho subjetivo no es otra cosa que la contracara de una obligación -o derecho reflejo-, que puede consistir en una abstención o una prestación.²⁴ Los derechos subjetivos no son concebidos como derechos activos, sino derechos pasivos -derecho a que se respete una situación o recibir algo por parte de otro- conferidos por normas jurídicas. Un ciudadano posee un derecho subjetivo frente a otro sólo cuando el último

²³ Ronald Dworkin. Justice for Hedgehogs. p. 2. “No government is legitimate unless it subscribes to two reigning principles. First, it must show equal concern for the fate of every person over whom it claims dominion. Second, it must respect fully the responsibility and right of each person to decide for himself how to make something valuable of his life.”

²⁴ Hans Kelsen, teoría pura del derecho (1991), pp 139-142.

tenga la obligación de realizar una acción o abstención frente al primero. Así, el derecho subjetivo se configura una vez que, quien posee el derecho cuenta con la facultad de demandar al Estado su cumplimiento cuando éste se encuentra conculcado.

El derecho subjetivo, no es otra cosa que la obligación de un tercero.²⁵ Por lo que hablar de un una obligación jurídica, o la conducta obligada, es referirse a la conducta de un tercero opuesta a aquella que es condición para lo que es debido (la sanción).²⁶ Dicha obligación, o deber jurídico, sólo puede ser estatuida mediante una norma jurídica válida y, en el caso que exista una obligación sin sanción, debe ser considerada como jurídicamente irrelevante.

²⁷ El filósofo enfatiza que los legisladores pueden llevar a cabo actos, ejecutados en un procedimiento conforme a la norma fundante, cuyo sentido subjetivo sea una norma que obliga a determinada conducta, sin que se lleve a cabo otro acto, cuyo sentido subjetivo sea una norma, que estatuye un acto

²⁵Obra citada. p. 140: “Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes cuando solo se da una.”

²⁶ Ob. cit. p. 39 “Cuando un sistema social, como el orden jurídico, obliga a una conducta en cuanto estatuye para el caso de la conducta opuesta una sanción, cabe describir la situación mediante una proposición que enuncia que, en caso de una determinada conducta, debe producirse una determinada sanción. Con ello ya queda dicho que la conducta que es condición de la sanción se encuentra prohibida, y su contraria es obligatoria.”

²⁷Kelsen, Hans (1991) “Sucede entonces que, si la norma fundante presupuesta se formula como una norma que estatuye un acto de coacción, el sentido subjetivo del acto en cuestión no puede ser considerado su sentido objetivo; la norma que constituye su sentido objetivo no puede ser interpretada como una norma jurídica, sino que tendrá que ser vista como jurídicamente irrelevante.”

coactivo para el caso de darse la conducta contraria. Además, advierte que una ley puede ser promulgada haciendo caso a los mecanismos constitucionales y tener un contenido que no represente una norma -que exija, permita o autorice una conducta humana-, sino que exprese contenidos relacionados a valores deontológicos o políticos.²⁸

Los derechos son facultades o prerrogativas que la Constitución reconoce a sus titulares. Se trata de bienes públicos cuya calidad, extensión y protección depende de los recursos dedicados a ellos. Entonces, existe un derecho –o deber jurídico– gracias a que una norma jurídica sanciona la conducta opuesta y éste es efectivizado cuando se han destinado recursos para su protección. Un derecho puede ser entendido como: una posición subjetiva que encuentra su fundamento en una norma jurídica constitucional y donde los individuos se encuentran en relación con el Estado. Esto implica que la protección de los derechos supone una mínima estructura estatal tendiente a prestar los servicios necesarios para la efectivización del derecho en cuestión. La existencia de un derecho se subordina a la existencia del Estado, y de la Constitución.

²⁸ Hans Kelsen (1991, p. 65) “Bajo la forma de una ley promulgada constitucionalmente, el jefe del Estado puede recibir, con motivo de su jubileo en el gobierno, los buenos augurios de la nación, justamente para dar a esa expresión de beneplácito una forma especialmente solemne.”

II - Igualdad en la Constitución Argentina

La Constitución Argentina establece un sistema democrático personalista, en él los valores de libertad e igualdad se encuentran indisolublemente ligados, aunque representan valores diferentes, y colisionan constantemente, son complementarios. Bobbio (1993) destaca que la igualdad se trata de una relación, soy igual en relación a otra persona. La igualdad se relaciona, necesariamente, con otros derechos, por ello la premisa “x es igual” no tiene sentido, mientras que “x es libre” sí lo tiene, la manera correcta de expresar la relación es decir “x es igual a z”.

