

EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO TÉCNICA DE INCLUSIÓN SOCIAL

Por Dr. Leonardo Massimino

Este trabajo forma parte de la obra colectiva “Derecho Constitucional para el Siglo XXI”, un aporte de la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, puesta generosamente a disposición de los lectores, por el profesor Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho Constitucional.

Producción editorial: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Año 2020

Diseño y revisión de texto: Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Director: Dr. Miguel Hernández Terán

 [Acceder a obra colectiva completa](#)

SUMARIO

I. Introducción	02
II. Exclusión e inclusión social. Digresiones necesarias	03
III. Las categorías de Derecho Administrativo y la inclusión social	04
IV. La limitación de derechos. Tendencias	06
V. La mirada del tema desde la teoría de los sistemas	07
VI. El rol adaptativo de las intervenciones públicas	08
VII. La cuestión de los límites de los derechos	09
VIII. ¿“Intervención mínima y libertad solidaria” ó “Intervención y libertad responsables”?	10
IX. Los límites al acceso de ciertos derechos. La cuestión de los costos	12
X. Derechos en los que “se está” y derechos en los que “no se está” y a los que “hay que acceder”	13
XI. ¿La exclusión como una característica natural del todo social?	14
XII. A modo de conclusión	15

Resumen Este trabajo se refiere a la inclusión y a la exclusión desde el punto de vista jurídico, así como a los obstáculos existentes para el acceso efectivo a la proclamada política pública inclusiva, destacando el rol que le toca cumplir al

Derecho Administrativo en el planteo de las soluciones a tales tropiezos. Aborda también este estudio la necesidad de racionalizar la utilización de los siempre escasos recursos públicos, en orden a la eficacia del acceso a los derechos. Es claro al afirmar que las intervenciones públicas—expresadas en políticas públicas en general o categorías administrativas en particular— aunque se propongan obtener una mayor inclusión social de los grupos o colectivos excluidos, no producen, en términos generales, los resultados que persiguen.

Palabras claves Inclusión social, políticas públicas, Derecho Administrativo, Estado constitucional y social de Derecho, sistema jurídico, límites de derechos.

I. INTRODUCCIÓN

La concretización del Estado social y democrático de derecho -o Estado constitucional y social de derecho- presenta variados y crecientes desafíos y tensiones en la realidad de nuestros países. Sin lugar a dudas, la cuestión de la inclusión o exclusión—social, cultural, política, etc.- de importantes colectivos de personas en general y de grupos determinados de ciudadanos en particular, es una de las más preocupantes. Por esa razón y teniendo en cuenta que la temática motiva significativos debates interdisciplinarios, corresponde indagar brevemente respecto del modo en que en el campo del derecho puede abordarse esta cuestión en la búsqueda de propuestas y soluciones.

En esa dirección y en términos generales, puede afirmarse que el diseño normativo fundamental de los Estados iberoamericanos -salvo casos particulares, contienen disposiciones que, expresa o implícitamente, pregonan el acceso de todos los ciudadanos a las políticas públicas, se focalizan en el bienestar general y son respetuosas de la dignidad humana. Sin embargo, se observa que la implementación de tales propósitos encuentran un sinnúmero de obstáculos que impiden su efectivización en la experiencia vital de los ciudadanos comunes.

A partir de tales premisas es preciso indagar en torno a la pregunta de qué rol cumple el derecho administrativo en esa problemática; o, en otras palabras, qué responsabilidad cabe a esta rama del derecho en estas cuestiones, si es que ello ocurre.

En este trabajo sostendremos que las intervenciones públicas – expresadas en políticas públicas en general o categorías administrativas en particular-, aunque se propongan obtener una mayor inclusión social de los grupos o colectivos excluidos, no producen, en términos generales, los resultados que persiguen. Por el contrario, en muchos casos generan consecuencias o efectos contrarios a los que procuran; es decir, profundizan la problemática que pretenden solucionar. Ello así por cuanto el diseño normativo se focaliza principal – y casi excluyentemente- en enunciados de interés público – que nadie niega- sin reparar en medios o instrumentos concretos que coadyuven a que los sujetos internalicen las consecuencias de sus conductas de modo solidario y responsable.