El principio de Igualdad receptado por el texto Constitucional presenta una doble dimensión. Por un lado, se establece la igualdad ante la ley -igualdad de *iure*- que se traduce en igualdad en la aplicación de normas jurídicas e igualdad de derechos, todos los ciudadanos deben contar con un espacio imperturbable igual.²⁹ Los espacios de libertad deben ser distribuidos de

²⁹ En este sentido, el Pacto de San José de Costa Rica en su Art 24 establece que “todas las personas son iguales ante la ley, tribunales y cortes de justicia”, sus Arts 26 y 27 vuelven a tratar el tema; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art. 2, Inc. 2 y Art. 3. En la normativa argentina, la ley 23.592 en su Art. 1 demanda “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.”.

manera equitativa, no debe haber privilegios arbitrarios entre los individuos. El hecho de que existan grupos privilegiados arbitrariamente es incompatible con la vida en un sistema como el establecido por la Ley Suprema. Por otro lado, se encuentra la igualdad real de oportunidades, que se encuentra relacionada con la libertad positiva.

La igualdad jurídica se encuentra receptada en el Art. 16 y posee un contenido negativo. No permite que el Estado realice distinciones en la aplicación de la ley, que brinde privilegios a algunos individuos por sobre otros y establece que la base de los impuestos, y cargas públicas, debe ser la misma. Sin embargo, no se trata de una igualdad de derechos absoluta, la igualdad jurídica es entendida como igual trato ante circunstancias o situaciones iguales, por lo que las discriminaciones erigidas con base en una causa razonable no se encuentran en conflicto con el Art. 16. Solo son consideradas inconstitucionales cuando la discriminación se basa en “clases sospechosas” o perpetúa un privilegio indebido. Atendiendo a la jurisprudencia de La Corte, en “Caile, Eduardo”, se dictamina que *“La garantía de igualdad que la Constitución consagra en el art. 16, ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación en reiterados fallos “no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los*

casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ella, y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social.”, en “Montalvo”, *“La garantía de igualdad ante la ley importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales condiciones”*.

La igualdad real de oportunidades -igualdad de hecho- se traduce en la adopción de acciones afirmativas -o derechos positivos- por parte del Estado, hacia sectores menos favorecidos. Los derechos sociales se asocian a la igualdad real de oportunidades, los legisladores son quienes deben promover las medidas positivas tendientes a la igualdad mencionada, según el Art. 75 Inc. 23 de la Ley Suprema: *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”*³⁰ En este caso, la acción positiva representa un trato desigual, o preferencial. El fundamento de dichas acciones radica en el hecho de que se encuentran dirigidas a grupos vulnerables y son tendientes a equilibrar la igualdad de

³⁰ El Art. 75 Inc 19 establece que el Congreso debe sancionar leyes tendientes a asegurar la igualdad real de oportunidades. El Art. 37, en su segundo párrafo también menciona la igualdad real de oportunidades.

hecho, se aumenta la libertad positiva del grupo en cuestión. En *“Ekmekdjian c. Sofovich”* la Corte alude a las acciones afirmativas en su Considerando 22: *“Que en dicha Opinión Consultiva la Corte Interamericana sostuvo que “todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueran necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin”*. El deber de aplicar acciones positivas tendientes a modificar la realidad socio-cultural también se puede ver en la *“Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”*, aprobada por ley 23.179, en sus artículos 5, 6, 7 y 8 (entre otros).

La Corte ha desarrollado un criterio de “escrutinio estricto” para atender a los casos en que se encuentra en conflicto el derecho a la igualdad, o una persona es tratada en forma desigual, este estándar es aplicado en *“Hooft”*, en su considerando 5 el *Máximo Tribunal* resuelve *“Que, en consonancia con lo antes expresado, esta Corte resolvió en Fallos: 321:194, (caso “calvo y Pesini”)* -donde se trataba de una ley cordobesa que impedía integrar la plana de los hospitales provinciales a quienes no eran argentinos- que parecía propio exigir una *“justificación suficiente de la restricción”*, extremo que no había sido satisfecho por la demandada *“ilimitada a una dogmática afirmación de su postura[...]*”. En el siguiente considerando establece que *“la*

mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. Debe existir una adecuación medio fin efectiva, los medios utilizados deben ser “sustanciales” y, además, no deben existir alternativas menos lesivas. Es un estándar que demanda un trabajo argumentativo exhaustivo, su aplicación se ha dado en casos en que el actor pertenece a una categoría que recibía un trato diferente, discriminatorio, por parte de una norma general.

La doble imposición del principio de igualdad constitucional exige equiparar y diferenciar. Esto significa que, un tratamiento aritméticamente igual ignora las diferencias relevantes que presentan los individuos y su aplicación conduce a una distribución ineficiente. Las discriminaciones fundadas y tendientes a

equiparar las condiciones materiales, mediante la preferencia de un grupo sobre otro, no se encuentran en conflicto con la Ley Suprema. De hecho la misma Constitución prevé casos en los que el Estado debe realizar distinciones tendientes a equiparar la igualdad real de oportunidades. Según la Constitución Argentina el Estado debe asegurar la libertad negativa de sus súbditos y promover la libertad positiva de aquellos habitantes desaventajados, o que no cuentan con los recursos suficientes para ejercer dicha libertad. Siempre en vista al principio de razonabilidad receptado en el Art. 28.

El costo de los derechos



Universidad de

San Andrés

I - Relación entre bienes públicos y eficiencia

Existen bienes que, por su naturaleza, no son, o no pueden ser, suministrados por el mercado, por representar economías de escala por ejemplo. Éstos son denominados bienes públicos, cuentan con dos características fundamentales: (i) El costo marginal por incluir a un individuo es nulo y (ii) es prácticamente imposible, o excesivamente oneroso, excluir a alguien de su disfrute. Los bienes públicos, en gran parte, justifican el

accionar estatal, y con ello la recaudación de impuestos para su financiación. La provisión de dichos bienes produce externalidades tanto positivas como negativas. Un ejemplo de externalidad negativa es el caso en que un individuo, u organización, contamina un recurso natural -agua, aire, tierra- imponiendo costos a terceros que no se benefician directamente del accionar del agente, las externalidades negativas representan la traslación de costos hacia terceros. Las externalidades positivas representan beneficios para la sociedad, al contrario de las externalidades negativas, las externalidades positivas significan una consecuencia útil a la sociedad. Asimismo, se puede incurrir en dos tipos de costo, el costo 'social', aquel que disminuye la riqueza de la sociedad, y el costo 'privado', solo redistribuye la riqueza.³¹

La clave del crecimiento reside en una organización eficaz, y uso eficaz de los recursos, de acuerdo a North y Thomas (1973) *“Una organización eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios”*. El uso eficiente de los recursos requiere de la creación de derechos exclusivos, que sean transferibles.³² La

³¹ North y Thomas, “el nacimiento del mundo occidental” p, 8: *“Los beneficios o costos privados son las ganancias o pérdidas de quien participa individualmente en cualquier transacción económica. Los costos o beneficios sociales son los que afectan al conjunto de la sociedad”*.

³² Posner, Richard, “Análisis económico del derecho” p, 39.

creación de un sistema institucional debe tender a incentivar que la propiedad sea utilizada productivamente. Así lo destaca Adam Smith (2019) *“En la medida que todo individuo procura en lo posible invertir su capital en la actividad nacional y orientar esa actividad para que su producción alcance el máximo valor, todo individuo necesariamente trabaja para hacer que el ingreso anual de la sociedad sea el máximo posible.”*³³. Sin embargo, un sistema de recaudación, u organización, ineficiente puede ser favorable para un gobernante que maximice los recursos, de acuerdo a Sola(2013), respecto de la teoría de North:

*En este modelo sencillo hay dos limitaciones que el gobernante debe observar: 1. El grado de competencia política frente a sus rivales y a otros Estado, y, 2. las limitaciones de los costos de transacción. Por estas dos razones la estructura de derechos de propiedad que maximiza el producto social, puede no maximizar las rentas monopólicas de los gobernantes a largo plazo. En términos generales, el valor máximo de la función de objetivo del gobernante no tiene que coincidir con la de los ciudadanos. Este es un argumento algo pesimista. North sostiene que para exteriorizar este poder el gobernante aceptará una estructura de derechos de propiedad que sea favorable a grupos con acceso cercano a los gobernantes alternativos (es decir a la competencia) sin tener en cuenta sus efectos sobre la eficiencia.*³⁴.