El desafío que se presenta en ese contexto consiste en reparar u elaborar en herramientas, técnicas o soluciones normativas que contemplen y permitan superar esta situación procurando una asignación más eficiente de los recursos disponibles –siempre escasos-; y de este modo, viabilizar que las políticas públicas logren de un modo más efectivo los cometidos que persiguen.

El plan de exposición será el siguiente. En primer lugar, formularemos algunas distinciones conceptuales. Posteriormente, nos referiremos a la intervención estatal y las categorías en el derecho administrativo argumentando que, más allá del enfoque clásico, hay mirandas atentas al modo en que ellas se realizan y sus consecuencias en materia social. Luego haremos referencia a algunas cuestiones prácticas vinculadas a estos enfoques en las que debería reparar el derecho público. Finalmente, se expondrán algunas consideraciones a modo de conclusión.

II. EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN SOCIAL. DIGRESIONES NECESARIAS

¿De qué hablamos cuando hablamos de exclusión social? Los términos inclusión y exclusión son referenciales en cuanto hacen alusión a un objeto o situación determinado.

Así, el diccionario de la Real Academia Española (vigésimo segunda edición) define “excluir”: *(del lat. Excludere) tr. Quitar a alguien o algo del lugar que ocupaba. Excluir a alguien de una junta o comunidad. Excluir una partida de una cuenta. 2.*

Descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo. Los datos excluyen una hipótesis contraria a ellos. 3. Dicho de dos cosas: ser incompatibles....”.

Por su parte, define “incluir”: Del lat. *Includere*. Tr. Poner algo dentro de otra cosa o dentro de sus límites. 2. Dicho de una cosa: contener a otra o llevarla implícita....”.

Teniendo en cuenta estos conceptos y en lo que aquí interesa, cabe recordar que se ha dicho que la exclusión social está muy relacionada con los procesos que más se vinculan con la ciudadanía social, es decir, con aquellos derechos y libertades básicas de las personas que tienen que ver con su bienestar (trabajo, salud, educación, formación, vivienda, calidad de vida).

Además, el concepto de exclusión social debemos entenderlo por oposición al concepto de integración social como referente alternativo, esto es, el vocablo exclusión social implica una cierta imagen dual de la sociedad, en la que existe un sector integrado y otro excluido. Así pues, el sector excluido se encuentra al margen de una serie de derechos laborales, educativos, culturales, etc., es decir, de una calidad de vida que se ha alcanzado y garantizado a través de los Estados de Bienestar.¹

III. LAS CATEGORÍAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA INCLUSIÓN SOCIAL

La intervención pública – aunque mínima–siempre supone un propósito de interés público que debe ser satisfecho. En el mismo sentido, las distintas categorías de derecho administrativo – acto administrativo, contrato administrativo, servicio y empleo público, etc.- se construyen en torno a esa noción de interés público, el cual es su nota relevante y definitoria.² En ese entendimiento, las implicancias conceptuales y normativas de estas categorías no pueden prescindir de sus consecuencias

1. JIMENEZ RAMÍREZ, Magdalena, Estudios Pedagógicos XXXIV, N° 1: 173-186, 2008, Ensayos. Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo. Departamento de Pedagogía. Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad de Granada, Campus de Cartuja s/n, Granada 18071, España. E-mail: madji@ugr.es

2. MEILÁN GIL, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. Madrid. Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

prácticas razón por la cual también pueden – y deben- ser estudiadas y analizadas considerando los efectos redistributivos que ellas importan.