³³ Smith, Adam (2019). “La riqueza de las naciones”, Ed. Carlos Rodriguez Braun. p, 370.

³⁴ Sola, Juan Vicente (2013). “Tratado de Derecho y Economía.” p, 147.

En consecuencia, una gestión pública que utiliza los recursos eficientemente significa un beneficio para toda la sociedad. Cuando los recursos son utilizados de manera tal que su valor es el más alto, potencialmente, dichos recursos son utilizados de forma eficiente. El Estado tiende a producir, para su beneficio, derechos de propiedad que resultan ineficientes, lo que conduce a un fracaso en el largo plazo.

Las economías de escala justifican, en gran parte, al Estado y su existencia es fundamental en el crecimiento económico, mas también es la fuente de la declinación económica en muchos casos. Además, en la competencia política los derechos de propiedad no son ciertos, precisamente, la autoridad por la que se compete brinda la facultad de establecer el marco institucional.³⁵ El crecimiento económico requiere de los incentivos correctos para tal fin. Las variaciones en el ingreso, o redistribución del ingreso por parte del Estado, tiene repercusión en los incentivos de los agentes. Sin embargo, el nivel eficiente de producción cambia acorde a la distribución de la renta. El Estado utiliza los impuestos y el sistema de seguridad social para modificar el nivel de distribución de la renta. Los impuestos actúan en detrimento de la eficiencia cuando obligan al individuo a no consumir el bien que prefiere con

³⁵ Sola, Juan Vicente (2013, p 150):“De esta manera en la lucha política busca apropiarse los derechos de propiedad, no solamente los derechos de propiedad económicos, también los derechos de propiedad políticos, es decir, los derechos para ejercer la autoridad política. Como resultado el marco institucional puede cambiar frecuentemente en una democracia y puede ser muy inestable” .

el fin de evitar el pago del impuesto. En consecuencia, el Estado recauda menos al establecer impuestos que generen incentivos a consumir bienes alternativos para evitar el pago del tributo. La eficiencia demanda que los impuestos generen ingresos efectivamente, una presión impositiva alta puede significar una recaudación baja, en relación a la recaudación potencial bajando los impuestos.

II. Derechos Positivos y Negativos

Nuestra Constitución establece tanto deberes positivos como negativos al Estado. No se encuentra en discusión la existencia de los derechos positivos. La cuestión que se suscita es ¿Derechos positivos y negativos son indistinguibles? o ¿Es una distinción superflua?

Los derechos negativos demandan al Estado y a los individuos una abstención, mi derecho de propiedad, según el Art. 17 de la Constitución, es inviolable, por lo que los individuos, y el Estado siempre que no haya utilidad pública y ley previa, deben abstenerse de actuar en violación de mi propiedad. Mientras que los derechos positivos requieren de una acción, el Estado debe proporcionar el bien en cuestión.

No hay dudas de que todos los derechos se encuentran asociados a la necesidad de recursos a los efectos de satisfacerlos. Un derecho existe, efectivamente, cuando hay recursos públicos destinados a que se cumpla. Tanto los derechos que requieren de abstención como los que requieren de prestación precisan de presupuesto para ser puestos en práctica. El derecho de propiedad mencionado, requiere, como mínimo, de gastos tales como un sistema judicial y una forma de seguridad pública.³⁶ En el caso de las obligaciones de prestación, deben ser incluidas en el presupuesto para que los pagos puedan ser efectuados en el tiempo y forma necesarios. Prieto Sanchis (1998), destaca el hecho de que todos los derechos requieren de prestaciones, en un sentido amplio.³⁷ Mientras que los derechos sociales, o positivos, son prestacionales en un sentido estricto. Su objeto es una prestación y se refieren exclusivamente a bienes y servicios económicamente valiables. Alexy argumenta en forma análoga, distingue a los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado de los derechos a acciones positivas del Estado. Para Alexy, los derechos de defensa del ciudadano sirven para

³⁶Así lo destaca Richard Coase en “Análisis económico del derecho”, p 39. “Esta discusión conlleva que, si todo recurso valioso (es decir, escaso y deseado) fuese propiedad de alguna persona (criterio de la universalidad), si la propiedad connotara el poder incondicional de excluir a todos los demás del uso del recurso (la exclusividad) y de usarlo uno mismo, y si los derechos de propiedad fueran libremente transferibles, o alienables como dicen los abogados (la transferibilidad), el valor será maximizado. Sin embargo, esto omite los costos de un sistema de derechos de propiedad, tanto los obvios como los sutiles.”