Así por ejemplo, en materia contractual, se ha planteado que, a partir de los datos estadísticos oficiales en materia de pobreza e indigencia, de acceso al trabajo de personas con discapacidad y discriminación por cuestiones de género, así como los que surgen de informes de expertos y de organizaciones sociales, es vital trabajar el instituto del contrato público, no solamente desde el punto de vista del respeto a las garantías de los particulares o como instrumento de mera satisfacción de las necesidades públicas, sino como una herramienta esencial de uso habitual en la planificación estratégica trazada dentro del marco de una política pública tendiente a la superación de los problemas de exclusión social señalados precedentemente.³

De igual modo, en materia de servicio público, recuerda Rodríguez Arana,⁴ el artículo 130.1 de la Constitución española reclama a los Poderes públicos que equiparen el nivel de vida de los españoles a partir de una política económica adecuada a este fin. Tal nivel de vida, como sostiene Pérez Hualde, es el que implica y exige, para ser tal, la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica que, a su vez, garantizan el acceso a otros derechos también humanos y fundamentales, también de gran importancia.

Continúa afirmando que este profesor argentino parece situar el epicentro de los derechos sociales fundamentales en las necesidades colectivas de los ciudadanos, unas necesidades, como el agua potable, el servicio sanitario, el servicio eléctrico, el suministro del gas, de transporte público, de corredores viales, del correo, actividades todas ellas que ordinariamente se garantizan, al menos muchas de ellas, a través de la técnica de la intervención pública.⁵

3. ANTIK, A. (2017). *Los contratos administrativos como herramienta de inclusión social*. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, 4(2), 25-42. <https://doi.org/10.14409/rr.v4i2.7111>.

4. RODRIGUEZ ARANA, MUÑOZ, Jaime, *El derecho administrativo ante la crisis* (El Derecho Administrativo Social), año 15-n. 60 | abril/junho - 2015, Belo Horizonte | p. 1-308 | ISSN 1516-3210, A&C - R. de Dir. Administrativo & Constitucional.

5. PEREZ HUALDE, Alejandro. *El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global*. In: EMBID IRUJO, A. (Director). *Derechos Económicos y sociales*. Madrid: Iustel, 2009, p. 93-94.

Vemos entonces que las categorías del derecho administrativo, algunas de las cuales hemos mencionado a modo de ejemplo, también son susceptibles de análisis atentos a las implicancias sociales y prácticas que producen. En otras palabras, también pueden ser analizadas como herramientas e instrumentos de planificación y diseño de políticas públicas destinadas a promover una mayor inserción social.

IV. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS. TENDENCIAS

El fenómeno de la actividad interventora del Estado es abordado modernamente mostrando una preocupación creciente por las consecuencias o los efectos que esas intervenciones producen en el ámbito de los derechos de los ciudadanos o de la sociedad en general y un propósito cada vez más tuitivo de los derechos de los particulares.⁶

Si bien estas tendencias y los nuevos modos de abordar estas cuestiones provienen algunos del campo económico y otros de la ciencia jurídica, es posible identificar en todos los casos un fundamento común de la intervención estatal que va adquiriendo una fisonomía diferente mucho más fértil en nuestros estudios.⁷

Es que la mutación del centro de gravedad en el estudio de la potestad reglamentaria del Estado desde la necesidad de reafirmar el poder del Estado hacia el compromiso de proteger los derechos de la persona por sólo el hecho de “ser” persona y formar parte de una comunidad, importa un cambio paradigma que trastoca el modo que, hasta el presente, abordábamos esta temática.⁸

En cambio, los modelos teóricos clásicos empleados para abordar la intervención estatal en general y la administrativa en particular, son, como sucede con los análisis propios de la ciencia del derecho, predominantemente generales y

6. MASSIMINO, Leonardo, “La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía: análisis y tendencias”, *Revista de Direito Económico Socio ambiental*, Curitiba, Brasil, v. 6, n. 1, p. 36-63, jan./jun. 2015, p. 36.

7. La doctrina ha consolidado este tipo de enfoques. Al respecto, ver, por ejemplo, SOLA, Juan Vicente, *Constitución y Economía*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2004. RIVERA, Julio César, *Economía e interpretación jurídica*, La Ley, 09/10/2002, entre otros.

8. En forma concordante con esta evolución que requiere mayores recaudos de especificidad que ha de reunir la noción de interés público puede verse RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *El interés general, derecho administrativo y Estado del bienestar*, Syntagma, Iustel, Madrid 2012.

abstractos–y, como tales, se expresan con juicios del deber ser–, sin detenerse demasiado en la consideración de los efectos prácticos de esas normativas.

De paso cabe decir que la problemática de la intervención pública – o poder de policía si es que se insiste en mantener esa nomenclatura– debe entenderse en una concepción servicial subordinada a la particular naturaleza de los derechos sobre los que recae la intervención y su razonabilidad reinterpretarse a la luz de los condicionamientos y/o los límites que encuentra la tarea reglamentaria.

Consecuentemente, las decisiones públicas que han de estar integradas con estudios interdisciplinarios y particularizados que presten atención a la eficiencia y consecuencias de esa intervención. Recordemos aquello de que las políticas públicas no sólo muchas veces no logran los resultandos que persiguen sino que, en ocasiones, logran resultados distintos a los que persiguen; de allí que se observa, por ejemplo, que los ricos son cada vez más ricos y los pobres más pobres. En ese estado, es necesario comprender el rol adaptativo que producen las intervenciones públicas en la práctica y, en su caso, algunas herramientas que permitan tener en consideración los aspectos que venimos señalando.

V. LA MIRADA DEL TEMA DESDE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS

Bajo la perspectiva de los conceptos de la “teoría de los sistemas” llegamos a conclusiones análogas a lo que venimos expresando. En efecto, recordemos que Bunge defiende que el mundo es un sistema de sistemas, es decir que toda cosa concreta (todo lo que existe) es un sistema o parte de algún sistema. Desde esta perspectiva, los elementos de que suministra esa teoría nos permite comprender el comportamiento de las intervenciones públicas y los resultados que ellas producen.⁹

Los sistemas pueden ser “conceptuales” o “concretos”, según se refieran a “conceptos, normas” o a comportamiento materiales o físicos, respectivamente. Desde esa perspectiva sistémica, la intervención administrativa no puede prescindir de sus implicancias prácticas y el modo en que estas, a su vez, deberían

9. UNGE, Mario, *Sistemas sociales y filosofía*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1995, P. 199.

retroalimentar a las primeras. En cualquier caso, entonces, las decisiones adoptadas están destinadas a producir efectos prácticos que inciden en el entorno y éste, a su vez, condiciona el marco de la intervención pública.

VI. EL ROL ADAPTATIVO DE LAS INTERVENCIONES PÚBLICAS

Las políticas públicas encaminadas a promover la inclusión social de los sectores más vulnerables suelen, en muchos casos, ver frustrados sus propósitos pues generan, aunque resulte paradójico, el efecto contrario; es decir, que quienes tienen más, acumulen más riqueza; y que quienes tienen menos, se empobrezcan más.

Es que los marcos institucionales, normativos y/o las políticas públicas—como cualquier intervención pública— generan, además de derechos y obligaciones para los sujetos comprendidos, sistemas implícitos de premios y castigos, cuyos incentivos son decisivos al momento de tomar decisiones.

En otras palabras, las intervenciones públicas distorsionan de alguna manera, la asignación de esos derechos y obligaciones previstos normativamente, creando incentivos y desincentivos artificiales para la realización de actividades sociales, económicas, etc. y por ende, afectan negativamente la asignación de recursos y el crecimiento equitativo de la población.

En efecto, si bien la explicación de este fenómeno excede largamente el propósito de este trabajo,¹⁰ sólo cabe decir que como los sujetos tienden a maximizar su utilidad, toda vez que existe una restricción externa (constraint) que les impide fijar los términos de su intercambio libremente en algún aspecto, el ajuste se realiza en función de algún otro atributo (por ejemplo, si hay control de precios, la calidad del producto o prestación disminuye).