³⁷ Prieto Sanchis (1998, pp 75-77)

imponer límites al Estado en la consecución de sus fines, y los derechos a acciones positivas le imponen ciertos objetivos.

Ahora bien, los derechos negativos requieren de “*simples costos de financiación*”, mientras que los derechos positivos poseen costos con “*implicaciones redistributivas*”. De acuerdo a Farrell (2013), todos los derechos requieren ser financiados.³⁸ La diferencia reside en que en los simples costos de financiación la suma recaudada por el Estado es dedicada íntegramente a la provisión del derecho, por lo que la distribución de los bienes no varía de un modo semejante al que demanda la redistribución de la riqueza y el ingreso. Los costos con implicaciones redistributivas requieren que se quiten recursos a algunos individuos con el fin de satisfacer el derecho positivo a un individuo distinto. Dicho costo tiene un efecto directo en la redistribución del ingreso y la riqueza.

Los derechos negativos precisan de los tribunales de justicia y la policía para ser satisfechos, instituciones que deben ser financiadas con el presupuesto público. Una vez que dichas instituciones sean efectivas, la distribución de la riqueza es igual, la diferencia es que los ciudadanos se encuentran protegidos. La justicia y la policía, en distintos grados, son bienes públicos, por lo que es imposible que un ciudadano sea excluido de las externalidades

³⁸ Sola, Juan Vicente (2013), “Tratado de derecho y economía. Tomo I” p, 1107.

positivas que implican, incluso aquellos que no pueden aportar al sistema. El hecho de que quienes no puedan pagar impuestos sean beneficiados, y subsidiados por quienes sí aportan, representa una mínima redistribución del ingreso, que no es suficiente para producir un cambio en el esquema sustancial de distribución del ingreso y la riqueza en la sociedad en cuestión. La diferencia entre derechos positivos y negativos dista de ser superflua, debido a que el costo de ambos es distinto.



Bibliografía:

- Badeni, G. (2004). Tratado de derecho constitucional. Buenos aires: La Ley.
- Berlin, Isaiah. 1969. *Two Concepts Of Liberty.0 Four Essays On Liberty*. Oxford: Oxford University Press.
- Berlin, Isaiah. 1969. *Liberty: Incorporating four essays on liberty*. Oxford: Oxford university press
- Bobbio, Norberto. 1993. *Igualdad Y Libertad*. Ediciones Paidos Iberica.
- Constant, Benjamin, Étienne Hofmann, and Víctor Goldstein. 2010. *Principios De Política Aplicables A Todos Los Gobiernos*. Buenos Aires: Katz.
- Farrell, Martín. 1989. *Libertad Negativa Y Libertad Positiva*. 1st ed. Buenos Aires: Revista del Centro de Estudios Constitucionales Num. 2.
- Grosman, Lucas. 2008. *Escasez E Igualdad: Los Derechos Sociales En La Constitución*. 1era ed. Buenos Aires: Libreria.
- Holmes, Stephen, and Cass R. Sunstein. 2000. *The Cost Of Rights*. New York: Norton.
- Mill, John Stuart. ----. "*On Liberty*".
- Nino, Carlos Santiago. 1984. *Ética Y Derechos Humanos: Un Ensayo De Fundamentación*. 2da ed. Buenos Aires: Astrea.
- North, Douglass. 1998. *El Nacimiento del Mundo Occidental*. Siglo XXI.

- Posner, Richard. 2000. *El Análisis Económico Del Derecho*. México: Fondo de cultura económica.
- Prieto Sanchis, Luís. 1998. *Ley, Principios, Derechos*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas": Universidad Carlos III.
- Smith, Adam, and Carlos Rodríguez Braun. 2019. *La Riqueza De Las Naciones*. Barcelona: Biblioteca Nueva, Editorial, S.L.
- Sola, Juan V. 2013. *Tratado de derecho y economía*. Buenos aires: La Ley.
- Kelsen, Hans, and Roberto J Vernengo. 1982. *Teoría Pura Del Derecho*. 2nd ed. Ciudad de México: Porrúa.



Universidad de
San Andrés