Cabe decir que, cuando la intervención incide entre partes que actúan por cuenta propia —y éstas tienen similar poder de negociación—, difícilmente aquélla

10. BUSTAMANTE, Jorge, *Desregulación. Entre el derecho y la economía*, Abeledo Perrot, 1993, p. 83. El mismo autor analiza las distintas formas de ajuste según una clasificación de regulaciones que propone.

logre su objetivo pues nadie está dispuesto a transferir riqueza a un tercero gratuitamente. En estos casos, los intervinientes tienen derechos de propiedad sobre las consecuencias de la intervención.

En cambio, cuando en la intervención participan terceros que tienen capacidad discrecional para administrar el beneficio o perjuicio que resulta de la misma, el ajuste posiblemente no se realice a través de la alteración de los atributos del bien, sino mediante la apropiación de sus resultados por parte de dichos terceros (por ejemplo, corrupción del inspector de precios o del gerente de banco del funcionario que otorga subsidios). Esto se debe a que no existe derecho de propiedad sobre las consecuencias de la intervención.¹¹

Aunque podamos no compartir las consideraciones anteriores en cuanto postulan una visión más individual del comportamiento de las personas, es dable conceder que la realidad que observamos parece darles crédito toda vez que la exclusión social de la que estamos tratando responde por ejemplo a ese temperamento.

VII. LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS

Las manifestaciones que venimos formulando nos enfrentan, entonces, a la afirmación de que los derechos sobre los que recae la reglamentación y/o la intervención estatal no son absolutos sino que los derechos llevan u tienen en sí mismos un carácter limitado o relativo y una función social, por lo que su ejercicio implica el deber de no extralimitarlos, o dicho de otro modo, el deber de no violar ni interferir los derechos ajenos, el orden, la moralidad pública, etc.

En tal sentido y si bien la dicotomía “límites” y “limitación de derechos despierta cierto interés teórico, sí puede resultar útil la dualidad de límites objetivos y límites subjetivos.¹²

Límites objetivos serían los intrínsecos que derivan de la propia naturaleza del derecho y de su función social, así como de las limitaciones externas que se

11. El mismo autor analiza las distintas formas de ajuste según una clasificación de regulaciones que propone.

12. PECES BARBA, *Derechos Fundamentales*, 3 ed., Madrid, Latina Universitario, 1980, p. 110 y ss.

imponen a su ejercicio por causa de los derechos de terceros, de la moral pública, del orden y, para quienes aceptan que el bien común es un límite, también por razón del mismo bien común. Límites subjetivos serían los provenientes de la actitud del sujeto titular del derecho, que los ejerce de buena fe, funcionalmente, y en subordinación a los límites objetivos.¹³

Los límites objetivos y subjetivos pueden no ser respetados en cuyo caso el titular incurso en esa responsabilidad no merece la protección que tutela a los derechos. Es decir, como se ha señalado, los derechos ejercidos con extralimitación no son acreedores a la defensa y protección que se les dispensa normalmente.¹⁴

Los derechos poseen, en definitiva, determinados límites –si es que se prefiere continuar con el uso de la expresión– que están demarcados por el contenido esencial –o simplemente el contenido– del derecho, lo cual delimita no sólo el ejercicio por parte de su titular sino también el modo en que se conjuga con el ejercicio que otros realicen de sus propios derechos.¹⁵

Estas afirmaciones nos conducen a revisar axiológicamente el tema bajo estudio.

VIII. ¿“INTERVENCIÓN MÍNIMA Y LIBERTAD SOLIDARIA” Ó “INTERVENCIÓN Y LIBERTAD RESPONSABLES”?

A esta altura del análisis cabe preguntarse si aquella famosa máxima que se hizo célebre entre los profesores de la Escuela de Friburgo a mediados del siglo pasado según la cual, en relación al rol del derecho administrativo, pregonaba “Tanta intervención como sea imprescindible y tanta libertad solidaria como sea posible” y que es recordada por prestigiosa doctrina,¹⁶ responde axiológicamente a las exigencias de eficiencia en las que venimos reparando.

13. BIDART CAMPOS, Germán, Teoría... op. cit., p. 221.

14. Esta afirmación lleva a considerar que es impropio hablar del “abuso” de los derechos fundamentales por cuanto, en realidad, si el abuso de derecho significa algo, es, sin más, la ausencia de derecho, la falta de derecho y/o de la obligación (cfr. SERNA, Pedro, TOLLER, Fernando, La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos. La Ley, 2000, p. 98.

15. SERNA, Pedro, TOLLER Fernando, ...op. cit., p. 44.

16. RODRIGUEZ ARANA, Jaime, ... op. cit. p. 33.

Sin lugar a dudas, se trata de una proposición que remite a un necesario equilibrio que debe existir entre la intervención estatal y la libertad de las personas. Por cierto, como advierte Rodríguez Arana, el fin del Estado reside en el libre y solidario desarrollo de las personas. Y para ello el Estado ha de asumir este compromiso cuando las instituciones e iniciativas sociales no sean capaces de ayudar a los individuos a su libre y solidaria realización.

Teniendo en cuenta esos conceptos, debe repararse, como lógica consecuencia de los argumentos que venimos exponiendo, en que los tiempos que corren exigen un plus que en el comportamiento social de los individuos (que ha de ser no sólo solidario); y del Estado cuando asista en defecto de los particulares (que ha de ser no sólo imprescindible).

Es que parece relevante asumir, como se dijo, que las relaciones humanas se basan en intercambios en el marco de los cuales las personas tienden a reducir costos y maximizar sus beneficios;¹⁷ y que la intervención estatal tendiente a encauzar el comportamiento de las personas puede tener fallas o imperfecciones.

En ese estado, el desafío consiste en estar atentos a esta situación y prever mecanismos normativos que promuevan que los sujetos (públicos y privados) efectivamente prevean e internalicen las consecuencias de sus conductas, sin que otros – generalmente los menos favorecidos e indefensos-, deban asumir o responder por esas implicancias.

Es decir, deben buscarse esquemas de intercambio en los que los sujetos realicen negociaciones e internalicen las consecuencias de sus decisiones y que, además de promover esos comportamientos, respondan por sus propias conductas y efectivamente coadyuven a quienes menos tienen. En otras palabras, promover esquemas o soluciones normativas en las que los sujetos – tanto públicos como privados- sean responsables individual y socialmente de sus propias decisiones promoviendo que, los esquemas solidarios se concreten efectivamente.

17. Ibidem.

IX. LOS LÍMITES AL ACCESO DE CIERTOS DERECHOS. LA CUESTIÓN DE LOS COSTOS

El reconocimiento de todo derecho importa un determinado costo. El acceso a los derechos sociales (vgr. vivienda, educación, etc.) requiere computar las consecuencias económicas que derivan de reconocer un derecho específico en cabeza de un determinado colectivo de beneficiarios.¹⁸

La jurisprudencia aludida permite colocar, casi al lado de la concreción de los derechos y garantías, la cuestión de los costos involucrados.¹⁹ Por esa razón, no se trata de soslayar el reconocimiento de ciertos derechos – que, por cierto, nadie niega- sino tener presente los costos que importa su reconocimiento.²⁰

Con cierto sentido de la realidad emergente de esos costos, pero ante la acuciante realidad de quienes se hallan en situación de desamparo, se impondría un redimensionamiento o recálculo de las consecuencias de operatividad o exigibilidad del respectivo derecho. Ello, por claras razones de racionalidad. En otras palabras, a fin de que el derecho se torne operativo o real para los beneficiarios, parecería adecuado redeterminar el significado del derecho en cuestión. Así, por ejemplo, el derecho a la vivienda digna, imaginado como un departamento o casa en la zona ribereña del medio ámbito porteño, sería redimensionado como hospedaje temporario hasta la obligatoria colocación laboral del carenciado por parte de asociaciones delegadas transestructurales del respectivo cometido estatal en un plazo razonable y la contemporánea obtención de un crédito blando para la adquisición de una vivienda en propiedad o, sin mediar tal mutuo, la obtención de vivienda bajo usufructo o de habitación vitalicio; todo ello, en áreas escasamente pobladas.²¹

18. Sacristán recuerda la preocupación de Holmes y Sunstein: “Los derechos son costosos porque solventarlos es costoso. La exigibilidad es cara, especialmente la exigibilidad uniforme y justa; y los derechos objetivos son huecos en la medida en que permanecen inexigidos. Bajo una fórmula diferente, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando la negligencia se castiga con el poder público sirviéndose de las cuentas públicas (...) Todos los derechos son costosos porque todos los derechos presuponen fondos de los contribuyentes para la eficaz maquinaria supervisora del control y la exigibilidad” (Ver SACRISTÁN, Estela, “Profecías o sorpresas: *Derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”, ED, Buenos Aires, 2012, t. 248, ps. 1092/1100).

19. Q. 64. XLVI. RHE “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24-4-12.

20. En relación a las teorías que reparan en los costos emergentes de las decisiones estatales, ver MASSIMINO, Leonardo, op. cit., p. 36.

21. SACRISTAN, Estela, *Profecías o sorpresas...* .op. cit. p.1092 y ss.

En relación al tema de los costos, convendría distinguir que para la operatividad de los derechos que necesitan para su concreción de fondos (derechos de prestación) difieren de los derechos que no requerirían de ellos (derechos de libertad).²² Entre los primeros, por ejemplo, se ubica el derecho a la vivienda cuya materialidad, en consecuencia, dependerá de las progresivas circunstancias imperantes.

X. DERECHOS EN LOS QUE “SE ESTÁ” Y DERECHOS EN LOS QUE “NO SE ESTÁ” Y A LOS QUE “HAY QUE ACCEDER”

Se ha dicho que, en la orbe de los derechos humanos hay derechos en los que “se está”, y los hay en los que “no se está” y a los que “hay que acceder”.²³

Ejemplifica Bidart Campos, a quien seguimos en este punto, que si yo tengo una propiedad, mi derecho de propiedad es un derecho en el que estoy. O sea, tengo su goce y su ejercicio, puedo usar mi propiedad, rentarla, enajenarla, habitar en ella. Igualmente si he ingresado a un sindicato, a un partido político, a una sociedad mercantil; o si estoy estudiando en la universidad, o cuento con un servicio social para atender mi salud.

Pero si yo formo parte de un sector marginal de la población, y no encuentro trabajo, y no puedo cubrir la educación de mis hijos, ni obtener una prestación de salud cuando la preciso, ni una vivienda decorosa para mi núcleo familiar, debo decir que otros tantos derechos me quedan impedidos en su ejercicio. Son derechos a los que (usando la concesión del vocabulario) tengo “derecho de acceder”, porque no estoy en su disfrute, porque me es imposible con mi propio esfuerzo alcanzar su goce y ejercicio. Es probable que allí necesito libertad “para”. Y este “para” apunta a facilidades que, si realmente damos por cierta la existencia de los respectivos derechos bloqueados, alguien debe poner a mi disposición ¿Será viable convertir a alguien en sujeto pasivo obligado a una prestación en sujeto pasivo obligado a una prestación positiva frente a mí, para satisfacer los

22. El caso de estos últimos afirma Sacristán ameritaría un estudio por separado, en especial dada su aparente transformación, a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte en el fallo “F., A. L.”, del 13-4-12, la Corte Suprema construye una suerte de “derecho a abortar” o derecho a servicios o prestaciones estatales de aborto.

23. BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría de los derechos humanos*, Astrea, 1991, p. 23.

derechos en que “no estoy” y a los que “tengo que acceder”?. Sin son derechos humanos hay que transitar el tramo hacia y hasta el acceso. Si estas libertades “para” son jurídicas, alguien (sujeto pasivo) tiene que aparecer razonablemente “para facilitarme -mediante cumplimiento de una obligación a mi favor- la disponibilidad de aquel acceso o, directamente, la prestación que necesito.

La problemática es ardua. El constitucionalismo social, y su correspondiente “Estado de bienestar o Estado social de derecho procuran asumir la solución pero ello no consiste en formular normas en el teto de una codificación constitucional o caso infraconstitucional- sino en que, con esas normas o sin ellas, los derechos en los que “no se está” y a los que “hay que acceder” adquieran efectividad, es decir, lo que en lenguaje iusfilosófico nosotros llamamos “vigencia sociológica. En suma, parece que, desde el ángulo de la estimativa axiológica, debe lograrse que se eliminen los derechos “no se está” y que se conviertan en derechos accesibles.

Por supuesto que no se pretende eliminar el mantenimiento, la tutela y, si es menester, la reposición de los derechos en que “se está”. Pero sí se pretende - y lo exige el valor justicia- que no haya ningún para ningún hombre derechos inaccesibles, derechos cuyos itinerario de acceso resulte imposible recorrer, derechos en los que “no se está” y, seguramente, nunca se podrá estar.

Otra vez, entonces, se torna imperiosa la distribución razonablemente igualitaria de la libertad para capacitar a quien obstruido el camino desde los derechos en que “no se está” hasta la posibilidad de disponerlos como asequibles. Las libertades formales tienen que transformarse en libertades reales, para que la libertad no quede insularizada en favor de algunos, sino que circule en toda la sociedad con disponibilidad de acceso y disfrute por todos sus integrantes.

XI. ¿LA EXCLUSIÓN COMO UNA CARACTERÍSTICA NATURAL DEL TODO SOCIAL?

Hay otras miradas respecto del tema de la exclusión social en el futuro. En tal sentido, por ejemplo, Harari, uno de los pensadores más difundidos de la actualidad, postula que en el mundo que viene, en 30 años, el cuarenta por ciento de la población mundial sostendrá al restante setenta por ciento. Según esta posición ya no se tratará de inclusión o exclusión social, personas capaces

o incapaces, grupos favorecidos o desfavorecidos, sino de un esquema natural en el que la humanidad deberá encontrar, para su subsistencia, mecanismos de equilibrio y convivencia social superadores y respetuosos del conjunto.

Es que, en tal escenario imaginario, aún con todas las vicisitudes que pueda presentar en el futuro, de igual modo deben promoverse esquemas en los que existan comportamientos sociales responsables, lo cual conduce a revisar, como venimos postulando, el rol de la intervención estatal pues, caso contrario, podrían profundizarse situaciones no deseadas.

XII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La premisa inicial de este trabajo es que las intervenciones públicas – expresadas como políticas públicas o categorías administrativas-, aunque persigan una mayor inclusión social, no sólo no producen, en términos generales, los resultados que persiguen; sino que, por el contrario, en muchos casos generan consecuencias o efectos contrarios a los que persiguen. Es decir, profundizan la problemática que pretenden solucionar. Ello porque el diseño normativo se focaliza principalmente en enunciados de interés público–que nadie niega- sin reparar en instrumentos concretos que coadyuven a que los sujetos internalicen las consecuencias de sus conductas de modo solidario y responsable.

En consecuencia, el desafío que se presenta en ese contexto consiste en reparar y proponer herramientas, técnicas o soluciones normativas o no que contemplen y permitan superar esta situación procurando una asignación más eficiente de los recursos disponibles –siempre escasos-; y de este modo, viabilizar que las políticas públicas logren de un modo más efectivo los cometidos que persiguen.

En definitiva, la intervención y categorías administrativas cumplen una función instrumental ya que son herramientas que utiliza el Estado para lograr una mayor inclusión social. Desde esa perspectiva, su empleo correcto o incorrecto dependerá, en definitiva, de que promuevan conductas – individuales y públicas- eficientes y responsables.

En otras palabras, como enseña Bidart Campos, se torna imperiosa la distribución razonablemente igualitaria de la libertad para capacitar a quien obstruido el camino desde los derechos en que “no se está” hasta la posibilidad de disponerlos como asequibles.

Las libertades formales tienen que transformarse en libertades reales, para que la libertad no quede insularizada en favor de algunos, sino que circule en toda la sociedad con disponibilidad de acceso y disfrute por todos sus integrantes.